

DPCE ONLINE

n. 1 2020



Direttore responsabile
Giuseppe Franco Ferrari

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

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

ISSN: 2037-6677

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

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

Comitato scientifico

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

Redazione

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

Redazioni territoriali

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

Collaboratori stranieri

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

Indice dei contributi

In memoriam di Jörg Luther (di G. Zagrebelsky) p. XI

EDITORIALE

L. Cuocolo, *L'importanza delle autonomie per far fronte al Covid (e alle tendenze accentratrici)* p. XV

SAGGI

B. Aste Leiva, *Estallido social en Chile: la persistencia de la Constitución neoliberal como problema* p. 3

D. Camoni, *Quando l'eccezione è necessaria (e costituzionale): il Tribunal Constitucional convalida l'applicazione di misure eccezionali in Catalogna* p. 21

D. Censi, *L'efficacia come metro di valutazione della legittimità della governance dell'Ue e del suo percorso di riforma* p. 41

C. Crocetta, *Persona vulnerabile, soggetto capace. Riflessioni sull'amministrazione di sostegno nel contesto italiano ed europeo* p. 71

F.E. Grisostolo, *Immigrazione e decentramento territoriale nell'esperienza spagnola* p. 87

E. Minniti, *L'anomalia algerina e la sua crisi* p. 133

L. Montanari, *Il pluralismo normativo in Argentina e le sue ricadute sulla giurisdizione* p. 147

M. Montini, *The post-Brexit negotiations and the level playing field criterion* p. 169

L. Moscati, *Some considerations on moral rights in the USA and in the EU today* p. 189

A. Oddenino, *Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano* p. 199

S. Praduroux, *Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà contrattuale e diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo* p. 219

D. Zannoni, *Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni same-sex conclusi all'estero* p. 233

SEZIONE MONOGRAFICA (I)

Unione europea e sovranità nazionale – a cura di E. Mostacci e A. Somma

E. Mostacci, A. Somma, *Unione europea e sovranità nazionale: un'introduzione* p. 259

G. Comparato, *La sovranità economica fra diritto interno e diritto transnazionale dell'economia. Considerazioni alla luce dell'esperienza britannica* p. 263

M. Dani, A.J. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?* p. 289

A. Guazzarotti, *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei* p. 327

F. Losurdo , <i>Italexit. Trasformazione del vincolo europeo e sovranità condizionata</i>	p. 355
E. Mostacci , <i>Integrazione attraverso il mercato e declino dello Stato democratico: appunti per un'indagine genealogica</i>	p. 371
F. Saitto , <i>Per una critica della "Costituzione economica" nel prisma delle trasformazioni della democrazia rappresentativa</i>	p. 395
A. Somma , <i>Europa, sovranità e ordine economico nel prisma delle teorie federaliste</i>	p. 427

SEZIONE MONOGRAFICA (II)

La Costituzione cubana del 2019 – a cura di **L. Cuocolo**

L. Cuocolo , <i>La Costituzione cubana del 2019, in bilico tra tradizione e innovazione</i>	p. 457
A. Mastromarino , <i>La costituzione cubana del 2019 nel contesto del nuevo constitucionalismo latinoamericano: un dialogo regionale possibile?</i>	p. 465
M.C. Locchi , <i>La forma di governo nell'evoluzione del costituzionalismo cubano</i>	p. 481
M.A. Orlandi , <i>Il partito comunista nella nuova Costituzione cubana</i>	p. 499
R. Orrù , <i>Il sistema delle fonti nella nuova Costituzione di Cuba del 2019</i>	p. 517
L.G. Sciannella , <i>Il principio di partecipazione popolare nella nuova costituzione cubana</i>	p. 557
A. Tarzia , <i>L'organizzazione territoriale nella nuova Costituzione cubana. Molto rumore per nulla?</i>	p. 585
L. Testa , <i>Il bilancio in Parlamento nella nuova Costituzione cubana: un'occasione mancata?</i>	p. 613
G.F. Ferrari , <i>I diritti nel modello socialista cubano</i>	p. 629
M. Caielli , <i>Le declinazioni del principio costituzionale di eguaglianza e non discriminazione tra continuità e innovazione</i>	p. 641
V. Lorubbio , <i>La tutela dei soggetti vulnerabili</i>	p. 661
A. Canepa , <i>Confessioni e libertà religiosa in un "Estado socialista de derecho". Alcuni spunti di riflessione</i>	p. 679
G. Milani , <i>I diritti politici nella Costituzione cubana del 2019</i>	p. 703
S. Rodriguez , <i>Il controllo sui procedimenti elettorali nella nuova Costituzione cubana. Riflessioni comparate</i>	p. 715
F. Gallarati , <i>La nuova costituzione economica cubana: qualche novità, molte conferme</i>	p. 733
M. Iacometti , <i>Il diritto di proprietà in Cuba: dalla rivoluzione castrista alla Costituzione del 2019</i>	p. 749
V. Pepe , <i>Il diritto ambientale a Cuba tra principi costituzionali e nuove sfide ecologiche globali</i>	p. 769
M. Mazza , <i>Il controllo di costituzionalità</i>	p. 789

CASI&QUESTIONI

Per i vent'anni della rivista DPCE

L. Pegoraro , <i>Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità</i>	p. 811
<i>Con commenti di G.F. Ferrari (p. 821), R. Scarciglia (p. 827), R. Toniatti (p. 831) e D. Amirante (p. 839)</i>	

NOTE E COMMENTI

• Corte di Giustizia dell'UE

E. Ajmar , <i>Prestazione di servizi pubblici tra gara d'appalto e affidamento in-house</i>	p. 847
G. Bellomo , <i>Consenso dell'interessato all'uso dei cookie: è necessario un comportamento attivo affinché sia validamente espresso</i>	p. 853
A. Caprotti , <i>La legittimità di alcune differenze di trattamento in materia di trasporto aereo</i>	p. 861

A. Correrà , <i>Mutual trust e rispetto dei diritti fondamentali: l'intensità del controllo dell'autorità giudiziaria di esecuzione del MAE sulle condizioni di detenzione nello Stato membro emittente</i>	p. 869
D. D'Alessandro , <i>Ostacoli alla partecipazione pubblica alle procedure di VIA: relazioni fra onere di appropriata e precoce informazione e decadenze processuali, alla luce del principio di effettività</i>	p. 877
A. Di Chiara , <i>La Corte di Giustizia dell'Unione Europea riconosce l'immunità degli eurodeputati indipendentisti catalani: un altro passo verso una legislazione elettorale uniforme?</i>	p. 889
M. Ferrara , <i>Commissione europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell'indipendenza dei magistrati polacchi e della Rule of Law</i>	p. 899
E.A. Grasso, E. Mostacci , <i>Vino israeliano e consumo consapevole. Il diritto internazionale spinge la questione palestinese in etichetta</i>	p. 909
M.A. Impicciatore , <i>La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sulla parità di retribuzione: sono contrarie al diritto dell'Unione modifiche retroattive dell'età normale di pensione verso il basso</i>	p. 919
G. Mannocci , <i>Permesso di Soggiorno di lungo periodo UE: i requisiti economici possono essere garantiti da un terzo</i>	p. 925
A. Martinelli , <i>Il controllo giurisdizionale sul MAE emesso ai fini dell'esecuzione di una condanna definitiva e il diritto ad una tutela giurisdizionale</i>	p. 929
J. Mazzuri , <i>Su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'UE: fra perfezionamento di un modello internazionale di indipendenza della magistratura e tentativi di riforma del CSM italiano</i>	p. 935
F. Monceri , <i>Il caso Airbnb. Autonomia rilevanza dell'omessa notifica delle norme restrittive dei servizi della società dell'informazione e questioni ancora aperte</i>	p. 947
L. Montanari , <i>La garanzia europea dell'indipendenza dei giudici nazionali</i>	p. 957
A. Perelli , <i>Custodia cautelare in carcere, presunzione di innocenza ed onere della prova</i>	p. 967
C. Podda , <i>La disciplina del subappalto dopo la "sentenza tedeschi": illegittima anche la disposizione che limita al 20% la possibilità di ribassare i prezzi</i>	p. 973
P.G. Puggioni , <i>"Imbrigliamento della mobilità" e disciplinamento nei sistemi di accoglienza. Illegittimità dell'espulsione da un alloggio per comportamenti violenti</i>	p. 979
F. Santolini , <i>La videosorveglianza nei condomini e la tutela della privacy secondo il diritto UE</i>	p. 989
C. Sartoretti , <i>Se gli Stati membri tornano Stati nazione: frontiere e immigrazione al vaglio della Corte di giustizia</i>	p. 997
• Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo	
C. Cardinali , <i>Hernández vs. Argentina: the right to health of detainees in the Inter-American system</i>	p. 1009
M. Marciante , <i>The case of Montesinos Mejía vs. Ecuador: reflection upon the right to personal liberty in the IACHR's jurisprudence</i>	p. 1019
• Corte Africana dei Diritti Umani e dei Popoli	
M. del Ángel Iglesias , <i>El asunto Jean de Dieu Ndajigimana y el genocidio ruandés: jugando a dos bandas entre el Mecanismo Residual y la Corte Africana</i>	p. 1031
• Corti costituzionali e supreme	
A. Gatti , <i>Il divieto del velo per le giudici e le tirocinanti è costituzionale: per il Tribunale costituzionale tedesco "plurale" è prima di tutto "pubblico"</i>	p. 1037
• Altre giurisdizioni	
M. Buccarella , <i>Il caso Airbus-Boeing: una nuova tappa della guerra dei dazi tra USA e UE</i>	p. 1045

Contents

In memoriam of Jörg Luther (by G. Zagrebelsky) p. XI

EDITORIAL

L. Cuocolo, *The importance of autonomies to face Covid (and centralizing trends)* p. XV

ARTICLES

B. Aste Leiva, *Social Outbreak in Chile: problem of persistence of the neoliberal Constitution* p. 3

D. Camoni, *When the exception is necessary (and constitutional): the Spanish Constitutional Court validates the application of exceptional measures in Catalonia* p. 21

D. Censi, *Efficacy as a parameter for assessing the legality of the governance of the EU and its reforms* p. 41

C. Crocetta, *Vulnerable person, capable subject. Reflections on supporting administration in the Italian and European context* p. 71

F.E. Grisostolo, *Immigration and territorial decentralization in Spain* p. 87

E. Minniti, *The Algerian anomaly and its crisis* p. 133

L. Montanari, *Normative pluralism and its consequences on the judiciary in Argentina* p. 147

M. Montini, *The post-Brexit negotiations and the level playing field criterion* p. 169

L. Moscati, *Some considerations on moral rights in the USA and in the EU today* p. 189

A. Oddenino, *Algorithmic decision making and international perspectives of valorization of human intervention* p. 199

S. Praduroux, *Looking for the Fair Balance between Freedom of Contract and Fundamental Rights in the case law of the European Court of Human Rights* p. 219

D. Zannoni, *The effects of civil unions and same-sex marriages concluded abroad in the Italian legal system* p. 233

MONOGRAFIC SECTION (I)

European Union and national sovereignty – Edited by E. Mostacci & A. Somma

E. Mostacci, A. Somma, *Introduction. European Union and National Sovereignty* p. 259

G. Comparato, *Economic sovereignty between domestic and transnational economic law. Considerations around the British experience* p. 263

M. Dani, A.J. Menéndez, *Can Democratic and Social Constitutionalism be still reconciled with European integration?* p. 289

A. Guazzarotti, *Sovereignty between national Constitutions and European Treaties* p. 327

F. Losurdo, *Italexit. The transformation of the European constraint and the conditioned sovereignty* p. 355

E. Mostacci , <i>Integration through the market and twilight of the democratic State: notes for a genealogical investigation</i>	p. 371
F. Saitto , <i>A Critique of the “Economic Constitution” Looking at the Transformations of Representative Democracy</i>	p. 395
A. Somma , <i>Europe, sovereignty and economic order in the context of federalism</i>	p. 427

MONOGRAFIC SECTION (II)

The 2019 Cuban Constitution – Edited by L. Cuocolo

L. Cuocolo , <i>The 2019 Cuban Constitution, poised between tradition and innovation</i>	p. 457
A. Mastromarino , <i>The 2019 Cuban Constitution in the frame of the New Latin American Constitutionalism: can a regional dialogue be possible?</i>	p. 465
M.C. Locchi , <i>The form of government in the evolution of Cuban constitutionalism</i>	p. 481
M.A. Orlandi , <i>The Communist Party of Cuba and the new Constitution</i>	p. 499
R. Orrù , <i>The system of sources in the new 2019 Cuban Constitution</i>	p. 517
L.G. Sciannella , <i>The Principle of Popular Participation in the new Cuban Constitution</i>	p. 557
A. Tarzia , <i>Local Authorities in the new Cuban Constitution. Much ado about nothing?</i>	p. 585
L. Testa , <i>Budget in Parliament and new Cuban Constitution: a missed chance?</i>	p. 613
G.F. Ferrari , <i>Rights in the Cuban socialist model</i>	p. 629
M. Caielli , <i>The constitutional principle of equality and non-discrimination between innovation and continuity</i>	p. 641
V. Lorubbio , <i>Protection of Vulnerable Persons</i>	p. 661
A. Canepa , <i>Faiths and Freedom of Religion in an “Estado socialista de derecho”. Some Observations</i>	p. 679
G. Milani , <i>The Political Rights in the Cuban Constitution of 2019</i>	p. 703
S. Rodriguez , <i>The New Cuban Constitution and the Consejo Electoral Nacional. Comparative Reflections</i>	p. 715
F. Gallarati , <i>The new Cuban economic constitution: some innovations, many confirmations</i>	p. 733
M. Iacometti , <i>The right of property in Cuba: from Castro's revolution to the Constitution of 2019</i>	p. 749
V. Pepe , <i>Environmental law in Cuba between constitutional principles and new global ecological challenges</i>	p. 769
M. Mazza , <i>The control of constitutionality</i>	p. 789

CASI&QUESTIONI

Per i vent'anni della rivista DPCE

L. Pegoraro , <i>Comparative public law in search of an identity</i>	p. 811
<i>Commented by G.F. Ferrari (p. 821), R. Scarciglia (p. 827), R. Toniatti (p. 831), and D. Amirante (p. 839)</i>	

NOTES AND COMMENTS

• Court of Justice of the EU

E. Ajmar , <i>Public services between competitive procedures and in-house providing</i>	p. 847
G. Bellomo , <i>Consent of the data subject to the use of cookies: an active behavior is required for it to be validly expressed</i>	p. 853
A. Caprotti , <i>The legitimacy of some differences in treatment on air transport issues</i>	p. 861
A. Correrà , <i>Mutual trust and respect for fundamental rights: the intensity of the control of the EAW executing judicial authority over detention conditions in the issuing Member State</i>	p. 869

D. D'Alessandro , <i>Limits for public participation in EIA procedures: relationships between appropriate and early information and time limits for bringing proceedings, in the light of the principle of effectiveness</i>	p. 877
A. Di Chiara , <i>The European Court of Justice recognizes parliamentary immunity to Catalan independentist MEPs: another step toward a uniform electoral procedure?</i>	p. 889
M. Ferrara , <i>European Commission v. Poland, II act (C 192/18). Once again, the Court of Justice defends the independence of Polish Judges and the Rule of Law</i>	p. 899
E.A. Grasso, E. Mostacci , <i>Israeli wine and well-informed consumption. International law pushes the Israeli-Palestinian conflict on the label</i>	p. 909
M.A. Impicciatore , <i>The Court of Justice returns to rule on equal pay: retroactive changes to the normal retirement age are contrary to EU law</i>	p. 919
G. Mannocci , <i>Conditions for acquiring long-term resident status UE: Stable, regular and sufficient resources are made available to the applicant by a third party</i>	p. 925
A. Martinelli , <i>The judicial review of the European arrest warrant and the right to effective judicial protection</i>	p. 929
J. Mazzuri , <i>On some recent judgments of the EU Court of Justice: between evolution of an international model of judicial independence and attempts to reform the Italian CSM</i>	p. 935
F. Monceri , <i>The Airbnb case. Autonomous relevance of the failure to notify the restrictive rules of information society services and open questions</i>	p. 947
L. Montanari , <i>The European Protection of National Judges' Independence</i>	p. 957
A. Perelli , <i>Pre-trial detention, presumption of innocence and burden of proof</i>	p. 967
C. Podda , <i>Subcontracting after the "Tedeschi ruling": illegitimate also the provision that limits to 20% the possibility to lower the prices</i>	p. 973
P.G. Puggioni , <i>"Bridled Mobility" and Discipline in Reception Systems. Illegitimate expulsion from an accommodation centre due to violent behaviour</i>	p. 979
F. Santolini , <i>Video surveillance in residential buildings and data protection according to EU law</i>	p. 989
C. Sartoretti , <i>If member States return to be nation-States: borders and immigration under scrutiny by the European Court of Justice</i>	p. 997
• Inter-American Court of Human Rights	
C. Cardinali , <i>Hernández vs. Argentina: the right to health of detainees in the Inter-American system</i>	p. 1009
M. Marciante , <i>The case of Montesinos Mejía vs. Ecuador: reflection upon the right to personal liberty in the IACHR's jurisprudence</i>	p. 1019
• African Court on Human and Peoples' Rights	
M. del Ángel Iglesias , <i>The Jean de Dieu Ndajigimana Case and the Rwandan genocide</i>	p. 1031
• Foreign Jurisdictions	
A. Gatti , <i>The German Federal Constitutional Court upholds headscarfban for judges and trainees: "pluralism" means "public" in this field</i>	p. 1037
• Other Jurisdictions	
M. Buccarella , <i>US and EU: Airbus-Boeing dispute and the danger of an eternal arm wrestle</i>	p. 1045

In memoriam di Jörg Luther

Grande cordoglio ci ha riunito qui nel nome di Jörg, cordoglio e dolore che è prima di tutto di Antonella, Claudia e Sujan. Ma anche un'ondata d'affetto che non tutti avremmo immaginato, ora che dobbiamo dire: troppo tardi per dimostrarglielo pienamente. Noi non osiamo confondere il nostro dolore con il loro, con il dolore di una famiglia specialissima per tanti aspetti, che ora ha perduto uno dei due pilastri maggiori, cara Antonella. Noi possiamo promettere d'essere loro molto vicini, forse più vicini di quanto non siamo stati, perdendo qualche occasione per farlo.

Il privilegio di poter, questo pomeriggio con voi, dire qualche parola di ricordi e di proponimenti deriva anche dall'essere, tra i presenti, forse uno di coloro che da più gran tempo, qui a Torino, ha conosciuto Jörg.

Comparve all'Istituto giuridico, in bermuda (scandalo!), col violoncello in spalla e con una lettera di presentazione del suo professore col quale aveva discusso in Germania la tesi di dottorato sulla giustizia costituzionale in Italia che preparava per la pubblicazione (che apparve in tedesco nel 1990 presso la prestigiosa casa editrice *Nomos*). Parlava già un buon italiano con qualche difficoltà che faceva sorridere; per esempio,



non riusciva a dire qui perché gli veniva sempre *qvi*. Aveva in progetto un semestre accademico in Italia, quasi una prosecuzione della consuetudine molto tedesca che suo padre aveva coltivato con la sua famiglia, il “viaggio in Italia”. Il semestre che si trasformò in un radicamento, un radicamento che non comportò affatto uno sradicamento dal suo Paese, dalla sua cultura, dal *genius loci* della sua matrice. Così, abbiamo avuto con noi una giovane persona perfettamente bi-nazionale che a noi sembrava, a volte, un po' troppo tedesco e – immagino – in Germania un po' troppo italiano. È stato un efficiente ponte, come ebbe a dire il suo principale punto di riferimento in Germania, Peter Häberle. Fu felice quando venne accolto nell'Associazione italiana dei costituzionalisti, primo socio tedesco; altrettanto quando lo stesso avvenne nella parallela Associazione tedesca dei gius-pubblicisti, come primo socio italiano.

Raccogliendo le idee e i ricordi per questo addio, mi sono apparsi tanti aspetti della personalità di Jörg che non avevo mai considerato in uno sguardo d'insieme. Ora che li ho accostati gli uni agli altri, mi accorgo di avere come una tavolozza dai tanti colori, tra cui ciascuno di noi avrebbe potuto e potrebbe estrarre questo o quello, secondo le preferenze, o magari tutti insieme. "Estrarre" perché non era certo il mettersi in mostra il costume di questo mio ragazzo gentile, dolce, sensibile al limite della fragilità, timido, nelle occasioni accademiche schivo e un poco impacciato quasi che avesse il più o meno consapevole timore di non essere pienamente accettato come uno di noi; mentre, anzi, sotto certi aspetti, era uno più di noi. Di fronte alle difficoltà di rapporti umano-accademici ch'egli ha incontrato come ciascuno di noi e, forse, più di noi, non riusciva ad aderire completamente al consiglio: lascia stare, non ci star male e segui la tua strada che è ricca di per sé e non preoccuparti d'altro, d'altri.

Credeva nella cultura ed era a sua volta molto colto, non solo nell'ambito del diritto. Era un umanista, cosa non frequente tra i giuristi. Dal padre aveva ereditato una predilezione per il pensiero filosofico-teologico-politico della Riforma, a cui ha dedicato alcuni studi. Tra gli scaffali della sua biblioteca ce n'è uno che raccoglie i volumi paterni, con una dominanza di testi kantiani, che mostrava ai visitatori con una evidente reverenza. La musica, fino all'ultimo coltivata amatorialmente ma profondamente, per lo più in formazioni con altri strumentisti, alla quale dava

un'interpretazione sintetizzata in un motto ch'egli ripeteva, riferendolo (se non ricordo male) a Telemann: la musica è fatta di note che vengono e vanno come vogliono e non si sa mai dove.

Le "note" di cui Jörg disponeva erano in effetti moltissime e, quando prendeva la parola, in tante circostanze anche strettamente giuridiche, non si sapeva mai dove andassero a parare, con effetti sorprendenti e, a prima vista, stranianti o stravaganti: a prima vista..., ma poi, a pensarci bene, aprivano prospettive. Insomma, non era un ripetitore di associazioni di pensieri consuete, ma era un cercatore di mescolanze nuove che aprivano prospettive e stimolavano ad andare avanti in un mondo complesso, quasi tutto da costruire.

Era per carattere aperto al dialogo e disposto al compromesso delle idee, ma non dei principi. Era la giustizia la sua bussola e non una giustizia vuota di contenuto, ma la giustizia dei più deboli che si oppone alle prepotenze e, in definitiva, conduce alla pace nella giustizia. Avrebbe certamente condiviso il motto vetero-testamentario: su tre cose si regge il mondo, la verità, la giustizia e la pace, dove la giustizia occupa il posto centrale. Se talora, anzi spesso assumeva posizioni che potevano sembrare legaliste, formali, era perché vi trovava la corrispondenza con qualcosa di più profondo che stava nel diritto costituzionale come "diritto culturale" che non è affatto un diritto irenico, come talora s'è detto, ma è ciò che consegue a una lotta per la giustizia di lunga data, ri-

spetto al cui esito Jörg ha detto d'essere "moderatamente ottimista". In questa lotta, l'ideale e il reale si incontrano e spesso si scontrano in una prospettiva concreta che è, per l'appunto, la cultura com'egli l'ha intesa.

Per quanto fosse timido nelle occasioni accademiche formali, anzi forse per questa sua tendenza a mettersi in secondo piano e per la spinta a reagire, difficilmente ricorderemmo un convegno, una tavola rotonda, una conferenza in cui Jörg non si alzasse a chiedere la parola e, anche quando non aveva la possibilità di farlo, abbiamo presente il suo borbottio ch'era un commento tenace, un confronto, un misurarsi con quel che si veniva dicendo. E, anche, con ciò che si veniva facendo nelle tante occasioni della vita amministrativa dell'Università.

Aveva della vita accademica una visione molto tedesca come unione di "colleganze", una visione che purtroppo l'arrivismo, l'individualismo e il dissolvimento delle comunità dello spirito e delle esperienze - caratteristiche dell'Università italiana in questo tempo - non aiutavano certo a realizzare.

Per lui il diritto costituzionale deve avere una vocazione internazionale, anzi globale o cosmopolita, così come globali devono essere la pace e i diritti. La sua attenzione all'Europa, da cui il volume *Europa costituenda* è il titolo d'una sua raccolta di scritti del 2007 su un tema che considerava cruciale, forse rammentando quanto male ha prodotto in Europa e nel mondo lo storico conflitto franco-tedesco.

Infine, la sua passione per l'insegnamento. Quanti corsi ha tenuto, quante ore vi ha dedicato, quali esperimenti didattici ha tentato? Io non saprei farne un rendiconto. I più giovani dovevano diventare i continuatori. Durante le settimane della sua malattia Jörg ha dedicato le sue forze declinanti a una meditazione che è un bilancio e un lascito, intitolandolo *Il corso della vita mia* (nato la posposizione dell'aggettivo. Non sarebbe la stessa cosa se avesse scritto *della mia vita*: una sottigliezza che mostra quanto avesse proceduto nella conoscenza della lingua d'adozione). Questa meditazione a tutto campo, nel raccoglimento d'una malattia che non lascia scampo di cui egli era consapevole, è una commovente apertura alla continuità della vita dell'impegno che ha consegnato come lascito ai suoi allievi, innanzitutto, e poi alla comunità scientifica di cui ha fatto parte. Nel congedarsi, scrive: *Questo corso giunge alla sua fine. Vorrei innanzitutto ringraziare tutti coloro che mi hanno concesso il loro amore e la loro amicizia, includendo tutti coloro - e temo che tra parenti, colleghi ed amici del tempo libero siano tanti - che non sono stati nominati. A questo si devono aggiungere degli auguri di felicità e serenità per il futuro di ognuno personalmente e di tutti. Non è facile pensare e gestire questo futuro in un contesto di crisi molteplici, politiche, economiche e culturali, che rendono i nostri piccoli mondi più insicuri. Il corso della vita mia mi ha insegnato a restare moderatamente ottimista.*

Nell'ambito politico, il cuore di tutti batte a sinistra, anche se poi sentimenti e ragioni portano a dividersi su

posizioni molto diverse. Nel corso della vita mia ho avuto più posizioni spesso critiche di quelle maggioritarie e vicine a partiti come la socialdemocrazia, i verdi, i radicali e democratici, anche se non ho mai preso tessere e da costituzionalista ho sempre cercato il dialogo anche con altre posizioni. Queste forme di pluralismo possono regredire di fronte al populismo, ma fino a quando abbiamo un minimo di speranza e volontà di una politica migliore e pacifica resteranno difese indispensabili per una democrazia anche europea e cosmopolita.

Nell'ambito economico, il capitalismo non ha vinto nel 1989, perché il modello europeo dell'economia sociale di mercato resiste ai modelli statunitensi e cinesi. La disuguaglianza e la povertà non sono il destino. La responsabilità per la prevenzione delle emergenze ambientali del pianeta e la tutela dei beni comuni è già stata rivendicata dalla generazione prossima.

Nell'ambito culturale infine emergono tante nuove sfide, dalla tutela delle diversità culturali nello sviluppo sostenibile fino all'impatto delle nuove forme di intelligenza artificiale. Occorre mantenere l'autonomia delle culture dall'economia e dalla politica. Serve ottimismo nella capacità di innovazione delle culture.

Quindi nessuno disperi ma tutti abbiano fiducia in sé stessi. La vita andrà avanti.

La vita andrà avanti, diranno non solo i moderati ottimisti come Jörg, ma anche i moderati pessimisti.

Andrà avanti senza di lui. Davvero? Nelle sue conversazioni spirituali delle ultime settimane e nel *Corso* sopra citato, ci sono considerazioni, potremmo dire, su ciò che resterà di noi. Non era religioso nel senso dell'appartenenza organica a una confessione, anche se il suo essere nato, l'aver vissuto e l'essere morto sono state profondamente luterane. Credeva in una realtà spirituale che ci sovrasta, rispetto alla quale ciascuno di noi è piccolo piccolo, ma che non ci schiaccia perché è formata dalle partecipazioni che apportiamo come contributi delle nostre vite. È una realtà, non semplicemente un ricordo. Non tutto è materia, corpo. Non è vero che i morti vivono solo nel ricordo dei viventi, come ombre, come souvenir destinati presto a dissolversi. Lo spirito è una realtà che può separarsi dai corpi e sopravvivere loro per essere sempre di nuovo compreso, afferrato e vivificato per vivificare noi stessi.

Proprio come nei rapporti con i fisicamente viventi, possiamo dialogare con coloro che vivono in quella superiore sfera che sopravvive ai corpi. Se ci rivolgiamo a loro, non è solo per portare fugaci offerte, ma anche per trarne duraturi doni. È questo il dio al quale possiamo credere? Alle parole dette in momenti in cui non si può mentire a se stessi, non possiamo non credere. E, allora, diciamo a nostra volta: addio professor Jörg Luther.

Gustavo Zagrebelsky

L'importanza delle autonomie per far fronte alla Covid (e alle tendenze accentratrici)

di Lorenzo Cuocolo

1. – Nelle ultime settimane le riflessioni dei giuristi (soprattutto pubblicisti) sugli effetti della Covid-19 si sono moltiplicate. Non mancano, in Italia e altrove, anche riflessioni comparate di pregio. E, poi, molti colleghi stanno mettendo in campo sforzi enormi per costruire in tempi record banche dati e raccolte di ogni possibile normativa, pronuncia, ordinanza relativa alla diffusione del virus. Il progetto *comparativecovidlaw*, portato avanti dall'Associazione italiana di diritto comparato e da quella di Diritto pubblico comparato ed europeo ne è forse l'esempio più ambizioso.

Se, dunque, anche solo un mese fa, un editoriale con l'ambizione di tratteggiare il fenomeno Covid nel diritto comparato sarebbe stato più che giustificato (e addirittura originale), oggi non avrebbe nessun senso tentare di racchiudere in poche pagine un tema che ha assunto tali e tante sfaccettature (si pensi alle limitazioni dei diritti, alle relazioni internazionali, agli aiuti alle imprese, ai rapporti con l'Europa, alla protezione dei dati personali e molto altro ancora) da risultare difficilmente contenibile anche in un'opera monografica.

Si impone, pertanto, una riflessione necessariamente parziale, ma che ha il vantaggio di mettere a fuoco una specifica angolatura, ancora poco indagata dagli scritti di recente pubblicazione.

L'angolatura è quella del rapporto tra Covid e forma di Stato, declinata in particolare come articolazione del potere sul territorio.

È evidente a tutti come l'emergenza sanitaria abbia comportato un vero e proprio terremoto per gli assetti canonici dello Stato.

Le forme di governo, in particolare, sono state fortemente scosse dalla repentina diffusione del virus. L'indagine comparata mostra come nella totalità dei sistemi la risposta all'emergenza sia stata quella di aumentare i poteri dell'esecutivo, spesso senza sufficienti bilanciamenti parlamentari. Questo è accaduto sia nelle forme di governo presidenziali, sia nei parlamentarismi più classici, senza preoccuparsi più di tanto delle tensioni cui sono stati sottoposti i principi costituzionali.

L'Italia, ad esempio, ha fatto largo ricorso ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con una copertura legislativa che – almeno fino al decreto-legge n. 19/2020 – era discutibile. Non meglio ha fatto la Francia, che – fino alla legge 2020-290 sull'*état d'urgence sanitaire* – ha provveduto con *Arrêtés* ministeriali di dubbia legittimità. E gli esempi potrebbero proseguire, ma forse è sufficiente chiudere richiamando il caso dell'Ungheria, che ha celebrato la svolta presidenziale, se non autoritaria, mediante un voto parlamentare senza precedenti, che a fine marzo ha conferito al Presidente Orbán i pieni poteri, senza limiti temporali predefiniti.

2. – Meno indagato, per ora, è stato l'impatto del Coronavirus sulle forme di Stato, ed in particolare sul riparto territoriale del potere.

Ad una prima analisi è facile concludere che gli Stati con sistemi accentrati hanno avuto meno difficoltà nella gestione dell'emergenza sanitaria. La concentrazione dei poteri al livello centrale e – qui – nelle mani del Governo, infatti, è sembrata la ricetta perfetta per garantire soluzioni efficaci al diffondersi dell'epidemia. Il progressivo andamento della crisi, tuttavia, mostra come l'emergenza sanitaria sia solo uno (anche se quello più immediatamente grave) degli aspetti da prendere in considerazione. Con sempre maggior evidenza, infatti, emergono la dimensione economica e quella sociale, che richiederanno scelte non semplici e proiettate su una scala temporale di medio-lungo periodo.

L'illusione che le risposte al virus fossero il bianco o il nero e che l'unico elemento determinante fosse la tempestività della loro adozione sembra progressivamente lasciare spazio ad un quadro composito, dai contorni ancora largamente sfuocati, che però necessita di riappropriarsi delle principali garanzie del costituzionalismo liberale, a cominciare dalla separazione dei poteri. Se, dunque, in chiave orizzontale emergono le prime timide voci volte a prevedere sistemi di controllo più penetranti sull'operato dei governi centrali, in chiave verticale si può dire che il sistema delle autonomie abbia retto con maggiore forza all'impeto della tempesta virale, con esiti in chiaroscuro che, però, meritano di essere indagati.

Gli ordinamenti federali sono quelli che – in prima battuta – hanno avuto più difficoltà a dare una reazione efficiente al diffondersi della pandemia. Ne sono esempio evidente gli Stati Uniti d'America [sui quali cfr. E. Mostacci, *Covid v. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. Cuocolo (cur.), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in www.federalismi.it, 98], dove le prime misure sono state assunte a livello di Stati membri, ma anche di Contee e, addirittura, di Università e altre istituzioni del territorio. Ciò è la diretta conseguenza dell'assetto costituzionale nord-americano, che vede attribuito il *police power* agli Stati membri della Federazione, senza riconoscere competenze in materia sanitaria al governo centrale.

E, così, le iniziative di Washington si sono limitate, da un lato, a dichiarazioni rassicuranti del Presidente Trump, accompagnate da lauti finanziamenti alle case farmaceutiche impegnate nella ricerca di un vaccino. Dall'altro lato, ad un attento controllo degli ingressi sul territorio americano, a seguito della dichiarazione di *public health emergency* da parte del Dipartimento della salute. Gli Stati membri, al contrario, si sono da subito mossi con iniziative fortemente differenziate, che hanno variamente inciso sui principali diritti costituzionali, con un'intensità variabile a seconda delle caratteristiche di ogni Stato. Grande scalpore, ad esempio, ha suscitato la scelta del Governatore di New York di mettere in *lockdown* la città di New Rochelle, con un provvedimento che, in quel momento di ancora scarsa consapevolezza, è apparso come una restrizione senza precedenti delle libertà costituzionali dei cittadini americani.

Dalla seconda metà di marzo la Federazione ha assunto un ruolo di maggiore protagonismo, dichiarando lo Stato d'emergenza. Il nuovo assetto, tuttavia, non si è risolto in un accentramento del potere, bensì in un accresciuto supporto del livello centrale nei confronti degli Stati membri, ad esempio per reperire materiale sanitario o per trasformare edifici federali in luoghi di cura. Anche nella fase più recente, dunque, i veri protagonisti sono rimasti gli Stati membri, che hanno moltiplicato atti e iniziative volte a fronteggiare la pandemia. Per rendersi conto del grado di differenziazione tuttora presente sul territorio statunitense, può essere sufficiente ricordare come non tutti gli Stati abbiano ad oggi adottato misure di *lockdown*.

Nell'ottica degli ordinamenti federali merita attenzione anche la Germania [su cui cfr. G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, ibidem, 69], che si caratterizza – nel quadro comparato – per essere l'unico ordinamento che (addirittura dal 2000) vanta una legge per il contrasto delle pandemie (la legge federale 20 luglio 2000).

È importante notare come la legge del 2000 dispone, in base all'art. 83 del *Grundgesetz*, l'accentramento al livello federale delle competenze normative in materia di pandemie. Tuttavia, le competenze amministrative, relative alle misure concrete da adottare in attuazione della legge, restano di competenza dei *Laender*, pur con un vincolo di leale collaborazione con le amministrazioni federali.

La prima fase di gestione della pandemia, dunque, è stata lasciata alle iniziative degli Stati federati, residuando al governo centrale un potere di sintesi e di raccomandazione. Come già accennato, il coordinamento fra i livelli di governo è stato possibile non tanto in forza del riparto formale di competenze previsto dalla legge sulle pandemie, quanto alla collaborazione tra centro e territori, che ha portato ad elaborare una serie di linee-guida comuni per l'attuazione da parte dei *Laender* della legge federale. Ciò, tuttavia, non ha impedito una significativa differenziazione nelle misure adottate. Alcuni *Laender*, infatti, si sono orientati verso misure di *lockdown* totale, mentre altri

hanno prediletto un bilanciamento tra le esigenze sanitarie ed il mantenimento delle attività, ricorrendo a varie forme di distanziamento sociale.

Il desiderio della Cancelleria federale di una regia più vincolante, però, ha da lì a poco portato all'adozione di una nuova legge volta ad attribuire al governo centrale competenze integrative. Il tentativo di accentrare il potere di reazione alla Covid, tuttavia, sta suscitando non pochi dubbi tra i costituzionalisti, che vedono nella nuova legge una possibile lesione dell'art. 83 del *Grundgesetz*.

2.1. – Spostando l'attenzione agli ordinamenti regionali, vale la pena soffermarsi anzitutto su quello spagnolo, noto – in linea di massima – per riconoscere ampie competenze alle Comunità autonome [sul punto v. F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, ibidem, 42]. Nei primi giorni di emergenza, sono proprio i livelli decentrati che hanno assunto iniziative di contenimento, nella sostanziale inerzia del governo centrale. E, così, sono state fortemente compresse le principali libertà costituzionali, limitando la circolazione e imponendo chiusure generalizzate delle attività commerciali. Gli *ordenes* e le *resoluciones* regionali, tuttavia, previsti per fronteggiare casi specifici di emergenza sanitaria e protezione civile, sono presto parsi sprovvisti di una solida base legale (gli art. 3, Ley Orgánica n. 3/1986 e art. 26, Ley n. 14/1986), soprattutto in considerazione dell'ampiezza e dell'invasività degli interventi disposti.

L'incerta competenza delle Comunità autonome ha dunque agevolato un intervento forte del governo centrale che, con il Real Decreto n. 463/2020 del 14 marzo (di dichiarazione dello *estado de alarma*) ha, da un lato, fatti salvi i provvedimenti regionali frattanto adottati, ma, dall'altro, ha accentrato il potere decisionale, senza prevedere un ulteriore coinvolgimento delle autonomie (fatto salvo il caso dei Paesi Baschi, che dispongono di una legge speciale sulle emergenze sanitarie del 2017).

Il caso spagnolo, dunque, merita particolare attenzione. Se, in linea di principio, viene portato ad esempio come uno degli ordinamenti dotati di un regionalismo più avanzato, nel caso specifico della lotta alla Covid, gli spazi di azione delle Comunità autonome sono stati significativamente ristretti dalla dichiarazione dello *estado de alarma*, che ha accentrato i poteri a Madrid, senza nemmeno prevedere meccanismi di raccordo tra i diversi livelli territoriali. Tutto ciò ha suscitato non poche critiche da parte dei più attenti commentatori, nonché di alcune Comunità autonome.

Alla luce di quanto appena esposto, l'esempio dell'Italia può sorprendere ed apparire in controtendenza. Fin dalle prime fasi della diffusione dell'epidemia, infatti, la linea del governo centrale è stata quella di un coinvolgimento delle Regioni (e anche dei Comuni) nella gestione della crisi. Le iniziali ipotesi di attivare i poteri sostitutivi previsti dall'art. 120 Cost. sono state presto

accantonate, a favore di un formale mantenimento degli ordinari criteri di riparto tra Stato e Regioni.

È ben vero che il Governo, con un massiccio ricorso a Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha – nei fatti – realizzato un accentramento delle competenze. Ma è altresì vero che sono stati sostanzialmente preservati spazi di azione per i livelli regionali, che hanno trovato una completa disciplina nel decreto-legge n. 19/2020.

La partecipazione del livello regionale avviene sotto due diversi profili: da un lato, viene garantito il coinvolgimento delle Regioni (in chiave consultiva) nella procedura di adozione dei provvedimenti governativi. Dall'altro lato, viene consentito alle Regioni (e, parzialmente, agli enti locali) di adottare sul proprio territorio misure maggiormente restrittive di quelle nazionali.

Questa impostazione, che non è scevra da problemi di impostazione teorica, né da complicazioni applicative, ha comunque garantito – almeno fino ad ora – una limitata conflittualità fra i diversi livelli di governo.

2.2. – L'esempio più chiaro di accentramento dei poteri al livello centrale è, come da manuale, quello dell'ordinamento francese. Anche in questo caso, in principio, sono stati adottati *Arrêtés* del Ministro della salute, di dubbia base legale, anche alla luce della riserva di legge contenuta nell'art. 34 della Costituzione. Successivamente l'esecutivo è corso ai ripari, ottenendo dal Parlamento l'approvazione di una nuova legge (Loi n. 2020-290) che ha previsto l'*état d'urgence sanitaire*, ricalcando in parte la nota procedura di *état d'urgence* prevista dalla legge del 1955 [v. ancora F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del Coronavirus*, cit.].

Non mancano, oltralpe, i commentatori critici nei confronti della nuova legge, soprattutto per lo scarso coinvolgimento del Parlamento e per la concentrazione dei poteri in capo all'esecutivo. Ciò, sommato alla sostanziale assenza di contrappesi a livello territoriale, rende l'ordinamento francese quello che, forse, deve essere monitorato con maggior attenzione.

3. – Il quadro sin qui tratteggiato mostra quanto il grado di articolazione territoriale delle competenze sia significativo nella gestione dell'emergenza Covid-19. Se, da un lato, la previsione di poteri a livello decentrato ha senz'altro complicato la reazione all'emergenza, è altresì vero che i presidi territoriali hanno impedito una eccessiva concentrazione dei poteri nelle mani degli esecutivi, che – dove si è verificata – non ha sempre visto un soddisfacente bilanciamento da parte dei Parlamenti e degli altri organi di controllo. Anzi, si può forse dire che proprio la frammentazione dei poteri sul territorio sia stato l'argine che ha retto maggiormente alla (per certi versi comprensibile) spinta verso una "istantaneizzazione" del potere, derivante appunto dalla concentrazione in capo all'esecutivo.

Se la laboriosa ricerca di una leale collaborazione tra livelli di governo è parsa ad alcuni un lusso eccessivo in un momento di estrema emergenza, lo stesso non si potrà dire nella lunga fase che auspicabilmente si aprirà nei prossimi mesi.

Una volta controllata la parte più violenta dell'emergenza sanitaria, infatti, sarà indispensabile un lungo lavoro (di anni, non di mesi) di riscrittura di molte regole giuridiche che presiedono la dimensione economica e sociale. Il percorso verso una "nuova normalità" sarà tanto più efficace, quanto più si terrà conto delle specificità di ogni territorio, nonché delle relative esigenze. Gli ordinamenti federali e regionali, dunque, avranno un potente asso nella manica che potrà senz'altro agevolare la ricostruzione.

Se, dunque, dal lato dell'intervento pubblico nell'economia, è ragionevole attendersi un ampliamento del ruolo dello Stato centrale, dal punto di vista dell'individuazione delle misure concrete è auspicabile una valorizzazione delle istanze territoriali.

Volendo dunque sbilanciarsi in qualche previsione, è ragionevole pensare che troverà terreno fertile un nuovo federalismo cooperativo o, comunque, forme di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo che, lungi dall'impeto accentratore cui abbiamo assistito in questi mesi, sappiano restituire centralità alle autonomie, ovviamente secondo le previsioni costituzionali di ciascun ordinamento.

Saggi

DPCE ONLINE

2037-6677

Estallido social en Chile: la persistencia de la Constitución neoliberal como problema

di Bruno Aste Leiva

Abstract: Social Outbreak in Chile: problem of persistence of the neoliberal Constitution – This paper provides a systematic analysis of elements that have influenced on a development of the current social outbreak in Chile, as well as emphasizes on a neoliberal economic model and the way in which the current Constitution settles its bases. In fact, its content has challenged an exercise of the social demands of recent years, commanding a constitutional change by setting up a constituent assembly that would verify the current fundamental law.

Keywords: Constitution; Neoliberalism; Rights; Democracy; Constituent power.

1. Introducción

No está en discusión que, desde hace algunos años, Chile vive un intenso momento de reflexión política, el que ha estado determinado por el cuestionamiento acerca de la Constitución vigente y del modelo económico de naturaleza capitalista neoliberal que fue configurado en dictadura y legitimado durante los años que siguieron, al retornar la democracia. Así, desde el año 2011, se puede evidenciar la fuerza con la que han actuado los movimientos sociales, primeramente, a partir del planteamiento de las demandas de los estudiantes universitarios y secundarios, las que ya se habían expresado el año 2006, pero que, finalmente, han terminado siendo una lucha por la reivindicación de los derechos sociales, una crítica al Estado subsidiario y el planteamiento en torno a la creación de una nueva Constitución, pues la Constitución vigente, es la norma que mayor cantidad de veces ha sido reformada a lo largo de la historia constitucional chilena, pero en ella persisten las bases y el modelo de sociedad formulada durante la dictadura de Pinochet.

De esta forma, el activo estallido social, es el resultado de un largo periodo de movilizaciones sociales, las que durante muchos años se han manifestado en pro de un cambio constitucional y del modelo económico, proceso al que hoy se suman nuevos sujetos políticos, que sufren la desigualdad generada por las contradicciones del neoliberalismo. Al respecto, lo que hoy se desarrolla en Chile, corresponde a una de las condiciones a la que hace algunos años hizo mención Sergio Grez, esto es, “el intento por desalojar el neoliberalismo del escenario histórico, tornándose indispensable que, los trabajadores entraran en la lucha de

sus derechos, con la misma radicalidad y sagacidad política en cómo lo habían hecho los estudiantes”¹.

En dicho contexto, el objetivo del presente trabajo consiste en hacer un análisis que explique los elementos que han incidido en el surgimiento y desarrollo del actual estallido social en Chile, poniendo énfasis en el modelo económico neoliberal, y en la forma en cómo la Constitución vigente reconoce sus bases.

En efecto, se propone como hipótesis que el actual estallido social en Chile encuentra su explicación en el cuestionamiento del modelo económico neoliberal y en la persistencia que existe en torno a la ilegitimidad de la Constitución vigente, cuyo contenido ha tensionado el ejercicio de las demandas sociales de los últimos años. Lo anterior supone la necesidad de un cambio constitucional que se verifique desde las bases, a través de una asamblea constituyente.

Para validar la premisa señalada, se revisará el tránsito histórico sobre el cual se articula la génesis del neoliberalismo en Chile, desde el inicio de la dictadura militar de 1973 hasta la actualidad. Además, se verificará la forma en cómo las bases de aquel modelo se institucionalizaron al alero de la Constitución neoliberal de 1980, comentando los mecanismos que han servido para inmunizar parte importante de su contenido a los tiempos democráticos. También se explicarán las reformas más significativas al texto constitucional, evidenciando que, los intentos de cambio desde lo constituido no han sido capaces para que los pueblos puedan contar con una institucionalidad y con una Constitución que sientan como propia. Debido a lo anterior, y atribuyendo a tales elementos las causas del actual estallido social, el trabajo finaliza analizando el desafío que supone el desarrollo de un cambio constitucional.

4

2. La génesis del neoliberalismo en Chile

2.1. La configuración del modelo en dictadura

Diferentes episodios históricos marcan el devenir del actual modelo político-institucional y económico vigente en Chile. Si atendemos a aquello que ocurre desde mediados del siglo XX, veremos que, al modelo actual (gestado durante los tiempos de la dictadura), lo antecede por la vía democrática, la configuración de un proyecto socialista liderado por el gobierno de Salvador Allende, cuya finalidad radicó en generar una redistribución equitativa de la riqueza, esfuerzos que se vieron frenados por el golpe de Estado de 1973. Aquello que ocurre desde ese año, significó el contexto político sobre el cual se diseñaron las bases del neoliberalismo, como principal estructura económica y social que ha determinado aspectos claves, tales como el rol del Estado en la organización de la sociedad y la forma en cómo se reconocen y protegen los derechos fundamentales.

En efecto, la dictadura cívico-militar, constituyó para la derecha y la elite empresarial, una oportunidad para que Chile contara con una economía de libre mercado y superara el modelo de Estado de compromiso que se había forjado desde

¹ S. Grez, *Un nuevo amanecer de los movimientos sociales en Chile*, in 10 *Revista Izquierdas*, 2 (2011).

la década de 1930, para lo cual, se trabajó con un grupo de economistas formados en la escuela de economía de la Pontificia Universidad Católica y postgraduados en la escuela de economía de la Universidad de Chicago, denominados los *chicago boys*², quienes presentaron su asesoría técnica para enfrentar las necesidades de estabilización económica del país, pero que terminó siendo un plan que fijó el modelo económico del país durante los próximos cuarenta años³, al diseñarse un proyecto neoliberal que dio paso a un proceso constante de privatizaciones, liberalización de la economía, cambios de la estructura social, fomento de la inversión extranjera, entre otros.

Por su parte, las políticas fiscales en gasto público y las relativas en torno a la participación del Estado en la economía, fueron insertadas por la influencia de las ideas de sus máximos exponentes, Friedrich Hayek y Milton Friedman, quienes propusieron la liberación del mercado, siendo el Estado el agente que debía hacer todo lo posible para facilitar aquel cometido, promoviendo la privatización de las empresas estatales y la disminución del gasto público⁴. Tales ideas fueron adoptadas por el gremialismo chileno, sector político de la derecha que apoyó al régimen militar.

Así, los años 70 y 80 constituyeron una etapa de reorganización de la economía mundial, la que estuvo marcada por el inicio de un nuevo ciclo de acumulación capitalista, cuestión que requirió contar con nuevas formas de organización del capital, con la finalidad de aumentar la plusvalía. En dicho contexto, nació el neoliberalismo, el que como sostiene Cuevas “expresó en términos técnicos los intereses de los sectores del gran capital y del sector financiero a nivel mundial, expresando los requisitos de políticas económicas adecuadas para facilitar la reproducción del capital mundial y recuperar la tasa de ganancia”⁵.

Respecto a que Chile haya sido uno de los primeros países en el que se experimentó el proyecto neoliberal, Perry Anderson señala que “el régimen dictatorial de Pinochet tiene la honra de haber sido el verdadero pionero del ciclo neoliberal de la historia contemporánea. El Chile de Pinochet comenzó sus programas de manera dura: desregulación en lo económico, desempleo masivo, represión sindical, privatización de bienes públicos. Todo esto se inició casi una década antes de que Thatcher lo hiciera en Inglaterra”⁶. En efecto, la dictadura dio paso a la refundación de una estructura económica, social y política de matriz

² Cabe señalar que la preparación de los *chicago boys*, se desarrolló en el marco de un convenio de cooperación firmado en el año 1955 entre la Pontificia Universidad Católica de Chile y la escuela de economía de la Universidad de Chicago, el que fue fundamental para que Estados Unidos pudiera utilizar a Chile como un laboratorio de la periferia en el que se insertarían las ideas neoliberales. Lo anterior, con un fin eminentemente ideológico y en un contexto de desarrollo de la guerra fría y de lucha entre el orden liberal y el socialista.

³ M. Gárate, *La revolución capitalista de Chile (1973-2003)*, Santiago, 2012, 187.

⁴ M. Friedman, Carta a Pinochet, 21 de abril de 1975, disponible en www.docsity.com/en/carta-de-milton-friedman-a-pinochet-21-de-abril-de-1975/5016820/

⁵ P. Cuevas, *El temprano fin del siglo XX: dinámicas internas y tendencias mundiales en los proyectos neoliberales en Chile y México (1973-1994)*, in 47 *Revista Izquierdas*, 201 (2019).

⁶ P. Anderson, *Balanco do neoliberalismo*, in E. Sader y P. Gentili (Eds), *Pos-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*, Rio de Janeiro, 1995, 16.

neoliberal, a partir de la cual, se fomentó la privatización de los servicios, la inversión extranjera de capitales y la desregulación de la economía.

En tal sentido, la impulsión del neoliberalismo se llevó a cabo por medio de la ejecución de un plan de recuperación económica del año 1975, y sobre la base de una política del shock. Lo anterior, supuso una serie de cambios estructurales, como fue la privatización de importantes sectores de la economía, los que hasta antes de ese momento se encontraban en poder del Estado, además de la afectación al ejercicio de derechos sociales, la disminución del gasto público y del aporte estatal, el traspaso de funciones públicas al mundo privado para que en virtud del ejercicio de la libre iniciativa económica pudiesen ofertar servicios sociales en salud, educación y seguridad social, principalmente. Se trató de un paquete de reformas radicales en pro de la liberalización del orden económico como parte del proceso de modernización del país, pero que daba paso a la configuración e implementación de un proyecto neoliberal⁷, elementos que pueden ser integrados en aquello que Harvey denomina como “acumulación por desposesión”, la que estaría caracterizada por cuatro ejes:

- a. Privatización y mercantilización, con el objeto de ampliar la acumulación del capital a nuevos sectores tales como la seguridad social, educación, salud y la cesión del dominio desde lo público a lo privado.
- b. Financiarización que se consolida desde el año 1980 y que dará lugar a la manipulación del crédito, repercutiendo en el valor de las acciones.
- c. Gestión y manipulación de la crisis, caracterizada por el endeudamiento y la distribución desde el centro hacia la periferia.
- d. Redistribuciones estatales que se llevan a cabo por medio de un proceso de privatización⁸.

De esta forma, el cambio del modelo vino acompañado de medidas económicas, tales como la liberalización del comercio al exterior y el fomento a la inversión extranjera en áreas que cubrían bienes de consumo y de primera necesidad, recursos naturales, y el aumento de las importaciones por sobre las exportaciones. Sobre este punto, Gárate señala que, “el aumento, sobre todo, de bienes de consumo no productivos, debió cubrirse finalmente con crecientes ingresos de capital extranjero por la vía del crédito internacional”⁹. Lo anterior, permitió al país integrarse en el comercio internacional en un contexto de no interferencia estatal no solamente en lo relativo a las condiciones para invertir capitales extranjeros en Chile, sino que, además, respecto del financiamiento del mercado crediticio que se había desarrollado desde el año 1975, generador de una gran deuda externa. Así, la falta de protagonismo por parte del Estado tanto en el comercio internacional como en el nacional, y el consecuente traspaso de la responsabilidad pública hacia los privados, significó que, la competitividad y

⁷ M. Gárate, *La revolución capitalista de Chile (1973-2003)*, cit., 191.

⁸ D. Harvey, *Breve historia del neoliberalismo*, España, 2015, 175-181.

⁹ Ivi, 215.

presencia internacional de las empresas estatales disminuyera considerablemente, verificándose una importante desintegración de nuestros mercados nacionales.

Dichas políticas neoliberales fueron fortalecidas a partir del año 1980, periodo caracterizado por reformas institucionales y económicas que fueron impulsadas al alero de un prisma ideológico, las que terminaron generando importantes cambios, ya sea en lo relativo al sistema de salud, educacional, laboral y social, como también, respecto a la forma de organización y ejercicio del poder político. En relación con las primeras, Ffrench y Stallings, singularizados por Gárate, consideran que estas se articularían sobre cuatro ejes sustanciales: la liberalización comercial, la financiera interna, la apertura de la cuenta de capitales y la privatización de las empresas del Estado¹⁰. Así, desde el punto de vista de la regulación financiera de los bancos, estas se levantaron, autorizando prestamos externos para favorecer la formación de la banca privada. Además, la intromisión del Estado en el aparato financiero fue desapareciendo a medida que la privatización del mercado financiero aumentaba. De la misma forma, se impuso la liberalización financiera internacional, lo que supuso eliminar barreras de las instituciones bancarias extranjeras. Finalmente, se fomentó la privatización de empresas dedicadas al rubro industrial y bancario que, hasta antes del golpe militar, se encontraban en poder del Estado.

En cuanto a las reformas sociales, estas se configuraron al alero del principio de subsidiaridad del Estado, lo que supuso trasladar la responsabilidad pública y estatal en la prestación de servicios sociales hacia los privados. Al respecto, en salud, las acciones del Estado no quedaron protegidas mediante acciones jurisdiccionales y se fomentó la inversión privada para el funcionamiento de clínicas privadas y la creación de Isapres (Instituciones de salud previsual). En materia laboral, se limitó el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, los que durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva y de Salvador Allende se habían consolidado. Lo anterior, se hizo a través de la implementación de un plan de modernización laboral que implicó reformar varias disposiciones legales del código del trabajo, restringiendo el derecho a la negociación colectiva (al centrarla en la empresa), afectando la eficacia del derecho a huelga y alterado el ejercicio de la libertad sindical. En lo relativo a la seguridad social, se efectuó un significativo cambio al sistema de pensiones, ya que se pasó desde un sistema solidario de reparto a otro que se denominó sistema de capitalización individual, y que funciona sobre la base de un ahorro privado que es aportado por el trabajador y administrado por sociedades anónimas denominadas AFP (Administradora de fondos de pensiones), organizaciones que incorporan los fondos al mercado, para que estos tengan rentabilidad. Se trata de un sistema que durante años ha generado desigualdad social, ya que las pensiones dependen del monto que cada trabajador pudo ahorrar durante su vida laboral activa. Respecto a educación, hubo una disminución del gasto público y se priorizó la libertad para elegir el sistema

¹⁰ R. Ffrench, y B. Stallings (Eds), *Reformas, crecimiento y políticas sociales en Chile desde 1973*, Santiago, 2001, reformas explicadas y desarrolladas de manera sistemática y precisa por M. Gárate, *La revolución capitalista de Chile (1973-2003)*, cit., 254 ss.

educativo por sobre el derecho a la educación. Además, el sistema escolar de enseñanza se fraccionó y quedó entregado a los municipios, cuestión que ha significado un aumento en la brecha de la desigualdad, ya que no todos los municipios cuentan con el mismo presupuesto. De la misma forma, la educación secundaria quedó entregada a la capacidad económica de los padres. Al respecto, Gárate plantea que “la familia fue designada como el órgano intermedio de mayor importancia, al cual le corresponde fundamentalmente la responsabilidad y el costo de educar a sus hijos. El Estado quedó únicamente facultado para garantizar este derecho básico mediante el respeto de la libertad de cada familia para elegir la educación de sus hijos”¹¹. Como se puede apreciar, tratándose del ejercicio de la responsabilidad social del Estado, esta se configuró para resguardar únicamente las libertades, desempeñando un rol mínimo en el ámbito de lo social¹². Tales reformas terminaron por reestructurar el orden económico y político institucional del país, el cual descansó en el mercado y no en el Estado.

Las reformas mencionadas, dieron paso a la creación de una cultura de consumo por la llegada de nuevos productos y la apertura del crédito como mecanismo para financiar al consumo. Sin perjuicio de lo anterior, tales cambios que disminuyeron el rol Estado en la economía y en lo social, generaron un debilitamiento del sector público, ocasionando a partir de los años 80, una crisis económica marcada por el aumento del desempleo, la disminución del PIB y de las importaciones. Como precisa Bravo, al año 1982, 800 empresas quebraron, otras registraron tasas de crecimiento con saldo negativo (20%) y el producto geográfico bruto cayó un 14%¹³. Lo anterior significó recurrir a organismos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial para solicitar créditos internacionales, motivando el endeudamiento externo del país. A partir de aquel momento, la configuración de las políticas económicas estuvo influenciadas por las recomendaciones que hacían esos órganos, principalmente en lo macroeconómico, suponiendo la incorporación de la económica chilena al mercado mundial, la privatización de empresas públicas que fueron adquiridas con los fondos que administraban las AFP, y el favorecimiento de las importaciones¹⁴.

2.2. La consolidación del modelo desde el retorno a la democracia

Una vez retornada la democracia en el año 1990, las acciones de los gobiernos de centroizquierda estuvieron dirigidas a planificar y ejecutar políticas sociales que intentaran disminuir el índice de pobreza y las desigualdades sociales, favoreciendo las condiciones prestacionales que habían sido limitadas durante la dictadura

¹¹ M. Gárate, *La revolución capitalista de Chile (1973-2003)*, cit., 279.

¹² Así se evidencia, incluso, en cuanto al reconocimiento y protección jurisdiccional de los derechos constitucionales. En efecto, de la cantidad de derechos reconocidos en la Constitución, la mayoría son civiles y de contenido económico. Por su parte, aquellos que están resguardados mediante la acción de protección, son solamente estos, no así los derechos sociales, salvo en el aspecto libertario, es decir, la libertad para elegir el sistema público o privado de salud y el establecimiento en el que los padres quieren que estudien sus hijos.

¹³ V. Bravo, *Neoliberalismo, protesta popular y transición en Chile, 1973-1989*, in *37 Política y cultura*, 100 (2012).

¹⁴ M. Gárate, *La revolución capitalista de Chile (1973-2003)*, cit., 310.

militar¹⁵. Sin perjuicio de lo anterior, la estructura productiva y económica del país, no fueron alteradas en sus bases, es más, durante muchos años, el sistema fue validado, en consideración a la estabilidad y al aumento de los indicadores macroeconómicos con el que se presentaba el país ante la comunidad internacional. De esta forma, los gobiernos de centroizquierda optaron por mantener la estabilidad macroeconómica, la que estuvo orientada al desarrollo de la liberalización comercial y que se materializó con la firma de acuerdos comerciales bilaterales internacionales de libre comercio, además del fomento de la inversión extranjera¹⁶. Así, el país resultó ser muy atractivo para inversionistas extranjeros, al verificarse un aumento en el crecimiento económico, el control de su estabilidad en la planificación fiscal y de sus instituciones, además de la capacidad de negociación económica con potencias extranjeras. En este sentido, las políticas ejecutadas por la concertación fueron fundamentales para mantener el modelo económico vigente, materializado sobre la base de medidas que favorecieron la libre circulación del capital y la privatización de empresas en manos de capitales extranjeros para la concesión de obras públicas, además de la explotación y comercialización de recursos naturales, encarnando lo que Garretón denomina como progresismo limitado, “al intentar superar varios efectos del neoliberalismo de la dictadura, pero que finalmente terminaron siendo un “neoliberalismo corregido” al predominar el mercado como forma de organización social”¹⁷.

Por su parte, habiendo transcurrido cerca de 20 años desde la recuperación de la democracia, el año 2010 asumió la presidencia un gobierno de centroderecha, representante de la elite empresarial, quien tuvo que enfrentar el mayor estallido social que hasta ese momento se había vivido en Chile, las que se hicieron sentir de la mano del movimiento estudiantil del año 2011, y que apeló a una mejora en derechos sociales y una crítica al modelo socioeconómico neoliberal. A partir de ese momento se configuró la génesis del estallido social que actualmente se desarrolla en el país, ya que los pueblos persisten en la lucha por la reivindicación de los derechos sociales, los cuestionamientos hacia el Estado subsidiario y el planteamiento en torno a la creación de una nueva Constitución, pues como he señalado al inicio, la Constitución vigente es la norma que mayor cantidad de veces ha sido reformada a lo largo de la historia constitucional chilena, pero se mantienen las bases y el modelo de sociedad formulada durante la dictadura de Pinochet, pues esta no solamente constituye el legado de su régimen, sino que se entiende como

¹⁵ Respecto a este punto, Martín y Alfaro sostienen que hubo dos periodos o momentos de las políticas sociales ejecutadas por los gobiernos de centroizquierda. El primero comprende el periodo 1990 a 2000, marcado por el intento de generar equidad y fortalecimiento del sistema democrático. El segundo, comprende los siguientes diez años (2000-2010), caracterizado por el desarrollo de políticas de igualdad y protección de derechos sociales. Ver M. Martín y J. Alfaro, *Políticas de bienestar en contextos neoliberales: tensiones del modelo chileno*, in 30 *Caderno*, 137-155 (2017).

¹⁶ Cabe destacar que Chile fue el primer país latinoamericano en firmar un tratado internacional de libre comercio con China (año 2005), país que es el principal comprador de cobre nacional. Lo mismo hizo con varios otros países con economías capitalistas.

¹⁷ M. Garretón, *Neoliberalismo corregido y progresismo limitado. Los gobiernos de la concertación en Chile 1990-2010*, Santiago, 2012, 190 ss.

el instrumento jurídico que ha permitido mantener la institucionalidad actual, ya que todo cambio socialmente relevante y de eventual alteración al modelo neoliberal y a la forma en cómo se organiza el poder, ha tenido que ser aprobado por aquel sector que apoya aquello que se diseñó en dictadura.

En este marco de antecedentes descansan las motivaciones del estallido social actual, el cual expresa una crítica hacia la legitimidad del modelo neoliberal y del ordenamiento jurídico constitucional que lo resguarda, partiendo por su carta, por las instituciones que lo componen, y por los instrumentos y formas en cómo los pueblos y la comunidad política, ejercen el poder político. En fin, su fundamento de ilegitimidad se justifica no solamente en el contexto en el cuál dicha norma fue creada, sino en lo que esta ha sido capaz de desplegar, esto es, un aparataje institucional, un Estado subsidiario, un sistema de derechos fundamentales en que se protegen solamente los derechos constitucionales libertarios, en desmedro de los sociales, una norma en la que descansan las bases de un modelo económico que legitima la privatización de importantes recursos nacionales y que genera desigualdad social.

3. La institucionalización de las bases del neoliberalismo en la Constitución Política

Al tiempo en que se llevaron a cabo las transformaciones estructurales, basadas en alero de la confección y ejecución de políticas neoliberales, se dio paso a la configuración de un sistema jurídico que pudiese institucionalizarlo y constitucionalizarlo. En la línea de proyectar y legitimar un aparataje institucional con fuerte contenido económico, se redactó la Constitución de 1980, elaborada por una comisión que fue nombrada por la junta militar e integrada por abogados¹⁸, egresados de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Se trató de un texto redactado a espaldas del pueblo y que posteriormente fue sometido a un plebiscito ratificatorio que no respetó las mínimas condiciones democráticas, al encontrarse vigente un estado de excepción constitucional, sumado a la no existencia de registros electorales, entre otros antecedentes¹⁹. Cabe señalar que, respecto a la justificación para auto atribuirse el ejercicio del poder constituyente, como precisa Viera, singularizando a Renato Cristi, la noción de poder constituyente a la que se

¹⁸ Decreto Supremo n. 1064 del 25-10-1974, publicado en el Diario Oficial de Chile, el 12 de noviembre de 1973.

¹⁹ Al respecto, como explica Viera, el anteproyecto de Constitución fue elaborado por la Comisión de estudios de la nueva Constitución, el que posteriormente fue enviado al Consejo de Estado para que este lo remitiera a la junta de gobierno, cuya aprobación fue comunicada por el general Augusto Pinochet el 10 de agosto de 1980 y que convocaba a la ciudadanía a un plebiscito ratificatorio para el día 11 de septiembre de 1980. El resultado de aquel plebiscito fue la ratificación de la Constitución, la que fue promulgada el 21 de octubre de 1980 y entró en vigor el 11 de marzo de 1981. Sin perjuicio de que a través de ese plebiscito se haya intentado otorgar legitimidad popular y democrática al proyecto de Constitución aprobado por la junta de gobierno, lo cierto es que no es posible darle tal dimensión o carácter, ya que este se llevó a cabo en tiempos de anormalidad institucional, al estar vigente un estado de excepción constitucional con profunda represión militar y violaciones a los derechos humanos. Consultar C. Viera, *Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente*, in 5 *Revista de derechos fundamentales*, 163 (2011).

accedió fue la elaborada por Sánchez Agesta, jurista español que bebía teóricamente de Carl Schmitt, quien concibe que, el poder constituyente radica en “la voluntad de decidir sobre el contenido de un orden”, centrando la titularidad de lo constituyente, no en la legitimidad, sino que en el poder de decisión para imponer un orden²⁰. En tal contexto y circunstancia, descansa la objeción democrática y la ilegitimidad de origen de la carta fundamental.

En fin, la Constitución de 1980, cuyas bases permanecen en el texto constitucional vigente, vino a constituir el marco jurídico en el cual se validaron las reformas estructurales configuradas durante la dictadura, y consolidadas desde el año 1990, contribuyendo a resguardar las condiciones para favorecer de que el Estado estuviese al servicio del mercado y no de las personas. Así, como sostiene Undurraga, “la Constitución de 1980, permitió la creación de nuevos mercados privados alrededor de las administradoras de fondos de pensiones (AFP), de los seguros de salud a través de las Isapres y de la educación superior, fortaleciendo a los grupos económicos vinculados al régimen cívico-militar”²¹.

En efecto, al alero del neoliberalismo, el Estado no solamente se convierte en un agente que permitió diligenciar el favorecimiento de los derechos de propiedad privada y el establecimiento de la libertad de mercado, sino que además, se tornó necesario el establecimiento de un marco legal, el que a través de un irrestricto respeto al imperio de la ley, hizo que se garantizaran las libertades individuales, neutralizando y legitimando las políticas en las cuales se sustenta el modelo económico²².

Sin perjuicio de lo anterior, si bien en la Constitución chilena no se consagra expresamente un modelo económico determinado, de su contenido se desprende un enfoque neoliberal que condiciona el tipo de relaciones económicas que se dan entre los particulares y entre estos y el Estado, constitucionalizando las bases en las cuales encuentra fundamento la economía de libre mercado. Así, como sostiene Ferrada, “la norma se pronuncia sobre las bases del sistema económico del país, diseñando un marco estricto dentro del cual se deben desarrollar las distintas opciones de modelos y políticas económicas definidas en cada momento por las autoridades políticas competentes”²³. Al respecto, como precisan Viera, Bassa y Ferrada, tal constitucionalización se deduce ya que la Constitución “ordena la actividad pública y privada, con especial protección de la libertad de empresa y de los principios en los que descansan las políticas monetaristas”²⁴.

²⁰ Ivi, 159-160.

²¹ T. Undurraga, *Divergencias. Trayectoria del neoliberalismo en Argentina y Chile*, Santiago, 2014, 172.

²² Para complementar lo anterior, consultar a D. Harvey, *Breve historia del neoliberalismo*, España, 2015, 73-75. Al respecto, el autor referenciado sostiene que “el Estado produce legislación y marcos normativos que suponen una ventaja para las corporaciones y en ciertos casos para intereses específicos”, 86.

²³ JC. Ferrada, *La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas*, in XI *Revista de Derecho*, 48 (2000).

²⁴ Elementos señalados y desarrollados en C. Viera, J. Bassa y JC. Ferrada, *Una aproximación a la idea de “Constitución económica” y sus alcances en la Constitución chilena*, in 49 *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 343 y 344 (2016).

Por su parte, como indica Guerrero, si se atiende a ciertos parámetros, tales como el sistema de propiedad de los recursos, la ideología que la sustenta y los mecanismos de asignación de recursos, sí se evidencia (tácitamente) el modelo económico que aquella norma resguarda, ya que opta por reconocer y proteger derechos con connotación económica, además de establecer que las materias relativas al endeudamiento estatal deben ser reguladas por ley, elementos que se suman a la regulación que hace del Banco Central en un capítulo especial. En efecto, como sostiene el autor citado, “las normas constitucionales están encaminadas a impedir la expansión monetaria y controlar el gasto público”²⁵.

De esta forma, del contenido de la Constitución es posible evidenciar el compromiso ideológico que esta asume con el modelo económico neoliberal. Lo anterior, se manifiesta en el reconocimiento que hace de principios y derechos que terminan por otorgarle una posición privilegiada a la libertad económica. Así, en relación con lo primero, de su contenido se extraen algunos tales el principio de subsidiaridad (Art. 1, inciso 3º) y el de orden público económico (19Nº21) este último, como límite al ejercicio de la libertad de empresa. Respecto al campo de los derechos constitucionales, la mayoría de aquellos que se consagran son de tipo libertarios con contenido económico, como es el caso del derecho de propiedad, a la propiedad, a la no discriminación en materia económica, a la libertad de empresa, entre otros. Además, desde el punto de vista de las garantías, hay derechos como la libertad económica que cuentan con una protección especial, por medio del reconocimiento de la acción de amparo económico, a la que se suma la acción constitucional de protección.

Cabe señalar que, lo anterior es algo que se debe analizar en un contexto de expansión del modelo de acumulación, en donde el derecho viene a cumplir una determinada función, debido a la globalización que se desarrolla a partir de los años 70, la que posee un fuerte predominio del valor capitalista. Al respecto, como plantea Bassa, “el derecho ha sido utilizado como una herramienta al servicio de ciertas relaciones de poder (económicas)”²⁶, idea que es compartida por Noguera, en torno a que “el poder tradicional, monista y concentrado, ha sido sustituido por “un poder disperso ejercido a través de una multiplicidad de prácticas (normativas) que interactúan en la misma sociedad alrededor de un consenso: la reproducción del capitalismo”²⁷.

Por lo tanto, es en el marco de lo que Beck denomina “la construcción de la sociedad mundial”, el contexto en el que se desarrolla la institucionalidad que hoy se pretende cambiar en Chile y que resguarda las bases del modelo a través de una Constitución neoliberal. Lo anterior, frente a un panorama de “imposición de la ideología del globalismo neoliberal, en orden a conseguir la creación de leyes del

²⁵ Parámetros desarrollados extensamente por JL. Guerrero, *Derecho y economía, una relación necesaria. Algunas aproximaciones en la Constitución económica chilena*, in 27 *Revista de la Facultad de derecho*, 59 (2009).

²⁶ J. Bassa, *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*, Valparaíso, 2018, 127.

²⁷ A. Noguera, *Utopía y poder constituyente. Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*, Madrid, 2012, 172.

mercado mundial, caracterizada por la minimización del Estado social y de la democracia”²⁸.

Así, aquello que determina el desarrollo de la dictadura en Chile y que alcanza una continuidad a partir de la década del 90, una vez retomada la democracia, es el intento de imponer a nivel mundial, el modo de producción capitalista y la instalación del neoliberalismo económico. En efecto, no solo se trata de intereses económicos particulares de aquellos que detentan el poder, sino que va más allá, es el crear un tipo de sociedad y de relaciones que tienen como base al capitalismo. En tales dinámicas se enmarcan las irracionalidades del capitalismo neoliberal, caracterizado como sostiene Gaudichaud por “la generación de desigualdad, condiciones desastrosas de empleo, mercantilización de todas las expresiones de la vida, y en lo político, ausencia de legitimidad de un sistema institucional y constitucional, que se encarga por debilitar la participación popular y las formas para el ejercicio de la democracia”²⁹.

4. El desafío actual: constituir desde lo constituyente

Desde el año 1980, no ha nacido en Chile, una nueva Constitución. La carta fundamental vigente fue creada durante la violenta y extensa dictadura militar del año 1973 comandada por el general Augusto Pinochet, cuyas bases aun se mantienen, persistiendo, en consecuencia, las objeciones en torno a su ilegitimidad de origen y de su contenido. Esto último, en atención a los enclaves autoritarios o cerrojos que han servido de mecanismos para evitar e impedir que cualquier cambio que pudiese llegar a afectar las bases del modelo neoliberal, se hiciera con la necesaria aprobación de aquellos que la apoyan, entorpeciendo, en democracia, el agenciamiento y el ejercicio del poder político por parte de los pueblos.

Así, los cerrojos o enclaves autoritarios en los que descansa la inmunidad de la norma constitucional³⁰, son: el presidencialismo reforzado, determinado por un Presidente de la República, al cual la Constitución le reconoce amplias y diversas facultades³¹, lo que en el caso de las prerrogativas legislativas se traduce en su injerencia y poder de decisión en el proceso legislativo. Al elemento anterior se suman los altos quorum de aprobación de algunas leyes, tales como las de reforma a la Constitución, las leyes de quorum calificado y las leyes orgánicas constitucionales, lo que ha significado que, para llevar a cabo cambios constitucionales importantes, no es suficiente contar con una mayoría, sino que se torna indispensable contar con una mayoría calificada, es decir, con la aprobación del sector político que, históricamente ha demostrado aceptación y conformidad

²⁸ U. Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, 1998, 170.

²⁹ F. Gaudichaud, *Las fisuras del neoliberalismo moderno chileno: trabajo, “democracia protegida” y conflicto de clases*, in *CLACSO*, 2015, 5.

³⁰ Al respecto, consultar F. Atria, *La Constitución tramposa*, Santiago, 2013.

³¹ El artículo 32 de la Constitución Política le reconoce al Presidente de la República, facultades de diversa naturaleza, esto es, constituyentes, legislativas, gubernamentales y administrativas.

con la Constitución vigente. Por su parte, hasta el año 2017, otro cerrojo lo constituyó el sistema de elección de parlamentarios, generador de dos grandes bloques políticos al interior del Congreso Nacional, destinados a empatar, y cuya naturaleza, no respondía ni a un sistema proporcional, ni mayoritario. Por último, se agrega a los anteriores, la existencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional, un órgano que en el contexto del ejercicio del control preventivo de constitucionalidad, se entromete en el proceso legislativo, actuando como tercera cámara, al decidir cuestiones que previamente han sido aprobadas por el órgano de deliberación democrática, pero requeridas por grupos de parlamentarios o por el Presidente de la República en aquellos casos en no se está de acuerdo con la aprobación que han hecho las cámaras acerca de un proyecto de ley³².

Sin perjuicio de lo anterior, como mencionaba al inicio, el texto cuenta con varias reformas, entre las que destacan, la del año 1989, efectuada por ley N°18825, la cual tuvo por objeto democratizar el contenido de la carta fundamental, aumentando el número de senadores elegidos por votación popular. Además, se efectuaron cambios en lo relativo a las reglas de vacancia de parlamentarios y del Presidente de la República, tanto electo como en funciones. Se suma a la reforma anterior, la realizada el año 2005, por ley N°20.050 y que entre los cambios mas significativos incluyó la despolitización del Consejo de Seguridad Nacional, al pasar este a tener un rol meramente asesor del Presidente en materias que digan relación con conservación de las bases de la institucionalidad y la seguridad nacional. Además, se modificó la integración del Senado, ya que, hasta antes de la reforma comentada, su composición era mixta, al estar integrado por miembros designados y por candidatos elegidos por votación popular, a lo cual se agregaba la figura de los senadores vitalicios, cargo ejercido por ex Presidentes de la República. En efecto, la reforma eliminó la figura de los senadores vitalicios y designados, lo que permitió que el Senado estuviese integrado en su totalidad por miembros elegidos mediante votación popular. En lo relativo al Tribunal Constitucional, se modificó su composición, al pasar a estar integrado por miembros designados solamente por el Presidente de la República, el Senado y la Cámara de Diputados. Además, se le traspasó la competencia para ejercer el control represivo de constitucionalidad, el que antes estaba radicado en la Corte Suprema. Asimismo, se creó la acción de inconstitucionalidad de preceptos legales contrarios a la Constitución, cuyo efecto, en caso de verificarse lo anterior, consiste en la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico. A los cambios anteriores, se agregó el fortalecimiento del rol fiscalizador de la Cámara de Diputados sobre los actos de gobierno y se estableció que la regulación del sistema de elección de

³² Al respecto, el artículo 93 de la Constitución Política establece que son atribuciones del Tribunal Constitucional, “N°1: Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación; N°3: Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

parlamentarios se haría por ley (de votaciones populares y escrutinio). También se redujo el mandato presidencial, de seis a cuatro años, y se limitó el contenido de las causales de los estados de excepción constitucional, al disminuir los derechos cuyo ejercicio se pudieren ver afectados por la declaración de estos. Por último, se incorporaron en las bases de la institucionalidad, el principio de probidad y transparencia como aquellos que rigen el ejercicio de las funciones públicas.

Sin perjuicio de aquellas reformas, el proceso de democratización de la Constitución creada en dictadura, no se llevó a cabo desde las bases, sino que, desde arriba, al alero de una institucionalidad constituida por reglas de un ordenamiento jurídico constitucional ilegítimo. Se trata de reformas que no han sido capaces de subsanar el déficit democrático que pesa sobre la Constitución vigente. A mi juicio, persisten las bases de un modelo económico que establece un determinado rol del Estado, un reconocimiento de los derechos fundamentales que se articula al alero de una concepción privatista y de resguardo de aquellos que tienen contenido liberal económico. Además, se mantienen los quorum de aprobación de algunas leyes, tales como las orgánicas constitucionales o las de quorum calificado, lo que ha servido como mecanismo para impedir cualquier cambio político y social.

En efecto, en el intento de mantener un sistema de democracia protegida, los enclaves o amarres institucionales ya comentados, han contribuido a tensionar o limitar el ejercicio de la deliberación democrática por parte de los pueblos como depositario de la soberanía. Al respecto, se evidencia que, las reformas y el actuar desde lo constituido³³, ha impedido que el pueblo chileno tenga una Constitución que sienta como propia, cuestión que viene determinada no solamente por el origen de la norma, sino que por la limitación de los mecanismos que esta contempla para el ejercicio del poder político. Así, por ejemplo, respecto al ejercicio del poder constituyente derivado, al revisar el procedimiento de reforma constitucional, el proceso (similar al de formación de la ley) se concentra en los parlamentarios y en el Presidente de la República, excluyendo al pueblo para su deliberación, pudiendo este intervenir, solamente, en aquellos casos en que el Presidente convoca a plebiscito (facultativo), en la medida en que frente al ejercicio de su veto presidencial, las cámaras insistan en su proyecto original aprobado por estas, en cuyo caso estaría obligado a sancionar el proyecto, o consultar a la ciudadanía mediante un plebiscito. En efecto, como se puede observar, no se reconocen mecanismos para que el pueblo, en su calidad de titular del poder constituyente (originario y derivado), pueda ejercerlo, ya sea en el caso de reforma, como también, tratándose de la creación de una nueva Constitución, situación que genera la necesidad fundamental de plantearse un cambio que provenga desde las bases, desde el pueblo.

Por su parte, cabe señalar que, durante el gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018), con el objetivo de contar con una nueva Constitución, se impulsó el desarrollo de un proceso constituyente que fuese democrático, institucional y participativo. Aquel proceso contempló varias etapas, destacando una primera de

³³ Para mayor desarrollo de este punto, consultar el libro de J. Bassa, *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*, cit.

educación cívica, para dar pie a diálogos ciudadanos, los que se desarrollaron por medio de cabildos auto convocados y que sirvieron para establecer los contenidos sobre los cuales se articuló el proyecto de ley de reforma constitucional para modificar la Constitución Política de la República, el que fue presentado por la Presidenta al Congreso Nacional el día 6 de marzo del año 2018. En cuanto a su contenido, se proponían algunos cambios en torno a los principios contenidos en las bases de la institucionalidad. Además, se incorporaba la iniciativa legislativa popular y se reconocían nuevos derechos, tales como el derecho a huelga, la igualdad de género, la gratuidad de la educación. También se eliminaba el control preventivo del tribunal constitucional y se modificaban los altos quorum de aprobación de las leyes, entre otros aspectos. Sin perjuicio de lo anterior, el proceso no logró materializar la participación ciudadana con la misma intensidad en cómo se había solicitado y vivido durante los años anteriores. Se trató de un proyecto que difícilmente podía lograr lo contrario, ya que este se hizo al alero de las normas del ordenamiento jurídico constitucional vigente y tramposo. En cuanto al estado de su tramitación, el debate y aprobación de este quedó inconclusa en el parlamento³⁴.

Como es posible apreciar, ante tales resistencias descansa la institucionalidad que hoy se pretende cambiar, elementos que forman parte del paradigma jurídico moderno del siglo XX y que, como indica Bassa, se caracteriza por el uso de técnicas preferentemente formalista y de pretensión neutralizadora y objetivizadora del ordenamiento jurídico³⁵. Se trata de un paradigma jurídico, aparentemente neutral, objetivo y despolitizado, funcional a la construcción de relaciones de poder, el que, a través de sus activos, limita las relaciones entre norma y realidad, en un contexto de rápida expansión del capitalismo y del neoliberalismo³⁶. Tal pretensión de objetividad que esconde intenciones de dominación ha estado muy presente en Chile, manifestándose a nivel doctrinario, en las escuelas de derecho y en las Cortes. Tal ha sido el caso en torno a la forma de interpretar la Constitución, de estudiar los derechos fundamentales, la configuración de criterios jurisprudenciales en torno a derechos sociales³⁷.

³⁴ Para mayores antecedentes respecto al contenido del proyecto, ver svconstitucional.senado.cl/assets/documentos/mensaje.pdf

³⁵ J. Bassa, *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*, cit., 13.

³⁶ Ivi, 70. Hay que destacar que, en dicha obra el autor evidencia la función que ha cumplido el derecho a la sociedad capitalista, invitando a alejarse del paradigma jurídico moderno, el que ha ejercido un control político sobre la producción de normas, consiguiendo la despolitización del derecho, al separarlo de la sociedad, de lo real.

³⁷ J. Bassa y B. Aste, *Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos sociales al trabajo y a la salud en Chile*, in 42 *Revista Chilena de Derecho*, N° 1, 215-244 (2015). En aquel trabajo se revisa la mutación en los criterios de protección de algunos derechos sociales en Chile, tales como el derecho al trabajo y a la protección de la salud. Entre los antiguos criterios, destacan: la propietarización de los derechos, la jerarquía entre estos y el predominio de la libertad contractual. Para constatar tales razonamientos, se puede revisar las siguientes sentencias: Tribunal Constitucional, sent. 1413 del 17-06-2009, Corte Suprema, sent. 14.167 del 21-04-1988 y Corte de Apelaciones, sent. 14.347 de 02-04-1988. Por su parte, entre los nuevos criterios jurisprudenciales, destacan: la comprensión de los derechos fundamentales como un sistema unitario, además de la consideración en torno a que, los derechos sociales no como meras expectativas, y la revalorización del principio de subsidiaridad y libertad

De esta forma, las contradicciones descritas en el presente apartado, servirán de alerta y fundamentos para decidir en el proceso constituyente que se desarrolla en Chile, el que tomará forma el día 25 de octubre del presente año, cuando la ciudadanía, a través de un plebiscito, opte por si quiere o no una nueva Constitución, pudiendo elegir al órgano encargado de redactar la misma, esto es, convención mixta constitucional (integrada en partes iguales por miembros elegidos por medio de votación popular y parlamentarios) o por una convención constitucional (integrada por miembros elegidos exclusivamente por votación popular)³⁸.

Si partimos de la base de que una Constitución no solamente se entiende a partir de su juridicidad, al ser una norma jurídica que estructura y organiza, sino que, a partir de su naturaleza política, al ser pacto político por medio del cual, la misma comunidad decide dotarse de una ordenación de sus relaciones sociales, se tornará fundamental que el poder constituyente se ejerza por el pueblo representado a través de una asamblea constituyente o convención constitucional³⁹.

En efecto, tal alternativa permitiría compensar las limitaciones históricas en torno al ejercicio de la democracia, al generarse un cambio constitucional que provenga desde las bases, asegurado participación popular, para que seamos los pueblos aquellos que concurrámos a configurar el pacto político que regirán nuestras relaciones sociales. Al respecto, como sostiene Grez:

“las evidencias históricas demuestran que las Constituciones chilenas han surgido de la imposición militar y de maniobras, generalmente combinadas con el uso de la fuerza armada, de los grupos hegemónicos de las clases dominantes... siendo la ciudadanía, un espectador o actor secundario que, a lo sumo, ha sido convocado a última hora por los grupos en el poder para respaldar o plebiscitar proyectos constitucionales preparados sigilosamente, pero nunca para participar activamente en su generación”⁴⁰.

contractual, en donde el primero de estos, no se puede esgrimir para garantizar la libre iniciativa económica, debiendo los particulares y el Estado, respetar y proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, tales como el derecho a la protección de la salud y al trabajo. Estos nuevos criterios se argumentan en las siguientes sentencias: Tribunal Constitucional, sent. 976 del 26-07-2007, Tribunal Constitucional, sent. 1710 del 06-08-2010, Tribunal Constitucional, sent. 1852 del 27-07-2011, Tribunal Constitucional, sent. 2110 del 16-10-2012, Tribunal Constitucional, sent. 2114 del 16-10-2012 y Tribunal Constitucional, sent. 2182 del 16-10-2012.

³⁸ Al respecto, consultar la ley que modificó el capítulo XV de la Constitución chilena, Ley n. 21.200 del 23-12-2019. En cuanto al itinerario del plebiscito, ver Ley n. 21221 del 26-03-2020, que establece nuevo itinerario electoral para el plebiscito constituyente y otros eventos electorales que indica.

³⁹ Como indica Haberle, a propósito de la forma en cómo concebir una Constitución, “ésta es más que una acumulación de un texto jurídico, debe ser una expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación del pueblo y un fundamento de nuevas esperanzas”, P. Haberle, *La Constitución como cultura*, in 6 *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 194 (2002).

⁴⁰ S. Grez, *La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile*, in 5 *Revista Izquierdas*, 20 (2009).

Por su parte, considerando que la decisión fundamental en torno al cambio constitucional y la elección de su mecanismo es una decisión política sobre la forma en cómo los pueblos deben ejercer el poder, es que se deberá optar por aquella que mejor se adapte y ajuste al principio democrático y al de soberanía popular. Así, aquellos elementos serán los que permitirán dotar de legitimidad al nuevo orden constitucional.

5. Conclusiones

No cabe duda que, actualmente, en Chile, existe una crítica hacia la legitimidad del ordenamiento constitucional, partiendo por su carta, por la institucionalidad que se proyecta y que se configura al alero del contenido del texto constitucional, protector del modelo económico neoliberal, del rol subsidiario del Estado, de un sistema de derechos fundamentales que privilegia a las libertades económicas en desmedro de los sociales, y que además, limita los mecanismos para el ejercicio del poder político por parte de los pueblos. Al respecto, como señala Grez, “hemos asistido a un colapso del acuerdo de gobernabilidad suscrito entre los partidarios de la dictadura y sus opositores moderados en la segunda mitad de la década de 1980, pero también a una crisis de legitimidad del modelo económico neoliberal y del sistema de democracia restringida, tutelada y de baja intensidad administrada por dichas fuerzas desde 1990”⁴¹.

Así, el actual estallido social se posiciona como un “suceso-clave” que, siguiendo a Noguera, provoca, por un lado, “una explosión de la participación, que no puede ser absorbida por la institucionalidad estatal y sus sujetos (los partidos políticos) y los desborda. Y, por otro lado, una aceleración de las demandas populares, ante las que la institucionalidad política tradicional limitada por su legalidad no está preparada para responder”⁴². En efecto, el accionar de los movimientos sociales ha sido reaccionario a un orden constitucional que resguarda y favorece la persistencia del modelo económico neoliberal, cuyo objetivo radica en lograr la acumulación mediante la extracción descomunal sobre el trabajo.

En función de aquellos elementos, se funda la demanda por un cambio constitucional, ya que las reformas y el actuar desde lo constituido, no han sido capaces para que los pueblos puedan contar con una institucionalidad y con una Constitución que sientan como algo propio, tornándose fundamental la necesidad de un cambio constitucional que provenga desde abajo y no desde los poderes constituidos. En tal perspectiva, toma sentido el análisis conceptual al que recurre Bassa, respecto a la diferencia que formula entre *constituir* y *reformular*, entendiendo que el segundo es un verbo que “transita desde lo jurídico hacia lo jurídico, mientras que el primero, jurídicamente se verifica desde la nada, es decir de un cambio sobre la no dependencia de las reglas jurídicas previamente vigentes”⁴³.

⁴¹S. Grez, *Un nuevo amanecer de los movimientos sociales en Chile*, cit., 2.

⁴²A. Noguera, *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*, Madrid, 2017, 91.

⁴³J. Bassa, *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*, cit., 50.

En definitiva, es en la espera de una nueva Constitución y de la generación de nuevas formas para el ejercicio del poder, el que explicaría llevar a cabo dicho proceso desde las bases, para que sea el pueblo en su calidad de titular del poder constituyente el que decida en torno al contenido de un nuevo pacto constitucional que se verifique desde la nada.

Bruno Aste Leiva
Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad de Antofagasta (Chile)
bruno.aste@uantof.cl

Quando l'eccezione è necessaria (e costituzionale): il *Tribunal Constitucional* convalida l'applicazione di misure eccezionali in Catalogna

di Daniele Camoni

Abstract: When the exception is necessary (and constitutional): the Spanish Constitutional Court validates the application of exceptional measures in Catalonia – On 2nd July 2019 the Constitutional Court of Spain ruled on the application of art. 155 of the Constitution in Catalonia, establishing that all the “exceptional” decisions adopted by the Spanish Government were coherent with the constitutional framework. In fact, the Rajoy Executive and the Senate could not but put them into force after an illegal referendum was celebrated there on 1st October 2017 and independence from Spain was proclaimed. Nowadays, the relationship between Spanish and Catalan institutions remains tense and no (political) solutions seem to appear on the horizon, as long as the secessionist challenge will be carried on.

Keywords: Spanish Constitutional Court; Art. 155 Spanish Constitution; Independence referendum; Catalan secession; Proportionality.

1. Il contesto politico-istituzionale: una breve sintesi

Con due sentenze pronunciate all'unanimità il 2 luglio 2019¹, il *Tribunal Constitucional* ha posto un importante punto fermo sui confini applicativi dell'art. 155 della Costituzione spagnola (d'ora in avanti, CE), configurando un vero e proprio “manuale di istruzioni” alla luce delle più recenti evoluzioni – quando non degenerazioni – della cosiddetta *cuestión catalana*².

¹ Cfr. SSTC 89/2019 e 90/2019, pubblicate in *Boletín Oficial del Estado* (B.O.E.), núm. 192, Lunes 12 de agosto de 2019, Sec. TC., 89503-89627.

² La produzione bibliografica in argomento è particolarmente ampia. Senza una pretesa di completezza, per una ricostruzione degli accadimenti più recenti si rinvia, nella dottrina italiana, a M. Iacometti, *La “questione catalana”: un passato che sempre ritorna?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2018, 909-938; A. Di Martino, *Il conflitto costituzionale sulla Catalogna: origini, svolgimento, prospettive*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 49-107; S. Gambino, *Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola*, in *DPCE Online*, 2017, 449-458; A. Mastromarino, *La dichiarazione di indipendenza della Catalogna*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2017, 1-13 e G. Ferraiuolo, *La via catalana. Vicende dello stato plurinazionale spagnolo*, in *Federalismi.it*, 11.09.2013. Nella dottrina spagnola, una panoramica a tutto tondo è stata offerta dalle letture sulle diverse sfaccettature concettuali (ed interpretative) contenute in *Revista Catalana de Dret Públic*, 54, 2017 e *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016. Infine, recenti inquadramenti giurisprudenziali della questione in J. De Miguel Bárcena, *Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Madrid, 2019 e J.M. Castellà

Omettendo di rievocare i dettagli dei numerosi episodi che ne hanno caratterizzato lo sviluppo dal 2006³ ad oggi e con la consapevolezza di fornire un quadro circoscritto⁴, ci si limiterà innanzitutto ad una descrizione degli avvenimenti che hanno condotto, tra settembre e ottobre del 2017, alla prima implementazione della citata disposizione.

In un crescendo di atti e comportamenti incostituzionali da parte delle istituzioni catalane – nonché illeciti a livello penale⁵ e (forse) contabile⁶ – la svolta decisiva di una guerra totale nei confronti dello Stato spagnolo si è sviluppata, in primo luogo, a partire dalla violazione diffusa di alcune basilari regole democratiche.

Vengono così ad evidenza la riforma del Regolamento del *Parlament* (art. 135) – la quale favoriva l’approvazione di progetti di legge senza che fosse concesso di presentare emendamenti in proposito – l’impossibilità per i deputati dell’opposizione di sollecitare l’intervento del *Consell de Garanties Estatutàries*⁷ e l’adozione di leggi secessioniste in spregio alle regole minime dell’*iter* legislativo, con lesione dei diritti fondamentali dei parlamentari⁸.

Andreu, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, 561-592.

³ Anno di adozione dell’*Estatut* catalano e della sua impugnazione dinanzi al Giudice delle Leggi: a commento generale della STC 31/2010, cfr. J.J. Solozábal Echavarría, *La sentencia sobre el Estatuto de cataluña: una visión de conjunto*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 151, 2011, 203-229, nonché diffusamente le edizioni monografiche di *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011 e *Revista Catalana de Dret Públic, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l’Estatut d’autonomia de Catalunya de 2006*, 2010.

⁴ Un richiamo ad alcuni tra i più rilevanti episodi ed alla “dottrina” del *Tribunal Constitucional* in J. De Miguel Bárcena, *El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 113, 2018, 133-166 e A. Bar Cendón, *El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: una visión sistemática*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, 187-220.

⁵ Il riferimento è alla storica sentenza STS 459/2019 del *Tribunal Supremo* (pubblicata il 14 ottobre 2019), in ordine al processo penale a carico dei principali esponenti del separatismo catalano: essa ha riconosciuto la sussistenza dei reati di sedizione, peculato e disobbedienza alle pronunce dell’autorità giudiziaria, con pene di reclusione oscillanti tra i tredici anni imposti a Oriol Junqueras (*leader* del partito indipendentista *Esquerra Republicana de Catalunya* e Vicepresidente della *Generalitat* al momento dell’applicazione dell’art. 155 CE) e un anno ed otto mesi, comminato ad altri imputati “secondari” (membri della *Mesa del Parlament*).

⁶ Il 28 marzo 2019, il *Tribunal de Cuentas* ha approvato l’*Informe* n. 1319 ai fini della quantificazione di un possibile danno erariale (stimato dalla *Fiscalía* in oltre sette milioni di Euro), derivante dallo svolgimento di varie attività internazionali della *Generalitat* – mediante l’uso di fondi pubblici, anche a margine dei fatti di cui alla STS 459/2019 – a titolo di promozione “istituzionale” della causa secessionista.

⁷ Pur previsto dalla *Ley 2/2009, de 12 de febrero* e dagli artt. 76 e 77 dell’*Estatut*.

⁸ Sui citati profili di diritto parlamentare, si vedano soprattutto SSTC 114/2017 e 139/2017 nonché, in dottrina, J.C. Nieto Jiménez, *Los derechos de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo. Análisis del ius in officium en la tramitación de las «leyes de desconexión» de Cataluña*, in *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 67/1, 2019, 293-314; D. Fernández Cañueto, *La alteración del orden del día para aprobar las leyes de referéndum y transitoriedad. El uso del artículo 81.3 del Reglamento del Parlamento de Cataluña*, in *Revista de Derecho Político*, 102, 2018, 201-233 e Id., *Las consecuencias de la reforma del art. 135.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña para aprobar la Ley de referéndum y la de transitoriedad jurídica: suspensión y STC 139/2017*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 111, 2018, 207-246.

Il punto di massima tensione deve però essere individuato nell'adozione delle leggi regionali nn. 19 e 20, rispettivamente il 6 e 8 settembre 2017, da parte del *Parlament catalano* (meglio conosciute come *Leyes de desconexión*).

In particolare, con *Ley 19/2017, del referéndum de autodeterminación de Cataluña*, veniva disciplinato l'iter amministrativo e procedimentale che avrebbe condotto alla celebrazione di un (ulteriore)⁹ “referendum” per l'indipendenza della Catalogna; in forza della *Ley 20/2017, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República catalana*, invece, si provvedeva a regolamentare il quadro istituzionale e normativo del futuro Stato catalano, preparandone le basi costituzionali in caso di esito favorevole della consultazione referendaria¹⁰.

Nel descritto contesto esplosivo, il 1° ottobre 2017 si celebrava in Catalogna – nonostante la sospensione “cautelare” del *Tribunal Constitucional*¹¹ – l'invocato “referendum”, culminato nella pseudo-dichiarazione di indipendenza del 10 ottobre 2017.

Quest'ultima, infatti, veniva apparentemente sospesa nel momento stesso della sua proclamazione dal *President* Carles Puigdemont in Parlamento¹² ma, in contemporanea, era ratificata (in modo quasi furtivo) dai partiti separatisti in una sala contigua a quella del *Plenum* assembleare.

Travolto dagli eventi, il Governo spagnolo dava corso fin da subito ai preparativi per una storica applicazione dell'art. 155 CE e, dopo aver avvertito il Presidente della *Generalitat de Catalunya* della inaudita gravità delle ricordate condotte, intimava a questi di ricondurre le istituzioni catalane entro i confini della legalità costituzionale: in caso contrario, sarebbe scattata l'attivazione dei meccanismi coercitivi ritenuti eventualmente necessari¹³.

⁹ Dopo quello del 9 novembre 2014. Sul tema, cfr. E. Martín Núñez, *De la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña al proceso participativo del 9 de Noviembre 2014: un análisis normativo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 177-178, 2012, 33-51. *Amplius* e su profili correlati anche A.L. Alonso de Antonio, *La ley catalana de consultas populares de 2014*, in *Revista de Derecho Político*, 101, 2018, 607-628.

¹⁰ Quale nota (surreale) di contorno, vada ricordato come l'artefice principale del “percorso” normativo che avrebbe dovuto condurre all'indipendenza catalana ed alla configurazione della sua dimensione statale sia stato Carles Viver Pi-Sunyer, già Giudice del *Tribunal Constitucional* tra il 1992 ed il 2001 (e Vicepresidente nel periodo 1998-2001). Lo stesso verrà nominato nel 2013 dalla *Generalitat* Presidente del *Consell Assessor per a la Transició Nacional*, organo incaricato dell'attività “costituente” del futuro Stato catalano e sciolto in applicazione dell'art. 155 CE.

¹¹ Derivante dall'ammissione formale del ricorso governativo contro la *Ley 19/2017* (cfr. *Providencia* del 7 settembre 2017), ai sensi dell'art. 161.2 CE.

¹² Cfr. *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya* (DSPC-P 83), 10 de octubre de 2017, 8: «[...] assumeixo [...] el mandat del poble que Catalunya esdevingui un estat independent en forma de república. [...] El Govern i jo mateix proposem que el Parlament suspengui els efectes de la declaració d'independència».

¹³ Come ricorda G. Gómez Orfanel, *Artículo 155*, in M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.E. Casas Baamonde (cur.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, Madrid, 2018, 1643, tale indeterminatezza nella definizione della categoria di ‘interesse generale’ trova concreta definizione, nell'ordinamento spagnolo, solo nell'art. 61 della *Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local* (come modificata dall'art. 6 della *Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo*), ove si afferma che «se considerarán, en todo caso, decisiones gravemente dañosas para los intereses generales (...) los acuerdos o actuaciones de los órganos de las corporaciones locales que den cobertura o apoyo, expreso o tácito, de forma reiterada y grave, al terrorismo o a

Nello specifico, veniva chiesto a Puigdemont di fare presente in modo esplicito se il *Parlament* avesse o meno proclamato l'indipendenza della Catalogna: qualsiasi risposta priva di una espressa dichiarazione negativa sarebbe stata interpretata come conferma (anche implicita) dei comportamenti censurati, con l'adozione delle decisioni conseguenti.

A fronte della replica del *President* catalano, nella quale egli insisteva sulla legittimità delle condotte secessioniste – contrapposte ad un presunto diritto statale “ingiusto” ed uno Stato “oppressore” – l'Esecutivo guidato da Mariano Rajoy sottoponeva al *Senado* un quadro di misure volte a porre termine alla situazione di attentato alla Costituzione venutasi a creare in Catalogna.

Tra le più significative, spiccavano lo scioglimento coattivo del Parlamento *autonómico*, la destituzione dell'intero *Govern* e la convocazione di elezioni regionali anticipate il 21 dicembre 2017¹⁴.

Peraltro, si tenga presente che, tra le misure originariamente previste nell'Accordo governativo – poi non convalidate dal *Senado* (per ragioni di compromesso politico) – vi erano anche una penetrante supervisione dell'Esecutivo spagnolo sui mezzi di informazione radiotelevisiva dipendenti dalla *Generalitat* ed una sorta di controllo preventivo di costituzionalità ad opera di un organo *ad hoc*, nominato dal Governo centrale, in relazione a tutte le iniziative (con o senza forza di legge) incardinate per l'approvazione presso il *Parlament*.

Questi provvedimenti venivano implementati dal Governo – a seguito dell'approvazione a maggioranza assoluta della Camera Alta (art. 155.1 CE) ed in parallelo ad una nuova dichiarazione di indipendenza del Parlamento catalano¹⁵ – a partire dal 27 ottobre 2017, attraverso una corrispondente serie di regi-decreti.

Tra i principali, spiccano quelli relativi alla destituzione del *President* della *Generalitat* Carles Puigdemont (942/2017), alla cessazione del Vice-Presidente Oriol Junqueras e degli altri componenti del *Govern* (943/2017), alla designazione degli organi ed autorità statali sostitutivi, incaricati di dare attuazione concreta alle necessarie misure di carattere amministrativo (944/2017), alla rimozione di alte cariche della *Generalitat* e riorganizzazione della stessa (945/2017) ed alla convocazione di elezioni parlamentari anticipate (946/2017).

Alla luce di tale situazione eccezionale (con un Parlamento sciolto coattivamente, i vertici politici catalani rimossi e gli organi di governo sostituiti, a livello personale, dalle corrispondenti autorità statali), i deputati del partito

quienes participen en su ejecución, lo enaltezcan o justifiquen, y los que humillen a las víctimas o a sus familiares».

¹⁴ Cfr. B.O.E., núm. 260, Viernes 27 de octubre de 2017, Sec. I, 103529 ss.

¹⁵ Per un più ampio parallelismo tra la dimensione teorica dell'art. 155 CE e la sua traduzione pratica si vedano, tra le ricostruzioni più recenti, L. Ferraro, *Un nuovo governo autonomo e la fine della coercizione statale in Cataluña: un consuntivo sull'art. 155 della Costituzione spagnola*, in *Federalismi.it*, 12.09.2018; J.M. Lafuente Balle, *El art. 155 de la Constitución española: examen doctrinal y comparado*, in *Revista de Derecho Político*, 102, 2018, 79-121 e M. Caveró Gómez, *La aplicación por el Senado del Artículo 155 de la Constitución*, in *Revista de las Cortes Generales*, 103, 2018, 653-677. Da ultimo, per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali, sia consentito un richiamo anche a D. Camoni, *La coercizione statale nei confronti delle Comunidades autónomas: spunti di riflessione a partire dalla “questione catalana”*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2018, 529-558.

Unidos Podemos presso il *Congreso de los Diputados* e, poi, la *Diputación Permanente* del Parlamento catalano¹⁶ interponevano due distinti ricorsi diretti di costituzionalità, in data 4 dicembre 2017 e 9 gennaio 2018.

Sostanzialmente coincidenti nelle argomentazioni e censure effettuate¹⁷, entrambi contestavano a tutto campo la contrarietà alla Costituzione dei provvedimenti adottati¹⁸, sia sotto il profilo procedurale che in termini di merito.

2. Le argomentazioni “catalane” contro l’applicazione dell’art. 155 CE

È noto che il procedimento straordinario di applicazione di misure coercitive nei confronti delle *Comunidades Autónomas* “ribelli” da parte dello Stato, disegnato dall’art. 155 CE, si compone di due fasi distinte ma tra loro collegate¹⁹.

In primo luogo, a fronte di un’inottemperanza alle disposizioni costituzionali o legislative e/o in caso di grave violazione dell’interesse generale²⁰ dello Stato spagnolo da parte delle istituzioni di una *Comunidad Autónoma*, il Governo nazionale potrà formulare una sollecitazione (*requerimiento*) al Presidente della stessa, affinché questi ponga termine alle violazioni segnalate.

Qualora ciò non dovesse avvenire (o la “risposta” regionale fosse ritenuta non soddisfacente), il Governo potrebbe decidere di sottoporre al *Senado* una “proposta”²¹ contenente le misure ritenute doverose ai fini del ristabilimento della

¹⁶ Ai sensi dell’art. 59.4 dell’*Estatut*, detto organo – integrato dal Presidente d’Assemblea e da un numero di membri scelti in proporzione alla composizione dei singoli gruppi parlamentari – assume, durante il periodo in cui la Camera è sciolta o ha cessato il suo mandato, la funzione di «velar por los poderes del Parlamento», tra i quali deve pacificamente ricomprendersi quello di adire il *Tribunal Constitucional* con le modalità più idonee al caso di specie (come previsto, peraltro, dall’art. 75.2.f) del Regolamento parlamentare).

¹⁷ La STC 90/2019 opera, infatti, numerosi rinvii *per relationem* alle argomentazioni esposte in STC 89/2019 (essendo sovrapponibili l’oggetto del giudizio e le motivazioni addotte).

¹⁸ A tal proposito, venivano impugnati sia l’Accordo parlamentare sia i corrispondenti decreti attuativi del Governo, ritenendosi che «la decisión parlamentaria que aprobó las medidas del Gobierno del Estado y los decretos y órdenes que las desarrollan constituyen una unidad normativa que puede ser impugnada en su conjunto ante el Tribunal Constitucional» (pag. 15 del Ricorso del *Parlament*).

¹⁹ Si consideri, in particolare, il comma primo: «Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general». Brevi spunti comparati in G. Gómez Orfanel, *La coerción federal en el Derecho comparado*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 26, 2005, 41-60.

²⁰ Sul punto, la STC 89/2019, FJ 4.b) afferma che «en su tenor literal, [el art. 155 CE] diferencia el atentado grave al interés general de España respecto al primero de los mencionados, diferenciación que no debe entenderse como exclusión o contraposición entre ambos. El incumplimiento de concretos deberes constitucionales o legales puede deparar, en según qué casos, lo que también pueda llegar a considerarse un grave atentado al interés general. Este último, a su vez, no habría nunca de denunciarse al margen del derecho». Risulta quindi confermata la sovrapponibilità tra le due categorie, già ammesso da alcuna dottrina (cfr. E. Virgala Foruria, *La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución*, in *Rev. esp. der. const.*, 73, 2005, 92 e V.J. Calafell Ferrá, *La compulsión o coerción estatal (estudio del artículo 155 de la Constitución española)*, in *Revista de Derecho Político*, 48-49, 2000, 109).

²¹ L’art. 155 CE non identifica alcun atto normativo formale per l’adozione di tali misure; in

legalità violata²²: quest'ultimo potrà approvarle, in tutto o in parte, con maggioranza assoluta.

Parametrando tale costruzione teorica rispetto alle misure adottate, la *Diputació Permanente* catalana denunciava innanzitutto la carenza del presupposto iniziale del procedimento costituzionale: sosteneva, infatti, che il *President* della *Generalitat* avesse risposto negativamente al quesito sull'effettività della dichiarazione di indipendenza attraverso due missive del 16 e 19 ottobre 2017 (con le quali aveva comunicato al Governo spagnolo, a suo dire, la sospensione).

Quest'ultima, pertanto, doveva intendersi come un mero atto di natura politico-simbolica, volto a sollecitare (attraverso un'attività di "pressione" politica) l'apertura di una "trattativa" con lo Stato spagnolo per la revisione dei rapporti tra Spagna e Catalogna²³ ma improduttivo di effetti giuridici concreti²⁴.

Sempre sul piano strutturale, veniva altresì lamentata una violazione del procedimento intra-parlamentare di cui all'art. 189 del Regolamento del *Senado* (d'ora in avanti, R.S.).

Nel dettaglio, si affermava l'assenza di una giustificazione sufficiente, da parte del Governo, per la richiesta di adozione delle misure coercitive²⁵. Inoltre, si sosteneva che, avendo l'Ufficio di Presidenza della Camera Alta impedito a Puigdemont di nominare un proprio rappresentante per intervenire in quella

parallelo, l'art. 189 del Regolamento del *Senado* allude genericamente ad un «escrito en el que se manifieste el contenido y alcance de las medidas propuestas» (comma 1) e ad una «propuesta» della *Comisión General de las Comunidades Autónomas* (comma 5), elaborata a partire dalle sollecitazioni del Governo.

²² Nelle condivisibili parole della STS 312/2019 (FJ 9) – anteriore alle citate SSTC – «[...] no hay una relación tasada de medidas que pueden adoptarse al amparo del artículo 155 de la Constitución. Son las 'necesarias para obligar' a la Comunidad Autónoma 'al cumplimiento forzoso' de 'las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan' o para proteger 'el interés general de España' contra el que ha atentado. El de 'medidas necesarias' para obligar a cumplir las obligaciones constitucionales o legales o poner fin a los atentados al interés general de España es un concepto jurídico indeterminado de igual manera que lo son los que establecen el presupuesto para su aplicación».

²³ Tale impostazione – che si ritiene smentita, in termini di puro diritto costituzionale, dai fatti sopra descritti – ha trovato conferma anche in STS 459/2019, *Hechos probados*, par. 43, cit., ove le condotte segnalate vengono definite un «señuelo para una movilización que nunca desembocaría en la creación de un Estado soberano. Bajo el imaginario derecho de autodeterminación se agazapaba el deseo de los líderes políticos y asociativos de presionar al Gobierno de la Nación para la negociación de una consulta popular».

²⁴ Cfr. J. Ridao Martín (già Segretario generale e deputato di *Esquerra Republicana de Catalunya*, oggi *Letrado Mayor del Parlament*), *La aplicación del artículo 155 de la Constitución a Cataluña. Un examen de su dudosa constitucionalidad*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 111, 2018, 186 ss.

²⁵ Cfr. art. 189.1 R.S., ove si allude alla «justificación de haberse realizado el correspondiente requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y la de su incumplimiento por parte de ésta». In proposito, J. Vintró, *L'article 155 de la Constitució: configuració jurídica general i aplicació a Catalunya*, in *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya*, 2019, 171-175 e E. Albertí Rovira, *Cuestiones constitucionales en torno a la aplicación del artículo 155 CE en el conflicto de Cataluña*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 27, 2018, 14-15 hanno anche sostenuto che vi fosse una discrasia tra l'oggetto del *requerimiento* e il contenuto dell'Accordo governativo poi sottoposto al Senado (asseritamente più ampio rispetto alla sola censura sulla intervenuta secessione), come tale foriera di incostituzionalità.

sede²⁶, non era stato consentito alla *Generalitat* di replicare (in forma di contraddittorio) alle argomentazioni dell'Esecutivo nazionale.

A livello di merito, le istituzioni catalane movevano una critica frontale alle singole misure contenute nella delibera assembleare: sul punto, in termini generali non può non apparire quantomeno surreale l'utilizzo del tutto interessato del testo costituzionale da parte del nazionalismo catalano, laddove quella stessa Costituzione da essi disconosciuta e vilipesa viene ora brandita, come guarentigia, contro quelle stesse istituzioni dello Stato chiamato a difenderla.

In questo senso, in ordine alla destituzione del *President* e dell'intero Esecutivo regionale (con sostituzione *ad interim* da parte delle rispettive cariche statali), tali atti erano qualificati come una soppressione del principio autonomistico *ex art. 2 CE* ed una violazione dello Statuto catalano, sostanzialmente annullato quanto alla configurazione della forma di governo riservata alle *Comunidades Autónomas* (CC.AA.)²⁷.

Detta azione, inoltre, doveva ritenersi contraria ad un invocato parametro di proporzionalità richiesto dall'applicazione dell'art. 155 CE, in quanto i medesimi obiettivi avrebbero potuto essere conseguiti attraverso il ricorso a strumenti meno invasivi delle funzioni costituzionalmente attribuite alla *Comunidad* catalana: tra questi, erano evocati l'ampio ventaglio di facoltà di controllo riconosciuto al *Tribunal Constitucional* (ulteriormente rafforzato dall'approvazione della *Ley Orgánica 15/2015*)²⁸ o il sindacato diffuso ad opera della giurisdizione ordinaria.

Infine, riprendendo i contenuti del *Dictámen* n. 14/2017 (FJ 3), reso dal *Consell de Garanties Estatutàries* – organo consultivo catalano incaricato di vagliare la conformità alla Costituzione ed allo Statuto della legislazione regionale – veniva attribuita all'art. 155 CE una natura eminentemente politica: quale conseguenza, la sua applicazione avrebbe dovuto essere subordinata alla previa risoluzione della descritta crisi costituzionale attraverso il dialogo ed accordi politico-istituzionali.

Allo stesso modo, lo scioglimento del *Parlament* e la convocazione di nuove elezioni ad opera del *Presidente del Gobierno* spagnolo erano considerate incostituzionali, essendo state adottate al di là del *numerus clausus* di ipotesi

²⁶ Cfr. art. 189.3 R.S.

²⁷ La dottrina si è mostrata storicamente divisa sulla legittimità “teorica” di tale misura. Tra i contrari allo scioglimento o sostituzione di organi regionali, cfr. J.M. Gil-Robles Delgado, *Artículo 155*, in O. Alzaga Villaamil (cur.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, Madrid, 1988, vol. IX, 466 e J. García Torres, *El artículo 155 de la Constitución y el principio constitucional de autonomía*, in AA.VV., *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Madrid, 1984, vol. II, 1283-1284; favorevoli, invece, P. Cruz Villalón, *Coerción estatal*, in J.J. González Encinar (cur.), *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984, 60; L. Vandelli, *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, 60 e L. Tolivar Alas, *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981, 187.

²⁸ Cfr. *Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho*. In concreto, venivano attribuite al Giudice delle Leggi le seguenti facoltà: imporre sanzioni pecuniarie ai titolari di funzioni pubbliche che non avessero dato esecuzione alle sue pronunce; sospendere questi ultimi dall'esercizio delle relative cariche; richiedere la collaborazione del Governo nazionale ai fini dell'attività di ottemperanza (esercitabile in via autonoma dal *Tribunal Constitucional* al ricorrere di «circunstancias de especial transcendencia constitucional»).

previste dallo Statuto catalano in ordine alle cause di esaurimento della legislatura²⁹: di conseguenza, tali atti erano abnormi e lesivi delle prerogative costituzionali regionali³⁰.

Suggestivamente, veniva anche richiamato il procedimento di elaborazione dell'art. 155 CE nel corso dei lavori costituenti, facendo derivare dalla mancata adozione in quella sede di emendamenti volti ad introdurre in modo esplicito la possibilità di dissoluzione delle istituzioni regionali (Parlamento e Governo) una volontà contraria del Costituente in tal senso³¹.

In parallelo, si deduceva nuovamente la violazione dei principî di proporzionalità e necessità.

Innanzitutto, poiché il Governo spagnolo aveva omesso di comunicare le sue intenzioni al *President* della *Generalitat*, il quale avrebbe potuto provvedere di conseguenza³², evitando così il ricorso all'art. 155 CE; in seconda battuta, in quanto siffatta decisione aveva quale scopo surrettizio quello di sostituire una maggioranza parlamentare con un'altra non separatista, così contravvenendo al mandato democratico della popolazione catalana e violando lo *ius in officium* dei deputati già eletti³³.

3. La risposta del Tribunal Constitucional

Le pronunce così rese dal *Tribunal Constitucional* costituiscono un fondamentale “decalogo” – imposto dalla prima applicazione dell'art. 155 CE e dalla delicatezza della vicenda³⁴ – che, nel respingere in modo deciso tutte le argomentazioni presentate dai ricorrenti, conferma le ricostruzioni teoriche della dottrina maggioritaria³⁵.

²⁹ Cfr. art. 66: «La legislatura finaliza por expiración del mandato legal al cumplirse los cuatro años de la fecha de las elecciones. También puede finalizar anticipadamente si no tiene lugar la investidura del presidente o presidenta de la Generalitat, o por disolución anticipada, acordada por el presidente o presidenta de la Generalitat».

³⁰ Cfr. E. Albertí Rovira, *Cuestiones constitucionales en torno a la aplicación del artículo 155 CE en el conflicto de Cataluña*, cit., 16 ss.

³¹ Tesi, questa, sostenuta con forza da J. Vintró, *L'article 155 de la Constitució*, cit., 160-163.

³² Si tenga infatti presente che, ai sensi dell'art. 75 dello Statuto catalano, il *President* della *Generalitat* dispone di un sostanziale ed esclusivo potere di scioglimento anticipato dell'Assemblea legislativa (analogamente a quanto previsto, a livello costituzionale, in capo al *Presidente del Gobierno*, ex art. 115 CE).

³³ *Contra*, però, il *Dictámen* n. 14/2017, cit., 55, secondo cui lo scioglimento anticipato dell'organo parlamentare non doveva essere inteso come uno strumento di tutela o controllo dello Stato centrale (volto a sopprimere l'autonomia regionale), bensì quale misura proporzionata e temporanea per implementare l'art. 155 CE e ristabilire il sistema di autogoverno disegnato dalla Costituzione e dallo Statuto nel più breve tempo possibile.

³⁴ A fronte di una possibile cessazione della materia del contendere, il *Tribunal Constitucional* evidenzia (STC 89/2019, FJ 2.c) che, nonostante dette misure abbiano esaurito efficacia al momento della loro adozione, ciò non ne impedisce un sindacato di costituzionalità, non potendo esistere un ambito normativo escluso da tale tipologia di controllo. Al contrario, deve prevalere l'esigenza di interpretare le disposizioni costituzionali e controllarne l'effettiva applicazione: «lo contrario supondría no sólo admitir una zona inmune al control de constitucionalidad, sino también hacer dejación de nuestra función en el ámbito tan decisivo para la propia supremacía de la Constitución como la jurisdicción de este Tribunal».

³⁵ Ad integrazione, le misure adottate dall'Esecutivo in applicazione dell'art. 155 CE erano

Preliminarmente, viene dedicata attenzione alla concreta “giustiziabilità” dei provvedimenti impugnati (non contestata da nessuna delle parti in causa) da parte del Giudice costituzionale³⁶.

In questo senso, il *Tribunal Constitucional* giunge innanzitutto alla conclusione della legittima impugnabilità della delibera parlamentare – attraverso il *recurso de inconstitucionalidad* – alla luce di un parallelismo con i provvedimenti adottabili in situazioni di emergenza ai sensi dell'art. 116 CE³⁷.

Nello specifico, ricorre il carattere di «*excepciones o modificaciones pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria»³⁸.

Inoltre, poiché «[...] la Constitución y el ordenamiento habilitan a determinados actos, decisiones o resoluciones parlamentarias para modificar de tal modo la aplicación de las leyes»³⁹, se ne ricava la sua natura sostanziale di atto avente rango (o forza) di legge, pur presentando una veste strutturale indefinita.

Sul piano formale, l'oggetto del giudizio di costituzionalità deve tuttavia intendersi circoscritto all'*Acuerdo del Senado* del 27 ottobre 2017, senza che esso possa quindi estendersi alle misure (di matrice governativa) adottate in esecuzione ed integrazione della predetta decisione assembleare⁴⁰.

state precedentemente impugnate dinanzi alla *Sala de lo Contencioso-administrativo* del *Tribunal Supremo* attraverso il procedimento previsto dagli artt. 115 ss. (protezione dei diritti fondamentali) della *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (cfr. SSTS 252, 277, 312 e 653 del 2019); infatti, l'art. 53.2 CE prevede che la tutela dei diritti fondamentali possa essere invocata sia davanti al giudice ordinario sia presso il *Tribunal Constitucional* (tramite *recurso de amparo*).

³⁶ Merita attenzione l'osservazione di J. Lafuente Balle, *El art. 155 de la Constitución española (El Acuerdo del Senado)*, in *Revista de Derecho Político*, 103, 2018, 91, quando osserva che i ricorrenti «ha[n] incurrido en la contradicción de sostener que el real decreto con que se aprobó el Acuerdo es una norma con fuerza de ley para ser recurrida pero no tiene fuerza de ley para suspender el Estatuto de Autonomía so pena de infringir el principio de jerarquía normativa. El art. 155 de la coerción estatal es un procedimiento constitucional extraordinario que no está sujeto a ninguna especial limitación más allá de la finalidad de restablecer el orden constitucional o el interés general vulnerados. Resultaría de todo punto absurdo que, atendidas tan graves finalidades, el real decreto del Gobierno no tuviese fuerza de ley sino un menor rango reglamentario».

³⁷ Il richiamo corre immediatamente a ATC 7/2012 e, soprattutto, STC 83/2016, con la quale il *Tribunal Constitucional* ritenne che i regi decreti-legge 1673/2010 e 1717/2010 – adottati dal Governo Zapatero II per dichiarare lo stato di allarme derivato dallo sciopero dei controllori del traffico aereo – potevano essere considerati quali “norme-oggetto” del giudizio di costituzionalità ai sensi dell'art. 161.1.a). In tema, cfr. S. Sieira Mucientes, *Los estados excepcionales*, in *Revista de las Cortes Generales*, 104, 2018, 361-393.

³⁸ Cfr. STC 83/2016, FJ 9.

³⁹ Cfr. STC 83/2016, FFJJ 9 e 10 e ATC 7/2012, FJ 3.

⁴⁰ Interessante notare come tale interpretazione restrittiva sia stata condivisa dalle stesse autorità catalane successivamente alla proposizione del presente ricorso di costituzionalità: in particolare, dalla STS 277/2019, del 4 marzo 2019 – che ha risolto un ricorso avverso il decreto di dissoluzione del *Parlament*, promosso da alcuni deputati catalani – emerge che, secondo i ricorrenti, i decreti di applicazione dell'art. 155 CE non fossero dotati di valore di legge, risultando inapplicabile la giurisprudenza costituzionale sugli stati emergenziali *ex art. 116 CE*.

Vada precisato, in proposito, che il *Tribunal Constitucional* ricorre ad uno “stratagemma” procedurale: la mancata estensione del giudizio costituzionale ai decreti attuativi viene così giustificata in ragione della carenza di una specifica indicazione delle disposizioni “viziate” nelle conclusioni del ricorso, ove genericamente si allude a «todas las disposiciones que se han dictado, sin solución de continuidad, en desarrollo o como complemento o adición de las medidas mencionadas»⁴¹.

In ordine ai profili definitori delle misure adottate, in primo luogo se ne evidenzia il carattere straordinario ed eccezionale, proporzionato alla gravità della situazione di fatto.

I confini teorici e le conseguenze applicative derivanti dall’art. 155 CE, infatti, risultano essere il portato di una filosofia “emergenziale” che, sviluppandosi oltre i limiti ordinari tracciati dalla Costituzione stessa, mira a salvaguardare a tutti i costi l’essenza unitaria e democratica dello Stato, nonché la sua stessa continuità istituzionale.

In tal senso, peraltro, il mancato accoglimento (in sede costituente) di emendamenti volti a specificare le misure concretamente adottabili non può essere interpretato come un rifiuto alla loro implementazione, ponendosi viceversa «como la opción de los constituyentes por preservar el carácter abierto de la previsión constitucional, sin otro límite que el de que las medidas fueran las ‘necesarias’ para salir al paso de cualesquiera circunstancias hipotéticas que, en aquel momento, eran imposibles de prever»⁴².

Per tale motivo, l’attività di controllo così svolta dalle istituzioni statali non può (e non deve) essere paragonata a quella prevista *ex art.* 153 CE⁴³, trovando essa applicazione in contesti patologici – non identificabili *a priori* – ed estranei alla supervisione operante, ad esempio, in tema di distribuzione delle competenze tra Stato e CC.AA. e dei relativi conflitti: invocare in questo caso i controlli *standard* di risoluzione delle suddette controversie significherebbe stabilire un parallelismo fuorviante e, soprattutto, privare l’art. 155 CE della sua stessa ragion d’essere⁴⁴.

⁴¹ Indicazioni sulla descritta “giurisprudenza” in SSTC 90/2019, FJ 2.a); 155/2017, FJ 2; 213/2016, FJ 7 e 184/2016, FJ 2. Ciononostante, deve ritenersi che tale delimitazione del *thema decidendum* non comprima il potere di ricorrere delle autorità catalane ed i correlati diritti processuali, poiché tali decreti costituiscono traduzione applicativa e simmetrica della fonte parlamentare primaria già oggetto del giudizio di costituzionalità e sono comunque impugnabili in via contenzioso-amministrativa.

⁴² STC 89/2019, FJ 10.b).

⁴³ Si allude ai controlli del *Tribunal Constitucional* (in ordine alla costituzionalità delle norme di legge regionali), del Governo (previo parere del *Consejo de Estado*, in merito all’esercizio delle funzioni delegate alle CC.AA.), della giurisdizione contenzioso-amministrativa (sul funzionamento delle relative Amministrazioni e del potere regolamentare) e del *Tribunal de Cuentas* (in materia contabile e di bilancio).

⁴⁴ Cfr. STC 89/2019, FJ 4.a): «[...] no se trata de un control de naturaleza competencial como el que el bloque de constitucionalidad atribuye en determinados supuestos al Estado respecto de las Comunidades Autónomas. Se trata del uso de la coerción estatal que da lugar a una injerencia en la autonomía de las Comunidades Autónomas, la cual quedará temporalmente constreñida en mayor o menor grado, según la concreta situación lo requiera, en pro de la consecución de los fines para los que la norma fundamental autoriza dicha injerencia».

Si tenga anche presente che l'eccezionalità delle misure così applicabili non necessariamente si configura quale sussidiarietà rispetto ai procedimenti di controllo ordinario di cui all'art. 153 CE.

In questo senso, la presente sentenza evidenzia che il carattere eccezionale dell'art. 155 CE si estrinseca sia laddove le modalità di supervisione ordinaria non siano risultate efficaci per contrastare le gravi violazioni all'interesse generale, sia nel caso si preveda – ragionevolmente – che detto contesto di inottemperanza costituzionale sarà l'approdo di una «actitud inequívocamente renuente de los mismos órganos superiores de la comunidad autónoma»⁴⁵.

Il Giudice delle Leggi ricorda poi che tale disposizione costituisce un mezzo e non un fine, un “ponte” tra la legalità abbandonata dalla *Comunidad* ribelle ed un ritorno obbligato al rispetto delle norme giuridiche: il dettato dell'art. 155 CE funge quindi da tradizionale parametro di costituzionalità rispetto alle misure applicate, giacché queste ultime dovranno rispettare i limiti di proporzionalità, necessità, adeguatezza e temporaneità, implicitamente desumibili dalla struttura costituzionale su cui poggia l'intero ordinamento⁴⁶.

In relazione ai vizi di natura procedurale, viene rigettata la censura secondo cui il *President* della *Generalitat* avrebbe confermato l'inefficacia temporanea della dichiarazione di indipendenza del 10 ottobre 2017, impedendo il realizzarsi del requisito fondamentale per l'implementazione della disposizione in esame.

Al contrario, si evidenzia come il *requerimiento* formulato dal Governo spagnolo abbraccia uno spettro di comportamenti ben più ampio rispetto al proclama secessionista pocanzi indicato: quest'ultimo, infatti, rappresenta solo l'ultimo tassello di un mosaico variegato di palesi illegalità e inottemperanze, tutte dettagliatamente descritte nella sollecitazione formulata ai sensi dell'art. 155.1 CE⁴⁷.

⁴⁵ STC 89/2019, FJ 4.c). In tema, V. Faggiani, *Normalidad y excepcionalidad en el derecho constitucional europeo* in corso di pubblicazione in *Cuaderno de derecho comparado*, 3, 2019, 17, parla di «instrumento de *extrema ratio*, es decir de carácter subsidiario, porque representa un 'último recurso', cuya aplicación exige bien que las vías ordinarias de control hayan resultado insuficientes, bien que así se aprecie indubitadamente que lo fueran a ser, atendiendo a la naturaleza de la contravención, de la actitud manifiesta de las autoridades autonómicas, o de ambas consideraciones». Si ringrazia l'A. per la consultazione in anteprima del testo in questione.

⁴⁶ *Ivi*, FJ 10.D): «El carácter extraordinario de las circunstancias en las que el art. 155 CE puede ser aplicado y su mención al principio de necesidad comportan que la determinación de cuáles deban ser las medidas a adoptar y cuándo deben ser aplicadas ha de estar presidida por los principios de proporcionalidad, gradualidad y transitoriedad, entendida esta última no solo como limitación temporal, sino también como prohibición de efectos irreversibles».

⁴⁷ Infatti, «el requerimiento se articula de modo unitario en una exposición preliminar y unas determinadas exigencias a modo de conclusión. Es cierto que la primera de tales exigencias tenía por objeto que el presidente de la Generalitat confirmase si se había producido o no la 'declaración de independencia [...] al margen de que esta se encuentre o no en vigor'. No lo es menos que se formula en un contexto, muy concreto y pormenorizadamente descrito, respecto a una 'deriva secesionista', cuya 'culminación' habría sido la aludida declaración ante el Parlamento de Cataluña en sesión del 10 de octubre, 'proceso de transición nacional' acerca del que el Gobierno citó pronunciamientos de inconstitucionalidad de este Tribunal de los que 'ha hecho caso omiso' la Generalitat de Cataluña» (STC 89/2019, FJ 7.a). Tale affermazione è sufficiente per escludere la mancata coerenza tra oggetto del *requerimiento* e contenuto dell'Accordo approvato in sede parlamentare, denunciata da alcune voci dottrinali (cfr. *supra*, nota 25).

Sul punto, si osserva anche che le lettere di risposta sottoscritte dalla *Generalitat* rivelano una vera e propria *fiction iuris*: esse, in realtà, nel dichiarare la sospensione degli effetti della secessione, non fanno altro che insistere nelle denunciate incostituzionalità, ribadendo la preminenza di un mandato democratico del popolo catalano sul principio di legalità normativa⁴⁸.

Inoltre, vengono ribaditi il fatto che, in ogni caso, l'indipendenza era stata formalmente dichiarata⁴⁹ e l'avvertenza (o minaccia) che, prima o poi, quello stesso Parlamento avrebbe proceduto ad implementarne gli effetti.

Peraltro, merita attenzione la posizione dottrinale che, leggendo la violazione delle obbligazioni costituzionali e/o la grave lesione all'interesse generale in una prospettiva «material y muy realista», ricorda come la minaccia di secessione unilaterale era comunque ben evidente all'indomani dell'approvazione delle *Leyes de desconexión*: dunque, di per sé sufficiente a legittimare la formulazione del *requerimiento* e la successiva applicazione delle misure⁵⁰.

32

Infine, occorre tenere presente che il *Senado* deliberava la concreta attuazione dell'art. 155 CE parallelamente alla Risoluzione del 27 ottobre 2017, con la quale l'Assemblea legislativa catalana aveva reiterato la costituzione di un nuovo Stato indipendente e l'apertura di un procedimento costituente.

Per quanto attiene, invece, alla violazione del corretto svolgimento dell'*iter* parlamentare presso il *Senado* ai sensi dell'art. 189 R.S., il *Tribunal Constitucional* ricorda come si tratti di una fase "intermedia", prevista a livello di Regolamento assembleare (come tale, non imposta dalla norma costituzionale).

In dettaglio, la *ratio* della citata previsione non è quella di garantire un ulteriore contraddittorio al Presidente della *Comunidad* sottoposta al "giudizio parlamentare" prima dell'adozione delle misure concrete, quanto piuttosto consentire al *Senado* – che già dispone della documentazione ed informazioni necessarie – di prendere conoscenza di eventuali fatti sopravvenuti: ciò non impone, pertanto, la necessaria audizione del rappresentante dell'ente regionale.

⁴⁸ Detta contrapposizione viene definita da G. Ruiz-Rico Ruiz, *La reinvencción constitucional del modelo territorial español*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, 329-330 come un «[...] falso dilema que plantea la imposición de la legalidad constitucional frente a la legitimidad democrática y política, sintetizada esta última en la propuesta de celebrar una consulta popular o referéndum 'constituyente', donde se pretende materializar el ejercicio de ese otro supuesto 'derecho a decidir' de los catalanes».

⁴⁹ Sul tema, A. Remiro Brotons, P. Andrés Saenz de Santamaría, *La «cuestión catalana»*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 70, 1, 2018, 287-288 fanno presente che «no cabe suspender los efectos de una declaración a menos que esta haya sido hecha» e, soprattutto, che tale sospensione non era stata dichiarata da Puigdemont (come sostenuto nel ricorso di incostituzionalità), trattandosi invece di una sollecitazione rivolta da quest'ultimo al *Parlament*, il quale non si è mai pronunciato espressamente in merito, revocandone gli effetti (cfr. *supra*, nota 12). Un'interpretazione "concorrente" in R.L. Blanco Valdés, *La rebelión del nacionalismo catalán provoca en España una gravísima crisis política y constitucional*, in *DPCE Online*, 3, 2017, 441, per il quale «resulta realmente sorprendente la pretensión de suspender unos efectos que no existen, pues un acuerdo ilegal carece por definición de cualquier validez jurídica en un Estado de derecho».

⁵⁰ Cfr. J. García Roca, *Diez tesis sobre la intervención extraordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas (artículo 155 CE) tras su aplicación en Cataluña*, in AA.VV., *El artículo 155 de la Constitución*, Madrid, 2019, 189.

Nel caso di specie, Puigdemont aveva già avuto modo di manifestare la propria posizione sulle questioni oggetto di dibattito in forza di una missiva trasmessa al Presidente del *Senado* il 26 ottobre 2017 e, invitato a comparire di persona (pur in assenza di un obbligo regolamentare in tal senso), aveva implicitamente declinato l'offerta.

Per tali ragioni – alla luce di un'interpretazione “autentica” della Camera Alta del proprio Regolamento coerente con il significato dell'art. 189 R.S., nonché dell'offerta ad intervenire – non può ritenersi che tale mancata comparizione abbia inciso su diritti fondamentali o viziato la decisione finale di applicazione “concreta” dell'art. 155 CE.

Sulla configurabilità di un vizio di incostituzionalità derivante dalla violazione delle previsioni contenute nei Regolamenti parlamentari, già la STC 99/1987 (FJ 1.a) aveva avuto modo di affermare che «aunque el artículo 28 LOTC no menciona los Reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, no es dudoso [...] que la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de la Cámara»⁵¹.

Venendo ora al piano delle censure di merito, la destituzione del vertice dell'Esecutivo catalano e dell'intera compagine Governo è stata ritenuta aderente ai principî di ragionevolezza e necessità.

A fronte di un Governo che aveva provocato una gravissima crisi di sistema – proclamando un nuovo Stato indipendente – tramite la quale culminare la distruzione dell'unità statale spagnola ed il sovvertimento dei principî della Costituzione democratica, infatti, la rimozione di tali autorità appariva come l'unica soluzione ragionevole⁵² entro i confini materiali dell'art. 155 CE.

Del resto, sarebbe stato illogico pensare che la legalità costituzionale avrebbe potuto essere restaurata da quelle stesse autorità catalane (soggettivamente intese) che, dopo aver perseverato in modo cosciente nelle indicate violazioni, avevano altresì omesso di rispondere alla sollecitazione “politica” del Governo spagnolo prima dell'adozione “giuridica” delle misure coercitive.

Ad integrazione dell'analisi dell'art. 155 CE, si consideri che la previsione addizionale del comma secondo⁵³ si pone quale strumento accessorio e non come obiettivo in sé, giacché le indicazioni ivi contenute «non son propriamente una medida, sino un excepcional instrumento jerárquico, previsto por la propia

⁵¹ A commento di tale pronuncia, cfr. P. Biglino Campos, *Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del Tribunal Constitucional en la sentencia 99/87*, in *Rev. esp. der. const.*, 24, 1988, 211-228. In termini più ampi sul tema, E. Jiménez Aparicio, *Las infracciones del procedimiento legislativo: algunos ejemplos*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3, 1989, 143-197.

⁵² Sull'applicazione del principio di ragionevolezza nelle sentenze qui commentate, cfr. *infra*, §4.

⁵³ Secondo cui «para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior [art. 155.1 CE], el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas».

Constitución, puesto a disposición del Gobierno para conseguir ejecutar las ‘medidas necesarias’ ya aprobadas por el Senado»⁵⁴.

Potrebbe pertanto sostenersi che tale secondo comma – a voler considerarlo come norma a sé stante – opera come integrazione (più tenue) della maggiore incisività del primo, attraverso la previsione di ordini “mediati”, di carattere gerarchico, alle istituzioni regionali⁵⁵ ancora esistenti nella loro composizione soggettiva originaria⁵⁶.

Relativamente allo scioglimento del *Parlament*, poi, il *Tribunal Constitucional* rileva l’assoluta centralità dell’organo parlamentare nella configurazione ed implementazione dei diversi segmenti (soprattutto di matrice legislativa, quali le ricordate *Leyes de desconexión*) che hanno condotto alla dichiarazione di indipendenza.

In tale direzione, la cessazione anticipata della Legislatura si poneva come la sola soluzione possibile per evitare che i descritti comportamenti contrari alla Costituzione potessero avere un seguito ulteriore, avendo il *Parlament* persistito nell’incostituzionalità di azioni già qualificate come tali in precedenti occasioni⁵⁷.

Sul punto, il *Tribunal Constitucional* ricorda infatti che l’indeterminatezza di partenza delle misure adottabili non solo è coerente con l’imprevedibilità delle violazioni future ma deve altresì essere parametrata alla concretezza della violazione riscontrata, sempre quando dette misure siano temporalmente circoscritte e “adeguate” a fronte dell’obiettivo in concreto perseguito⁵⁸.

⁵⁴ Cfr. STC 89/2019, FJ 10.a). Il rinvio parrebbe essere a quelli che L. Álvarez Álvarez, *La coerción federal en la Ley Fundamental. La recepción de una categoría clásica del sistema descentralizado alemán*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, 288 definisce – in relazione alla *Bundeszwang* dell’art. 37 GG – come «mecanismos de coerción indirecta», i quali «abarcan un conjunto de medidas adoptadas por el Estado central que tienen como finalidad forzar (ahí reside el elemento coactivo) a los sujetos descentralizados al cumplimiento de las normas constitucionales infringidas. Entre las medidas aceptadas a lo largo de las diferentes etapas históricas: la ocupación militar del territorio, la impartición de instrucciones, el envío de comisarios y las medidas de presión financiera».

⁵⁵ M. Satrustegui Gil-Delgado, *Artículo 155*, in P. Pérez Tremps, A. Saiz Arnaiz (dir.) e C. Montesinos Padilla (cur.), *Comentario a la Constitución española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, 2018, 2115 ritiene che tali misure consistano in atti amministrativi o regolamenti, suscettibili di impugnazione dinanzi alla giurisdizione ordinaria.

⁵⁶ Una ricostruzione in parte diversa in J. Urías, *El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional*, in *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l’aplicació de l’article 155 CE a Catalunya*, cit., 110: «la Constitución diferencia claramente entre las medidas de intervención y las órdenes del Ejecutivo destinadas a poner en práctica tales medidas. Así, parece deducirse del tenor literal del precepto, que de lo que se trata es de dictar instrucciones por las que las instituciones autonómicas reconozcan la autoridad del Ejecutivo central que esté ocupando provisionalmente el lugar del autonómico, en aplicación de la decisión del Senado».

⁵⁷ Tra le più recenti e significative, si vedano SSTC 42/2014 (Risoluzione 5/X del Parlamento catalano sui principi di sovranità e del *derecho a decidir*); 31/2015 (legge catalana n. 10/2014 in materia di consultazioni popolari non referendarie); 122/2017 (convocazione del referendum di autodeterminazione); 124/2017 (legge n. 20/2017, *de transitoriedad jurídica y fundacional de la República*); 10/2018 e 27/2018 (*recursos de amparo* promossi dal *Partit dels Socialistes de Catalunya* in relazione alla decisione dell’Ufficio di Presidenza del *Parlament* di non ammettere la richiesta di parere preventivo al *Consell de Garanties Estatutàries*).

⁵⁸ STC 89/2019, FJ 11.c).

In sintesi, il quadro dei provvedimenti coattivi posti materialmente in essere dall'Esecutivo spagnolo dietro autorizzazione del *Senado* ha limitato l'autogoverno della *Comunidad Autónoma* catalana, incidendo in modo particolarmente afflittivo sulla corrispondente forma di governo e l'esercizio delle sue funzioni istituzionali (con esclusione di quella legislativa), riconosciute e protette dalla Costituzione.

Tuttavia, deve ritenersi che tali limitazioni effettive siano giustificate (e, pertanto, legittimate) dalla necessità – plasmata in un principio supremo dell'ordinamento – di salvaguardare l'integrità della Nazione spagnola e l'indissolubilità del suo territorio di fronte al tentativo di sovvertire (illegalmente) la preminenza della Costituzione e dei fondamenti democratici in una parte del suo territorio.

In argomento, peraltro, non pare irrilevante un breve cenno al (non casuale) *obiter dicta* di cui al FJ 13.a), laddove si sottolinea nuovamente che gli atti normativi a monte della dichiarazione di indipendenza «plasman la voluntad de esa cámara de eludir los procedimientos de reforma constitucional para llevar adelante su proyecto político de desconexión del Estado español [...]».

Senza entrare ad approfondire la questione, ci si limita qui ad evidenziare come siffatto richiamo (indiretto) ad un possibile inquadramento dell'ideologia-fine separatista entro i confini del legale procedimento di riforma costituzionale⁵⁹ sembri non escludere del tutto la possibilità (teorica) della revisione di qualsiasi disposizione della Costituzione: pertanto, anche dell'art. 2 CE, in ordine al principio di indivisibilità territoriale nazionale⁶⁰.

Ritornando al giudizio sulle misure applicate, è altresì importante sottolineare la decisività del parametro temporale.

In questo senso, l'eccezionalità e gravità del contesto di fatto non può tradursi in una costrizione indefinita dell'autonomia regionale⁶¹, essendo

⁵⁹ Già presente nella giurisprudenza costituzionale sulla “questione catalana”: cfr. SSTC 103/2008, FJ 4 e 42/2014, FJ 4.c), ove si afferma che «el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable».

⁶⁰ Ciò in quanto – seguendo l'insegnamento di M. Aragón Reyes, *El principio democrático en la Constitución*, in *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. II, Madrid, 1988, 841 – «la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano es la autolimitación procedimental, y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución, o dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino».

⁶¹ Per un precedente storico in questo senso, si veda la *Ley de 2 de enero de 1935* – dichiarata incostituzionale dal *Tribunal de Garantías Constitucionales* repubblicano il 5 marzo 1936 – la quale sospendeva le competenze riconosciute alla *Generalitat* catalana dal corrispondente Statuto fino al momento in cui le *Cortes* parlamentari avessero discrezionalmente proceduto al «restablecimiento gradual del régimen autonómico». Sulle relative vicende, cfr. J.M. Lafuente Balle, *El art. 155 de la Constitución española: examen doctrinal y comparado*, cit., 98-100.

necessario che il procedimento di cui all'art. 155 CE presenti un limite di tempo determinato o comunque determinabile⁶².

In particolare, il riferimento ad un «límite temporal bien expresamente determinado o, como será lo más probable atendiendo a los supuestos que desencadenan su aplicación, determinable»⁶³, consente di porre l'accento con maggiore incisività sul criterio della ragionevole determinabilità della durata delle misure coercitive rispetto a quello di una determinazione “fissa” *a priori*.

In ogni caso, l'imprevedibilità del protrarsi di gravi violazioni costituzionali (o la loro non cessazione immediata) non parrebbe comportare una perdita di efficacia delle misure *ex art. 155 CE* ove anche l'Accordo parlamentare ne imponesse una durata prestabilita, potendo queste comunque essere prorogate o rinnovate (su richiesta del Governo e approvazione del *Senado*) al persistere di uno scenario emergenziale.

Da ultimo, l'unica declaratoria di incostituzionalità nelle sentenze analizzate attiene alla previsione secondo cui, in caso di pubblicazione non autorizzata nel *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* di atti di natura normativa e/o amministrativa, questi ultimi avrebbero dovuto intendersi inefficaci⁶⁴.

Ad avviso del *Tribunal Constitucional*, infatti, il principio di pubblicità e certezza delle norme giuridiche (art. 9.3 CE) non può comportare in automatico tale conseguenza, in quanto è proprio attraverso tale pubblicazione che si creano le condizioni affinché la collettività venga a conoscenza dell'esistenza di un precetto giuridico e lo rispetti in quanto tale.

In ordine agli atti amministrativi, invece, è compito delle autorità corrispondenti procedere all'espletamento di controlli preventivi che impediscano l'accesso di tale fonte “viziata” alla relativa raccolta ufficiale: qualora essi non vengano effettuati o risultino inefficaci, lo stesso principio di certezza giuridica impedisce che l'effetto conseguente sia l'inefficacia automatica della norma già pubblicata.

4. L'applicazione dei parametri di necessità, proporzionalità e ragionevolezza

Da ultimo – ripercorrendo il substrato teorico-argomentativo delle SSTC 89 e 90 del 2019 – alcune considerazioni possono essere sviluppate circa l'applicazione e ricostruzione giurisprudenziale dei (diversi?) parametri di necessità, proporzionalità e ragionevolezza in ordine alle misure in concreto adottate; parametri che attraversano e danno struttura all'ordito delle indicate pronunce⁶⁵.

⁶² Cfr. STC 89/2019, FJ 4.d), ove anche si afferma che «el Senado ha de precisar en su propio acuerdo, bien el término, bien la condición resolutoria de la intervención estatal, aun cuando esa fijación inicial quede a su apreciación en atención a las circunstancias».

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Cfr. STC 89/2019, FJ 14.c(ii).

⁶⁵ Come si può ricavare da STC 89/2019, FJ 12, l'applicazione dei suddetti principi “meta-costituzionali” – al di là del classico *bloque de constitucionalidad* – deriva dal fatto che l'art. 155 CE deroga, in via eccezionale e con i limiti descritti, ad altre disposizioni costituzionali “ordinarie”. Diffusamente sul tema J. García Roca, *Il tempo moderato de la intervención coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña: un comentario a las SSTC 89 y 90/2019, en*

In questo senso l'art. 155 CE allude, in termini letterali, all'adozione di «medidas necesarias» al ristabilimento dell'ordine costituzionale violato. Si tratta, pertanto, di comprendere quali siano i concreti confini di una misura ritenuta all'uopo necessaria ed il criterio interpretativo in forza del quale il *Tribunal Constitucional* può determinare la necessità – e, quindi, costituzionalità – della condotta coercitiva considerata.

Sul punto, i ricorrenti ritenevano che il criterio di necessità fosse equivalente al principio di proporzionalità, il quale esige l'adozione di misure il meno invasive possibili dell'autonomia regionale⁶⁶; detta ricostruzione, peraltro, non veniva contraddetta dall'*Abogacía del Estado* la quale, pur distinguendo necessità (sotto forma di *extrema ratio* della misura) e proporzionalità nei termini descritti, riteneva che entrambi i requisiti fossero indici fondamentali per vagliare la corretta applicazione dell'art. 155 CE⁶⁷.

Nel merito, il Giudice delle Leggi sviluppa un'interpretazione “per gradi” che, nell'escludere una simmetria tra i due criteri evocati, percorre in modo trasversale le categorie dell'oggetto del giudizio di costituzionalità, della *voluntas* di Parlamento e Governo e delle ricadute effettive delle misure adottate.

Per quanto riguarda il parametro “oggettivo”, il *Tribunal Constitucional* precisa (nuovamente) che il giudizio di costituzionalità nel merito si riferisce al solo Accordo adottato dal *Senado* e non alle misure – governative – derivatene a titolo di esecuzione⁶⁸.

Sul piano “strutturale”, si afferma che il test di proporzionalità presenta natura ancillare: esso, infatti, non integra un «canon de constitucionalidad autónomo, cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales»⁶⁹, dovendo trovare “aggancio” in altre norme di rango costituzionale (su tutte, quelle relative alla tutela dei diritti fondamentali) che fungano da *tertium comparationis* tra la norma-oggetto ed il parametro costituzionale principale (art. 155 CE).

In concreto, la giurisprudenza consolidata del Giudice delle Leggi spagnolo in materia⁷⁰ esige un triplice ordine di passaggi logici che, peraltro, ben richiamano

particular, proporcionalidad y test de necesidad o razonabilidad de las medidas, in *Teoría y realidad constitucional*, 44, 2019, 503-524.

⁶⁶ Cfr. STC 89/2019, *Antecedentes*, 5.d). Per J. García Roca., *Diez tesis sobre la intervención extraordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas (artículo 155 CE) tras su aplicación en Cataluña*, cit., 221, «que las medidas deben ser 'necesarias' obliga a pensar que se aplica el principio de proporcionalidad y cabe un juicio de necesidad de la medida junto a otro de proporcionalidad en sentido estricto por parte del Senado».

⁶⁷ Cfr. STC 89/2019, *Antecedentes*, 8.B).c).

⁶⁸ Le quali, a loro volta, dovranno essere implementate in modo proporzionato a quanto autorizzato dalla Camera Alta, alla luce dell'evoluzione degli eventi e della loro gravità (cfr. *Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución*, in B.O.E., núm. 260, Viernes 27 de octubre de 2017, Sec. I., Pág. 103528, I.h).

⁶⁹ Cfr. SSTC 89/2019, FJ 11.b) e 215/2016, FJ 8.

⁷⁰ Cfr. SSTC 66/1995, FJ 5; 55/1996, FFJJ 6, 7, 8 e 9; 207/1996, FJ 4 e); 37/1998, FJ 8 e, da ultimo, 39/2016, FJ 5. In dottrina, si vedano E. Roca Trías, M.A. Ahumada Ruiz, *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Reunión de

la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di Strasburgo a proposito dell’interpretazione del sempre delicato parametro del “margine di apprezzamento”.

La proporzionalità è così soddisfatta laddove la limitazione oggetto di giudizio sia giudicata suscettibile di conseguire l’obiettivo previsto (giudizio di idoneità); sia ritenuta la meno lesiva possibile delle prerogative incise per il conseguimento di uno scopo analogo (giudizio di necessità) e sia altresì ponderata o equilibrata, essendo maggiori i benefici a carico dell’interesse generale rispetto ai pregiudizi sugli altri beni o valori in conflitto (giudizio di proporzionalità in senso stretto).

Nel merito, il *Tribunal Constitucional* esclude che, in ordine alle misure autorizzate dal *Senado* ed implementate dal Governo, possa trovare applicazione il parametro di proporzionalità, tanto in senso ampio quanto in senso stretto: ritenere il contrario, infatti, porterebbe il Giudice delle Leggi a sostituirsi impropriamente alla Camera Alta ed al Governo nel compimento di una valutazione oggetto di discrezionalità politica⁷¹.

38

In questo senso, nel delicato temperamento tra dimensione politica “preventiva” e controllo giurisdizionale “successivo” dell’articolo 155 CE, viene compiuta un’attenta attività di perimetrazione tra le due sfere.

Da un lato, il *Senado* è chiamato all’esercizio di una funzione politica circa l’opportunità di adottare determinate misure limitative delle prerogative costituzionali della *Comunidad Autónoma* interessata; dall’altro, tuttavia, il *Tribunal Constitucional* non può sottrarsi ad una condotta di *self-restraint* che deve prescindere da un’esegesi delle motivazioni politiche sottostanti o dal suggerimento di alternative meno gravose e maggiormente idonee nel caso di specie⁷².

Ciò non toglie che un controllo del supremo garante della Costituzione è comunque necessario: tuttavia, esso si pone come un «juicio externo», rivolto non tanto alla misura *ex se* quanto piuttosto al carattere ragionevole della valutazione compiuta dagli organi politici coinvolti nell’adozione di determinate misure rispetto alle circostanze concrete.

In tale ultima analisi, è pertanto riconsciuto alla Camera parlamentare ed al Governo un margine di apprezzamento, controllabile dal *Tribunal Constitucional*

Tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España, XV Conferencia Trilateral, 24-27 de octubre de 2013, Roma e M. González Beilfuss, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 2003.

⁷¹ *Contra* J. García Roca, *Il tempo moderato de la intervención coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña*, cit., 519, per il quale «resulta muy discutible negar, como hace el TC, que las medidas que apruebe el Senado deban responder al criterio de la intervención mínima o menos gravosa. Haciendo esta revisión el TC no ocuparía el lugar del Gobierno y el Senado, pues no es lo mismo elegir las medidas adecuadas entre un haz de actuaciones complejas que controlar sus excesos».

⁷² Sul punto, la STC 89/2019, FJ 11.b) ben evidenzia questa distinzione quando ricorda che il parametro di proporzionalità (o gradualità) invocato dalle istituzioni catalane rimane “assorbito” nella (insindacabile, in termini giurisdizionali) valutazione politica del Senato, non potendo porsi come una «abstracta exigencia constitucional para cualesquiera circunstancias dadas ni, por lo mismo, como pauta para el enjuiciamiento de este Tribunal».

secondo un generale parametro di ragionevolezza⁷³ che, pur non estendendosi al sindacato del *presupuesto de hecho habilitante* sul quale si fonda l'attivazione dell'art. 155 CE, copre tuttavia il rapporto di causa-effetto tra violazione concreta e misura ritenuta applicabile⁷⁴.

Ne deriva che un'eventuale censura dell'assoluta sproporzione della misura adottata, ovvero una sua chiara inadeguatezza o impossibilità di determinare un "ritorno" alla legalità costituzionale della *Comunidad* ribelle sarebbe valutata in sede giurisdizionale secondo un parametro di stretta funzionalità rispetto alla lesione lamentata ed all'obiettivo conseguito/conseguibile, così scongiurando invasioni di campo.

In conclusione, l'intervento del Giudice delle Leggi non ha certo posto termine all'infinita *querelle* tra istituzioni spagnole e catalane, lontana dall'essere risolta solo attraverso l'intervento (pur doveroso ed esemplare) degli organi giudiziari a fronte di atti e comportamenti senza alcun dubbio illegali.

È evidente, infatti, che una pronuncia giurisdizionale non può supplire le inerzie ed insipienze maturate nella (non)-soluzione di un conflitto avente anche una dimensione politica, ma è altrettanto importante sottolineare come le misure adottate al riparo dell'art. 155 CE – a metà del guado tra decisione politica e sindacato giurisdizionale⁷⁵ – si sono rivelate idonee, proporzionate e... costituzionalmente necessarie⁷⁶ nello specifico momento in cui non poteva

⁷³ In questo senso si esprime F. De Carreras, *Artículo 155*, in S. Muñoz Machado (cur.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Barcellona, 673, per il quale «para el control jurisdiccional de estas medidas [...] debe utilizarse el juicio de razonabilidad, es decir, valorar si su motivación es suficiente [...] El único límite que el Gobierno no puede transgredir, además del cumplimiento estricto del procedimiento, es el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad».

⁷⁴ Cfr., però, J. García Roca, *Il tempo moderato de la intervención coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña*, cit., 518, ove l'A. fa presente che «la aplicación de la proporcionalidad, normalmente más estricta o rigurosa que la muy laxa razonabilidad, no impide ponderar adecuadamente situaciones de emergencia y graves amenazas en un Estado de Derecho como es la intervención coercitiva. Basta con limitar o restringir la intensidad del juicio de necesidad de la medida en una prudente autocontención o self-restraint en función del objeto». *Contra* F. De Carreras, *Artículo 155*, cit., 673 secondo cui «todo juicio de proporcionalidad para averiguar su adecuación a la Constitución debería justificarse en criterios de oportunidad o conveniencia política, ajenos a los razonamientos de un órgano de control jurídico como es el TC».

⁷⁵ Cfr. il *Voto particular* del Giudice Xiol Ríos, par. 18 a STC 185/2016: «el Poder constituyente decidió objetivar que el eventual incumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de una Comunidad Autónoma debía resolverse, quizá en atención a la propia naturaleza esencialmente política del conflicto, a través de mecanismos políticos y no jurisdiccionales. De ese modo, el art. 155 CE da todo el protagonismo a las instituciones políticas implicadas, dejando no solo la iniciativa sino incluso la decisión última respecto de la conveniencia de adoptar alguna medida a esas instituciones políticas [...] Solo en una segunda fase el Tribunal Constitucional, en su caso, podría someter a control de constitucionalidad dichas medidas a través de los procedimientos jurisdiccionales previstos en el art. 161 CE y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional».

⁷⁶ Il legame tra "necessità" e "costituzionalità" sembra evidenziato da M. Bassols Coma, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, 2010, 112 quando ricorda, citando le parole del *Tribunal de Garantías Constitucionales* repubblicano nella sentenza del 5 marzo 1936 (cfr. *supra*, nota 61), che «las razones de tipo político, incluso las que se inspiran

esservi altra alternativa per difendere una Costituzione ed uno Stato di Diritto così faticosamente conquistati e preservati in quarant'anni di vita democratica.

Daniele Camoni
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-Bicocca
d.camoni@campus.unimib.it

L'efficacia come metro di valutazione della legittimità della *governance* dell'Ue e del suo percorso di riforma

di Damiano Censi

Abstract: Efficacy as a parameter for assessing the legality of the governance of the EU and its reforms – The essay examines the economic and financial reform process of the Juncker's Commission. The legitimacy of the macroeconomic instruments (or of the measures adopted by the Member States in compliance with them) adopted after 2008 crisis, has been the object of multiple pronouncements by the Constitutional Courts of the Member States, which have placed some limits on the new instruments, such as, for example, the pursuit of intergenerational equity; principle closely related to the stability of the financial system. Consequently, the analysis of the work of the Juncker Commission made by the European Court of Auditors is particularly interesting, as it underlines the ineffectiveness of the reforms implemented in obtaining a stabilization effect. Finally, the proposal of MFF 2021-2027, confirming also for the future, tools, objectives, and resources established by the previous Commission, allows us to fully understand how the juridical outcome of this choice is not neutral.

41

Keywords: Multiannual Financial Framework 2021-2027; European economic governance; Bundesverfassungsgericht; Checks and balances; EU budget.

1. Premessa

Molteplici sono le sfide oggi poste all'Ue ed all'Unione economica e monetaria, dalla crescita del consenso verso i partiti euroscettici¹, alla difficoltà per molti dei paesi membri di agganciare una forma stabile e consistente di ripresa economica².

¹ Avendo, questi ultimi, ottenuto la maggioranza relativa dei voti, alle scorse elezioni europee, sia nel Regno Unito, che in Italia, che in Francia. Alle elezioni del 2014 l'alleanza che ha espresso la Commissione Juncker, formata dall'Alleanza Progressista di Socialisti e Democratici al Parlamento Europeo e dal Partito Popolare Europeo, aveva ottenuto 401 seggi su 749 mentre nella legislatura attuale i Socialisti hanno conquistato 154 seggi (nel 2014 erano 185) ed il Partito popolare 182 (nel 2014 erano 216). Cfr. N. Veron, *European Parliament election results: The long view*, in *Bruegel Working Papers*, bruegel.org/2019/05/european-parliament-election-results-the-long-view/ (aggiornato al 1.09.2019); M. Gómez, Reino Cachafeiro e C. Plaza-Colodro, *Populist Euroscepticism in Iberian party systems*, in *Politics*, 2018; Harold D. Clarke, M. Goodwin e P. Whiteley, *Why Britain voted for Brexit: an individual-level analysis of the 2016 referendum vote*, in *Parliamentary Affairs*, 2017, 439-464; C. Fasone, D. Fromage e Z. Lefkofridi, *Parliaments, Public Opinion and Parliamentary Elections in Europe*, in *Eui Working Papers*, 2015.

² Come mostrano le statistiche di Eurostat ec.europa.eu/eurostat/web/euro-indicators/scoreboard (aggiornato al 06.10.2018), in particolare declinate sui cosiddetti paesi PIIGS. Sul tema D. Antonioli e P. Pini, *Chapter Fifteen*, in M. Corsi, J. Kregel e Carlo d'Ippoliti (Eds), *Classical Economics Today: Essays in Honor of Alessandro Roncaglia*, London and New York, 2018, 201 ss.. Tendenza sottolineata anche dal Fondo monetario internazionale

Tale difficoltà è da più parti indicata come manifestazione di un'incoerenza di fondo della *governance* economica europea, ed in particolare dell'UEM. Nel 1992, infatti, si scelse di separare la "gestione della moneta" dalla gestione delle politiche economiche, impostazione di fondo confermata dalle riforme post crisi che hanno sancito il mantenimento della stabilità monetaria attraverso la stabilità dei prezzi e della stabilità economico-finanziaria mediante l'inasprimento dei limiti al *deficit* ed al debito dei paesi membri³.

Da tale impostazione consegue il ricadere sugli Stati membri dei costi della perdita di sovranità monetaria⁴. L'assenza della possibilità di stampare moneta unitamente ai vincoli al deficit ed al debito, tocca, infatti, direttamente lo spazio di manovra concesso alle politiche economiche, limitando la possibilità sia di interventi "keynesiani" di stimolo all'economia⁵, sia di misure volte a colmare le distanze di competitività tra gli Stati membri dell'UE(M). Proprio tali distanze hanno comportato un'asimmetria nella forza con la quale la crisi ha colpito i paesi membri, asimmetria accentuata dalla necessità di misurarsi con economie più competitive⁶ e con capacità di recupero economico-finanziarie maggiori all'interno di un unico mercato⁷.

www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2018/03/20/world-economic-outlook-april-2018 (aggiornato al 06.10.2018); www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2018/07/02/world-economic-outlook-update-july-2018 (aggiornato al 06.10.2018). Cfr. inoltre sul tema A. J. Menéndez, *Not seven, but eleven? European crises or "new normal"?*, in *European Law Journal*, 2018, 2-6. Fa eccezione la "tigre celtica" seppur in parte S. Brazis e N. Hardiman, *From 'Tiger' to 'PIIGS': Ireland and the use of heuristics in comparative political economy*, in *European Journal of Political Research*, 2015, 23-42.

³ Cfr. C. Caruso, *Le prospettive di riforma dell'Unione economico-monetaria e il mito dell'unità politica europea*, in *Rivista di diritti comparati*, 2018/1, 93 ss.; C. Joerges, *Europe's economic constitution in crisis and the emergence of a new constitutional constellation*, in J. K. Fossum e A. J. Menéndez (Eds.), *The European Union in Crises or the European union as Crises*, in *Arena Report*, 2014/2, 290.

⁴ Emblematica la cosiddetta *no bail out clause* prevista dall'art. 125 TFUE da analizzare in combinato disposto con l'art. 123 TFUE.

⁵ Ovvero un incremento della spesa per investimenti, e della spesa pubblica in generale, che operato in periodo di crisi economica ne possa contrastare gli effetti sulla domanda interna e conseguentemente sui fattori produttivi. Tale operazione, secondo Keynes, in estrema sintesi, è in grado di innescare una spirale positiva anche qualora finanziata in debito sulla base "dell'effetto moltiplicatore" che genera sull'economia reale e di conseguenza sulle entrate statali J. M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, (1936), Torino, 2017, 435-444.

⁶ Fenomeno ancor più rilevante per gli Stati membri dell'UEM essendo all'interno della stessa area valutaria e senza la possibilità di recuperare competitività svalutando la propria moneta.

⁷ Cfr. A. J. Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, 453-526; A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, 9 ss.; M. Dani, *The EU transformation of the social state*, in *The EU Social Market Economy and the Law*, 2018, 45-64; A. Bagnai, *Crisi finanziaria e governo dell'Economia*, in *Costituzionalismo.it*, 2011/3; G. Marzulli, *Il "convitato di pietra": la sovranità monetaria nel dibattito costituzionalistico. Spunti di riflessione per una critica costituzionalistica della moneta unica europea*, in *Rivista AIC*, 2014/2; P. De Grauwe, *Economics of Monetary Union*, Oxford, 2018, 9 ss.; F. Scharpf, *The asymmetry of European integration, or why the Eu cannot be a "social market economy"*, in *Socio-Economic Review*, 2010/8, 211 ss.. Tra chi sottolinea la prevalenza degli elementi politico-economici positivi derivanti dall'essere parte dell'UEM A. Morrone, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale"*, in *Quaderni costituzionali*, 2012/4, 829-856; T. Beckman, *Reversing Course: Fiscal Policy and Economic Interdependence*, in *International Interactions*, 2018, 361-384; G. Pitruzzella, *Come cambia la*

L'ultimo periodo ha visto, in risposta a tali sollecitazioni, un moltiplicarsi delle proposte di riforma dell'UE(M), che tentano con approcci differenti di affrontare in particolare le conseguenze della separazione tra gestione delle politiche economiche e governo della moneta. La Commissione europea ha cercato di svolgere un ruolo demiurgico in tal senso⁸, ovvero ha recepito e reinterpretato differenti impulsi provenienti sia dalla dottrina che dalle istituzioni nazionali ed europee⁹. Il *leit-motiv* che accomuna le riforme ipotizzate dalle Istituzioni dell'UE, così come da prominenti figure politiche nazionali¹⁰, è la convinzione che le citate “esternalità negative” generate dall'attuale struttura della *governance* economica europea debbano e possano essere risolte approfondendo il livello di integrazione della stessa e rafforzandone il coordinamento laddove le competenze permangono in capo agli Stati membri. Tale evoluzione viene letta, dal punto di vista giuridico, come coerente sia con i trattati fondamentali sia con le costituzioni degli Stati membri¹¹; da quello economico, come adeguata risposta alle sfide date dalla globalizzazione, troppo grandi per essere affrontate in maniera isolata dai piccoli stati della vecchia Europa¹².

Costituzione economica europea tra condivisione dei rischi e moral hazard, in *Diritto Costituzionale*, 2018/2, 31-42.

⁸ Ruolo rafforzato dall'utilizzo della prassi dello *Spitzenkandidaten*, alle elezioni europee del 2014. S. Hermann, Sara Hobolt e A. S. Popa, *Does personalization increase turnout? Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections*, in *European Union Politics*, 2015, 347-368.

⁹ Peralto gli “impulsi” qui richiamati presentano ognuno un diverso quadro interpretativo della realtà giuridico-economica, fattore che ha reso particolarmente arduo per la Commissione conciliarne le posizioni. I quadri interpretativi principali vengono denominati visione “nordica” e “mediterranea”, in parte interpretazioni delle teorie economiche rispettivamente ordoliberali e keynesiane. F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, 2013/2; G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Rivista AIC*, 2013/4; E. Podrecca, *Riforme del mercato dei prodotti e crescita della produttività, Teoria ed evidenza empirica. Le riforme e l'illusione della crescita*, in *Economia e società regionale*, 2013. Per un'analisi di quanto le visioni politiche abbiano influenzato le scelte economiche B. Eichengreen, *Hall of mirrors: The great depression, the great recession, and the uses-and misuses-of-history*, in *Oxford University Press*, New York, 2014. Nonchè per un'analisi più ampia in campo economico J. Buchanan, R. McGill, e E. Wagner, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, Indianapolis, 1977.

¹⁰ Cfr. a mero titolo esemplificativo il “non-paper” di Schauble www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2017/10/17-10-10-Non-Paper-BMF-on-Reforming-ESM-09-10-2017.pdf aggiornato al 12.09.2018 e la lettera dei 14 economisti franco-tedeschi Bénassy-Quéré, A.M. Brunnermeier, H. Enderlein, E. Farhi, M. Fratzscher, C. Fuest, P.O. Gourinchas, P. Martin, J. Pisani-Ferry, H. Rey, I. Schnabel, N. Véron, B. Weder Di Mauro e J. Zettelmeyer, *Reconciling risk sharing with market discipline: A constructive approach to euro area reform*, in *CEPR Policy Insight*, 2018/91.

¹¹ L'Unione europea vista come un percorso di approfondimento continuo dell'Unione stessa è presente infatti nei Trattati sin dal Trattato di Roma. Oggi tale prospettiva è contenuta nel TUE che pone nel suo preambolo l'obiettivo della “creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa”, viene ribadita all'art. 1 del TUE e di nuovo nel preambolo del TFUE. Si rileva del resto come nelle costituzioni di 25 su 27 paesi membri siano contenute le cosiddette “clausole europee”, di cui fa parte l'art. 11 della Costituzione italiana, che oltre a fare esplicitamente riferimento all'UE vengono interpretate come indicanti un principio “costituzionale” di sempre maggior integrazione. Sul punto *ex plurimis* A. Morrone, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, 2014/3; C. Joerges, *What is Left of the European Economic Constitution: A Melancholic Eulogy*, in *Law Legal Journal*, 2013, 76 ss..

¹² *Ex plurimis* cfr. B. Eichengreen, *La nascita dell'economia europea. Dalla svolta del 1945 alla sfida dell'innovazione*, Il Saggiatore, Torino, 2009, 219 ss.; I. Visco, *La crisi dei debiti sovrani e il processo di integrazione europea*, intervento al seminario “Il federalismo in Europa e nel mondo”, www.bancaditalia.it/interventi/integov/2013/ventotene (ultimo aggiornamento 9.07.2019); T.

Non serve precisare come, tuttavia, il dibattito sia accademico che politico sulla sua correttezza giuridica ed economica sia acceso. Proprio al fine di aggiornare e sistematizzare, almeno in parte, i presupposti di tale dibattito il presente saggio analizza il processo di riforma economico-finanziaria di cui si è resa protagonista la Commissione Juncker, dal quale, al momento, non si è in alcun modo discostata la Commissione von der Leyen¹³, utilizzando come chiave di lettura il *Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) 2021-2027*. Il QFP viene assunto, dunque, come riferimento, sul quale misurare l'effettivo recepimento delle proposte di riforma della Commissione, in quanto racchiude gli strumenti che l'Unione intende darsi per affrontare le sfide che si presenteranno nella prossima decade, indicando le risorse ad esse destinate. Il ruolo svolto dal QFP nel plasmare il futuro dell'Ue viene sottolineato, del resto, dalle complesse negoziazioni che seguono ogni 7 anni la proposta della Commissione. Non fa eccezione la *Comunicazione* attuale, divenuta la base di contrattazione dalla quale ha avuto inizio un lungo *iter* di approvazione, sia formale¹⁴, che frutto della prassi. In particolare quest'ultimo vede interlocuzioni continue sia tra le istituzioni dell'Ue che a livello intergovernativo. Fasi nelle quali la nuova Commissione tenta di definire e difendere la direzione che intende dare ai prossimi anni dell'Ue (e le

Padoa-Schioppa, *Che cosa ci ha insegnato l'avventura europea*, in *Rivista bimestrale di cultura e di politica*, 1998/6, 987-1003. Non è tuttavia unanime la visione positiva di tale percorso da parte sia della dottrina economica che di quella giuridica che sottolinea ad esempio come il processo di approfondimento dell'Unione sia una delle interpretazioni possibili dei Trattati C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Hart, Oxford-Portland, 2016, 25 e 284; A. Somma, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in *DPCE.it*, 2015. La dottrina economica sottolinea, dal canto suo, come non esista una modalità univoca di risposta al fenomeno della globalizzazione finanziaria A. Bagnai, *Crisi finanziaria e governo dell'economia*, in *costituzionalismo.it*, 2011/3; M. Blyth, *Austerity: The History of a Dangerous Idea*, Oxford, 2019, 123 s. Di segno totalmente opposto invece l'analisi di: A. Alesina e S. Ardagna, *Large Changes in Fiscal Policy: Taxes vs. Spending*, Brown, J. R., Chicago, 2010, 35-68; A. Alesina, C. Favero e F. Giavazzi, *Austerity - When It Works and When it Doesn't*, Princeton, 2019. Per uno sguardo d'insieme A. Guazzarotti, *Sovranità statale e vincolo finanziario. Potere pubblico e potere privato nel governo degli Stati europei*, in *Diritto Costituzionale*, 2018/2, 85-120; S. Mangiameli, *Sorveglianza macroeconomica e crisi dell'integrazione politica*, in A. Cantaro (Eds), *Quo Vadis Europa? Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2015, 34-43.

¹³ Sul punto: A. Duff, *The political reform agenda of Ursula von der Leyen*, in *EPC Discussion Paper*, 2019. Nonché l'accorato invito del presidente della fondazione Robert Schuman [www.jd-giuliani.eu/en/article/cat-2/657 A-new-European-Commission-to-what-purpose.html](http://www.jd-giuliani.eu/en/article/cat-2/657-A-new-European-Commission-to-what-purpose.html) (aggiornato al 2.02.2020).

¹⁴ Per il testo completo della Comunicazione eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=celex%3A52018DC0321 (aggiornato al 29.08.2019). Approntata secondo le indicazioni contenute nell'art. 312 del TFUE che prevede che il bilancio annuale dell'Ue sia stabilito nel rispetto di un *Quadro Finanziario Pluriennale* che copra almeno 5 anni (portati a 7 dalla prassi). QFP che deve essere approvato dal Consiglio all'unanimità previo voto del PE a maggioranza assoluta, che può solo respingere o confermare il testo presentatogli. Tale Quadro fissa gli importi dei massimali annui degli stanziamenti per impegni per categoria di spesa (che corrispondono ai settori di attività dell'Unione Europea) e del massimale annuo degli stanziamenti per pagamenti. Per un approfondimento cfr. F. Pocar, M.C. Baruffi, *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, Padova, 2014, 1472-1474; A. Somma, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, in *DPCE online*, 2018/4.

risorse ad essa necessarie), mentre gli Stati membri tutelano le categorie di spesa alle quali sono più direttamente interessati¹⁵.

Viene inoltre approfondito, per le riforme già attuate, il tema dell'efficacia del lavoro di recepimento svolto dalla Commissione. Si ritiene infatti che l'efficacia sia in questo caso una categoria interpretativa giuridicamente rilevante, proprio perché il conseguimento degli obiettivi di stabilizzazione economico-finanziaria è stato al centro della stagione di riforme nel periodo che va dal 2008 ad oggi. Tale perseguimento ha comportato, a mero titolo esemplificativo, per il *Bundesverfassungsgericht* la compressione della capacità dei cittadini tedeschi di controllare le finanze del proprio Stato, e per il Tribunale costituzionale portoghese la limitazione delle tutele sociali garantite dalla costituzione lusitana¹⁶. La medesima linea interpretativa è stata riproposta anche dal Consiglio di Stato ellenico¹⁷.

Tali “compressioni” sono state avallate ponendo alcuni confini ai nuovi strumenti ed interpretandoli alla luce del principio “dell'equità intergenerazionale”; principio strettamente connesso con la stabilità del sistema finanziario¹⁸. L'efficacia, o meno, delle riforme poste in campo nell'ottenere la

¹⁵ Ma si discute anche sull'ammontare complessivo dell'impegno di spesa al momento previsto attorno ai 1135 miliardi per 7 anni. Tali negoziazioni, che secondo i piani della Commissione avrebbero dovuto concludersi entro il 2019 (per poter approvare il testo definitivo entro il 2020 evitando la gestione provvisoria *ex art.* 312 TFUE, ma neppure su questo al momento si è raggiunto un accordo), non hanno al momento toccato, e non sembrano intenzionate a toccare, i progetti di riforma di seguito analizzati se non rimodulando in minima parte i fondi ad essi destinati. Per un costante aggiornamento sulla percorso di negoziazione del QFP www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-budgetary-system/multiannual-financial-framework/mff-negotiations/ (aggiornato all'8.11.2019).

¹⁶ Si fa riferimento rispettivamente alle decisioni del *Bundesverfassungsgericht* e del Tribunale costituzionale portoghese. In relazione al secondo cfr. M. Dani, *Misure di aggiustamento macroeconomico e Tribunale costituzionale portoghese: il limitato potenziale contro-egemonico della dottrina dei controlimiti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2014/1, 113; A. Monteiro Fernandes, *L'austerità e l'“eguaglianza proporzionale”. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *Lavoro e diritto*, 2013, 339 ss.; T. Abbiate, *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 146. Per quanto riguarda il *Bundesverfassungsgericht* F. Pedrini, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità davanti al Bundesverfassungsgericht. Una griglia di problemi in attendanti Karlsruhe*, in *Quaderni Costituzionali*, 2012; U. Di Fabio, *The OMT decision of the German Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2014/2, 107-38; A. Di Martino, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *Rivista di diritto Pubblico Italiano comunitario e Comparato*, 2015; P. L. Geti, *Il contributo della Giurisprudenza costituzionale tedesca nella determinazione dei rapporti con l'Unione Europea*, dagli atti del convegno del 13 Maggio 2015 su: www.nomos-leattualitaneldiritto.it (aggiornato al 29/05/2019).

¹⁷ Decisioni n. 464/2013 e n. 602/2013.

¹⁸ Confini ed interpretazioni, che, nell'avallare le riforme derivanti dalla sottoscrizione, in particolare del Fiscal Compact e del MES, sono stati esplicitamente richiamati dalla Corte costituzionale portoghese (nell'ottica di una sostanziale limitazione della sfera di azione del Fiscal Compact) e della belga e tedesca (in un'ottica di difesa del potere decisionale dei rispettivi organismi rappresentativi) C. Fasone, *Corti costituzionali e funzione «metabolica» delle Costituzioni. L'emersione dell'identità costituzionale nella giurisprudenza sulla nuova governance economica europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019/3, 839-858. In Italia, il principio dell'equità intergenerazionale, è principalmente frutto dell'elaborazione della dottrina che lo collega alla necessità di garantire l'applicazione dell'art. 3 secondo comma della costituzione non solo per il tempo presente ma anche per quello futuro, garantendo allo stesso tempo la sostenibilità del

stabilizzazione richiesta influenza, dunque, la correttezza del bilanciamento effettuato. Ma risulta anche rilevante per il futuro, rispetto al quale la lettura del QFP – e quindi la perseveranza o meno negli impegni di spesa sanciti dalla Commissione Juncker – ci guiderà sia nel comprendere l'effettivo recepimento delle proposte di riforma dell'UE(M), sia, di conseguenza, nel determinare i confini temporali della rilevanza dei correttivi effettuati dalle Corti summenzionate.

Nel secondo paragrafo, al fine di cogliere gli obiettivi ai quali erano destinati le rispettive riforme e quindi i risultati che ci si attendeva da esse, si analizza un atto politico fondamentale per comprendere il ruolo che l'UE intende svolgere nel medio-lungo periodo: il *discorso sullo stato dell'Unione*, che il presidente della Commissione europea pronuncia nell'autunno di ogni anno di fronte al Parlamento Europeo¹⁹. Un rilievo analogo va riconosciuto, in tal senso, alla *Relazione dei cinque Presidenti*, resa pubblica il 22 giugno del 2015, che rappresenta il punto nodale della costruzione del progetto di riforma dell'UE(M). Tali documenti, tuttavia, non esauriscono le proposte di riforma approntate dalla Commissione che si sono succedute nel tempo; risulta pertanto necessario analizzare anche lo stato di quanto non attuato, al fine di meglio comprendere la rilevanza del ritardo accumulato. Svolge al meglio tale compito la calendarizzazione del processo di riforma dell'UE(M) effettuata dalla Comunicazione della Commissione: *Ulteriori tappe verso il completamento dell'unione economica e monetaria dell'Europa: tabella di marcia*²⁰.

Dalla lettura di tali contributi si rileva come le proposte analizzate possono essere ricondotte sostanzialmente a due linee direttrici: da un lato aumentare gli strumenti di tutela socioeconomica dei cittadini dell'Unione e dall'altro innescare un processo di stabilizzazione economico-finanziaria particolarmente rilevante per paesi facenti parte della stessa area valutaria. Tali obiettivi sono generalmente

sistema previdenziale e del debito pubblico R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008, 15. Alla luce del suddetto principio sono state dunque lette, dalla dottrina summenzionata, le riforme della *governance* economica europea successive al 2008 ed in seguito alla riforma Costituzionale n. 1 del 2012 tale tesi è stata più esplicitamente messa in relazione con la garanzia dell'equilibrio finanziario M. Rospi, *L'invecchiamento attivo della popolazione all'interno della coesione sociale tra generazioni: gli strumenti della multilevel governance per nuovi sistemi di welfare*, in *www.rivistaaic.it*, 2018/3, 22-23; A. Marzanati, *La fraternità intergenerazionale: lo sviluppo sostenibile*, in A. Marzanati, A. Mattioni (Eds), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, 127 ss.; G. Arconzo, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018/3, 627-646. Fa da contraltare alla dottrina qui richiamata una giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana che non invoca esplicitamente un principio di equità intergenerazionale ma in alcune pronunce, come la n. 45/1990, 10/2010 e n. 264/2012, opera un bilanciamento tra garanzia dei diritti sociali e limitatezza delle risorse finanziarie (giurisprudenza già rilevata da R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 107 ss.). Fa seguito alla riforma del 2012 la sentenza n. 10/2015 che aggiunge alle argomentazioni già riportate l'esigenza dell'equilibrio di bilancio di cui al novellato art. 81. Tale giurisprudenza, tutt'ora non costante in ambito italiano (per una ricostruzione C. Bergonzini, *The Italian Constitutional Court and Balancing the Budget*, in *EuConst*, 2016, 177), rappresenta potenzialmente una chiave di accesso, e di riscrittura, del sistema di garanzia dei diritti sociali proprio delle costituzioni del dopoguerra come sottolineato da M. Dani, *Il ruolo della Corte costituzionale italiana nel contesto della governance economica europea*, in *Lavoro e diritto*, 2018; A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2015.

¹⁹ Cfr. § 2.

²⁰ Cfr. § 2.

perseguiti dal bilancio dell'amministrazione centrale sia nei sistemi nazionali di tipo federale²¹ che di tipo regionale²². Tuttavia, universalizzare e centralizzare a livello europeo forme di tutela socio-economica per tutti i cittadini, e sostenere con fondi aggiuntivi i territori con deficit di competitività, costituiscono obiettivi di spesa a cui Bilancio dell'Unione Europea non è in grado di ottemperare senza un ripensamento delle entrate che finanziano il Bilancio stesso²³.

Per tale ragione, affrontando il secondo punto dell'indagine – ovvero passando dall'esame degli obiettivi a quello degli atti normativi generati dalle proposte di riforma summenzionate – si è scelto di concentrarsi *in primis* sul “Piano Europeo degli Investimenti Strategici (o FEIS)²⁴”. L'obiettivo del FEIS, come più volte sottolineato dal presidente Juncker, era proprio di ridurre quelle distanze di competitività sopra richiamate e che il Bilancio dell'Ue non è in grado di affrontare²⁵. Si anticipa tuttavia la critica principale posta al cosiddetto *piano Juncker*, cioè la distanza tra mezzi ed obiettivi²⁶.

Non sorprende, pertanto, che l'ultima rilevante presa di posizione della Commissione Juncker sia stata dedicata al tema delle risorse proprie dell'Ue, ed in particolare a ricondurre alla procedura legislativa ordinaria la materia della tassazione, approfondita nel terzo paragrafo²⁷.

Proseguendo nell'analisi, inoltre, lo sguardo non è stato rivolto solo alla centralizzazione del potere impositivo: dalla proposta di riportare nel bilancio dell'Ue le risorse del Meccanismo Europeo di Stabilità²⁸, infatti, si è giunti fino all'affrontare la costruzione di un bilancio separato per l'Eurozona, laddove i paesi membri con un deficit di competitività hanno risentito maggiormente della crisi del 2008²⁹.

²¹ Si noti nel report di seguito riportato, svolto dal *Congressional Budget Office* per il periodo 2019-2029, sia la dimensione del bilancio federale che le risorse da questo destinate ad esempio al sistema pensionistico per tutti i cittadini USA www.cbo.gov/system/files?file=2019-01/54918-Outlook.pdf (ultima visualizzazione 23.07.2019). Del resto anche il sistema tedesco, pur con un alto livello di decentramento, prevede un budget federale che corrisponde al 40% dei bilanci delle pubbliche amministrazioni, destinato proprio a colmare i divari tra i vari *länder* e a sostenere un sistema federale di welfare J. Rodden, *Soft budget constraints and German federalism. in Fiscal decentralization and the challenge of hard budget constraints*, Londra, 2003, 161-186.

²² Si pensi al ruolo svolto dal fondo perequativo in Italia *ex plurimis* Giarda, *Regioni e federalismo fiscale*, Bologna, 1995, 18.

²³ Queste ultime corrispondono attualmente all'1,11% del RNL dei paesi dell'UE e a circa il 2% della spesa pubblica europea complessiva cfr. “il documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'Ue del 28 giugno 2017”, COM(2017) 358 final.

²⁴ Dal nome del Fondo Europeo per gli Investimenti Strategici ad esso collegato eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1017&from=EN (aggiornato al 25.08.2019)

²⁵ Cfr. § 4.

²⁶ Cfr. § 4.

²⁷ Cfr. per il testo ec.europa.eu/commission/priorities/state-union-speeches_en (aggiornato al 6.05.2019)

²⁸ La proposta di regolamento è già stata presentata al Consiglio dalla Commissione e prevede una *governance* più snella del MES in grado di rispondere velocemente alle crisi finanziarie e di liquidità ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/com_827.pdf (aggiornato al 19.09.18).

²⁹ Cfr. nota 7 sugli shock asimmetrici nell'eurozona.

Nel corso di questa trattazione l'efficacia degli atti normativi viene misurata in base alla corrispondenza tra gli obiettivi che le dichiarazioni programmatiche pongono loro in capo ed i risultati da loro effettivamente conseguiti. Ribadiamo, tuttavia, che un metro di valutazione altrettanto rilevante risiede nel comprendere quanto di ciò che è stato compiuto nella strada già percorsa verrà confermato nei prossimi anni. In questo senso con uno sguardo diacronico è possibile verificarne fattibilità ed efficacia alla luce di quanto previsto dal *Quadro Finanziario Pluriennale* passato (2014-2020) e confermato o meno da quello futuro (2021-2027)³⁰. In particolare quest'ultimo ci restituisce la portata temporale degli atti normativi esaminati dalle Corti costituzionali summenzionate e delle valutazioni, ad essi relativi, da queste ultime effettuate.

Al lettore risulterà già chiara a questo punto l'ampiezza del tema trattato. Per tale ragione si è resa necessaria una selezione delle riforme e degli atti normativi rilevanti, nonché delle più influenti proposte politico-dottrinali³¹, escludendo ciò che non appare centrale rispetto al tema trattato (dalla creazione di un'Europa a più velocità³², al ruolo della BCE). Si è scelto inoltre, nel confrontare obiettivi e risultati raggiunti dai corrispondenti atti normativi, di usufruire dell'ausilio delle analisi compiute dall'organo che svolge tale compito internamente alle istituzioni europee stesse, oltre a ruoli più puramente consultivi e contabili: la Corte dei conti europea.

L'Audit n. 18 del 2018³³ della Corte dei conti europea risulta, infatti, particolarmente adatto allo scopo, in quanto si concentra sull'intrinseco malfunzionamento delle riforme post crisi³⁴, delineandone i profili di inefficienza³⁵.

³⁰ Confronta § 6.

³¹ Si permetta il rimando alla nota 12.

³² Cfr. G. Rossolillo, *Fiscal compact, Meccanismo europeo di stabilità ed Europa a due velocità: proposte istituzionali per un governo della zona euro*, in *Il Federalista*, 2012/2, 10 ss.; T. Gyelnik, 2017 *Double-Speed Europe: A New Round of Border Frames within European Integration*, in *Cross-Border Review Yearbook*, 2017, institute.cesci-net.eu/tiny_mce/uploaded/CBR_Y2017.pdf#page=52 (aggiornato al 06.10.2018). Allo stesso tempo sono molteplici gli elementi di analisi contigui al tema trattato ma che non si potranno appieno esplorare: la fase finale del QE nonostante la scelta della BCE di prolungarlo entro la fine del 2019 annunciata nell'ultima conferenza stampa del presidente Draghi www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2018/html/ecb.is180913.en.html (aggiornato al 06.10.2018), l'aumentare delle spinte degli stati "periferici" per superare i limiti di spesa imposti www.repubblica.it/economia/2018/10/05/news/commissione_europea_def-208274667/?ref=fbpr (aggiornato al 05.10.2018), il crescere degli *spill over* sociali negativi nelle economie dei "PIIGS" cfr. www.repubblica.it/economia/2018/10/04/news/italia_piu_povera_e_con_maggiori_disuguaglianze_il_rapporto_dell_asvis-207928477/?ref=RHPPBT-VE-I0-C6-P10-S1.6-T1 (aggiornato al 04.10.2018).

³³ Cfr. per il testo dell'audit www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=46430 (aggiornato al 19.09.18)

³⁴ Cfr. § 5. La Corte nell'audit, formulato in base all'art. 287, par. 4, comma II, del TFUE, opera una verifica della compatibilità tra gli obiettivi posti dal Patto di stabilità e crescita e il Semestre Europeo come interpretato, nella prassi, dalla Commissione europea.

³⁵ Cfr. § 5. La Corte dei Conti si posiziona pertanto in controtendenza rispetto alla valutazione complessivamente positiva delle riforme della *governance* economica e monetaria compiuta dagli organi giurisdizionali in sede europea. Cfr. *Gauweiler* (C-62/14) e *Pringle* (C-370/12). Tale differenza di approccio deriva, in parte, proprio dal ruolo della Corte dei Conti come guardiano della corrispondenza tra l'operato delle istituzioni europee con i principi ed i limiti contabili stabiliti dai Trattati, ed in parte dal suo essere priva dell'investitura di interprete autentico dei

Nell'iniziare a percorrere il cammino qui brevemente accennato, si sottolinea, nuovamente, come nel valutare l'efficacia degli atti normativi e delle proposte analizzate si debba tener conto sia dei tempi di fattibilità degli stessi, sia dell'adeguatezza rispetto all'obiettivo finale. Si auspica tuttavia che l'ampiezza dell'analisi sia giustificata dall'importanza della tema indagato, ovvero uno sguardo sul portato giuridico del mantenimento dello *status quo* nel processo di riforma della *governance* economica europea.

2. Riforme attuate e loro obiettivi: i discorsi sullo stato dell'Unione e la Relazione dei cinque Presidenti.

Per individuare gli obiettivi posti a fondamento dell'operato dell'istituzioni europee si ritiene necessario indagare gli atti politici che hanno scandito il percorso di riforme dal 2008 in avanti, per poter poi confrontare i risultati effettivamente raggiunti dalle riforme annunciate con quelli dichiaratamente attesi. In particolare si analizzeranno in questo paragrafo i *discorsi sullo stato dell'Unione* rivolti dal presidente della Commissione Europea ogni anno al Parlamento europeo³⁶ e la *Relazione dei cinque Presidenti*³⁷ contenente la visione che essi, e le istituzioni che rappresentano, hanno del futuro dell'Unione europea³⁸.

Inaugurato dalla Commissione Barroso nel 2010, il *discorso sullo stato dell'Unione* ricalca il *discorso alla nazione made in USA*³⁹. Espressamente previsto dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America⁴⁰, il *discorso alla nazione* costituisce un'informativa che il Presidente degli USA deve dare al Congresso in relazione alla situazione socio economica della Federazione, indicando le riforme che l'amministrazione intende attuare nel tempo a venire.

trattati in capo alla Corte di Giustizia D. Siclari, *La Corte dei conti europea nel sistema multilivello dei controlli*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, 2012, 63; M. Sciascia, *Il controllo della Corte dei conti sulle gestioni pubbliche in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 1997, 280.

³⁶ Il *discorso sullo stato dell'Unione* è previsto dal IV allegato dell'accordo che regola le relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010Q1120\(01\)&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010Q1120(01)&from=IT) aggiornato al 12.09.20189.

³⁷ Ovvero Jean-Claude Juncker, Donald Tusk, Joeren Dijsselbloem, Mario Draghi e Martin Schulz.

³⁸ L'inclusione del Presidente del PE nell'ultima *Relazione*, vuole essere l'epitome del coinvolgimento dell'organo rappresentativo e del processo di trasformazione dell'Ue in vera "Unione politica. Per il testo della *Relazione* ec.europa.eu/commission/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union-en (aggiornato al 07.09.2018). Tale elemento, tuttavia, rimane isolato nel testo dell'ultima *Relazione*, in quanto il Parlamento europeo non riceverà nuove attribuzioni nella gestione della *governance* economica europea. Elemento che stride con i molteplici richiami al *deficit* democratico G. Passaniti, *Deficit democratico dell'unione europea, il difficile cammino verso la piena integrazione*, in *Diritto.it*; F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, 2016/3; G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013/4, 905 ss.

³⁹ V. per un'analisi del rapporto tra il *discorso sullo stato dell'Unione* e l'attività legislative del Congresso D. R Hoffman e A. D. Howard, *Addressing the State of the Union: The Evolution And Impact of the Presidents's Big Speech*, Boulder, 2006.

⁴⁰ Art. 2, III sezione www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec3 (aggiornato al 27.09.2019).

Ricalcando tale schema, il *discorso sullo stato dell'Unione* risulta particolarmente utile per riportare obiettivi dichiarati e risultati raggiunti dalle riforme attuate. Analizzandone i contenuti, a partire dal primo pronunciato dal presidente Barroso nel 2010 fino a quello del 2018, si può osservare da un lato la presenza preponderante di obiettivi presentati di anno in anno in maniera pressoché identica e dall'altro il progressivo abbandono di alcune proposte, come la condivisione del debito⁴¹, evidentemente mal accolte dal mutevole panorama politico. Quasi residuali appaiono, viceversa, gli obiettivi raggiunti e dei quali pertanto si propongono mere integrazioni o revisioni.

Pressoché inalterati nei *discorsi* pronunciati tra il 2010 e il 2013⁴² dal presidente Barroso appaiono proprio i *target* da raggiungere al fine di pervenire ad una stabilizzazione economico finanziaria dell'Ue, e dell'UEM in particolare, ovvero la costruzione di un bilancio della zona euro autonomo in grado di colmare i deficit di competitività tra gli Stati membri e l'emissione di *project bond*⁴³ in coordinamento con la Banca europea per gli investimenti, nonché, dal lato delle entrate, la costruzione di un sistema di tassazione centralizzato.

Sostanziali passi avanti si rilevano viceversa sul lato della stabilizzazione del sistema bancario, dove al termine del suo mandato il presidente Barroso ha ultimato la realizzazione del “Meccanismo di vigilanza unico europeo⁴⁴” primo *step* verso la costruzione dell'Unione bancaria. Del resto, anche l'archetipo della *Relazione* analizzata al presente paragrafo – cioè la *Relazione dei quattro Presidenti*, del dicembre del 2012⁴⁵ – si concentrava quasi unicamente sul settore bancario ed in particolare sulla creazione del Meccanismo di Vigilanza Unico e della funzione di ricapitalizzazione del MES.

Dal canto suo, la Commissione Juncker ha portato a compimento il “sistema comune di garanzia dei depositi bancari⁴⁶” e il “meccanismo di risoluzione

⁴¹ Ovvero giungere all'emissione di titoli di Stato congiunta nell'area Euro, per supportare gli Stati membri con difficoltà ad approvvigionarsi sul mercato dei capitali G. Soros, *Eurobonds or euro-exit: the choice is Germany's*, in *The Guardian*, 2013; R. Samuelson, *Why the Economic Situation In Italy Matters*, in *Real markets*, 2016/1; Delpla e Weizsäcker, *The Blue Bond proposal*, in Bruegel policy brief Issue, 2010; P. De Grauwe e W. Moesen, *Gains for All: A proposal for a common Eurobond*, in *CEP commentary*, 2009.

⁴² Cfr. per il testo completo del 2010 europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-411_it.htm, 2011 europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-607_it.htm, 2012 europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_it.htm e 2013 europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_it.htm (aggiornati al 18.08.2019).

⁴³ Titoli emessi, nei prospetti della Commissione, dalla BCE e a garanzia condivisa tra gli Stati membri. Questi avrebbero dovuto finanziare investimenti specifici, ad esempio in infrastrutture ad alto impatto tecnologico. Così pensati non hanno trovato evoluzione se non in un programma di investimenti della Bei www.eib.org/en/products/guarantees/index.htm (aggiornato al 20.11.2019) senza garanzie condivise tra gli Stati membri.

⁴⁴ Definitivamente entrato in vigore nel 2014, il Meccanismo unico di sorveglianza, sotto l'egida della BCE, supervisiona la solvibilità e il rispetto delle norme prudenziali dell'Ue su un totale di 114 banche europee www.bankingsupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.it.html (aggiornato al 08.09.2018).

⁴⁵ Cfr. www.consilium.europa.eu/media/23818/134069.pdf (aggiornato al 25.09.2018).

⁴⁶ Istituiti dalla direttiva n. 49 del 2014, i sistemi di garanzia dei depositi bancari obbligano tutti gli istituti di credito a versare contributi in fondi vincolati che garantiscono i privati depositanti presso di essi (per depositi entro 100.000 euro). In caso di dissesto i depositanti dovranno essere

unico⁴⁷”, affiancandovi la direttiva 2014/59/UE (*Bank resolution and recovery directive*). Ha inoltre già previsto una rimodulazione del finanziamento dell'*ESM Bank Recapitalisation Instrument* sopra citato⁴⁸ e di limitare l'esposizione delle banche ai debiti sovrani nazionali ponendo un massimale ai titoli di un singolo Stato che le banche possono detenere nel loro portafoglio. Conseguentemente l'Unione bancaria va ascritta tra gli obiettivi con il più alto livello di implementazione nel processo di riforma successivo al 2008.

Tuttavia, la proposta per la quale si è caratterizzata, e deve pertanto essere principalmente valutata⁴⁹ l'azione della Commissione Juncker è il “Piano di investimenti per l'Europa” di 315 miliardi di euro, veicolati tramite un nuovo “Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS)”, coordinato dalla BEI⁵⁰. Il cd. *piano Juncker*⁵¹ avrebbe dovuto, nelle intenzioni della Commissione, investire, e attirare investitori privati, in settori chiave dell'economia europea⁵² dando impulso alla ripresa economica complessiva. Dal lato istituzionale tale impulso doveva essere completato dall'Unione fiscale, il cui primo passaggio avrebbe dovuto essere la modifica delle regole di maggioranza interne al consiglio in modo tale da rendere la maggioranza qualificata il metodo comune di decisione⁵³ anche nelle scelte relative alle risorse proprie ed alla tassazione⁵⁴. Al momento risulta invece solamente la creazione di un “Comitato consultivo europeo per le finanze pubbliche⁵⁵”, con la funzione di coordinare e completare l'attività dei *National Fiscal Councils*⁵⁶, cioè quelle autorità indipendenti istituite a livello nazionale (per l'Italia l'Ufficio Parlamentare di Bilancio), col compito di monitorare e consigliare i governi nella formulazione delle politiche finanziarie e di bilancio secondo il modello *comply or explain*⁵⁷.

rimborsati, dal sistema di garanzia, entro 7 giorni lavorativi. eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0049&from=EN (aggiornato al 10.08.2019).

⁴⁷ Sul punto www.consilium.europa.eu/it/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/ (aggiornato al 08.09.2018), mentre per un'analisi complessiva del portato giuridico del *Single Supervisory Mechanism* E. V. S. G. Babis, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2013, 255–285.

⁴⁸ Attribuito al MES al fine di impedire che una crisi di liquidità del settore bancario si determini, nuovamente, in crisi dei titoli di stato www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/137569.pdf (aggiornato al 25.09.2018).

⁴⁹ Secondo le informazioni di cui al § 4.

⁵⁰ Cfr. § 4.

⁵¹ Cfr. per il testo del *discorso* del 2015 in cui venne lanciato europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-5614_it.htm (aggiornato al 10.08.2019)

⁵² Ovvero innovazione tecnologica, rinnovamento energetico e riconversione industriale. Cfr. paragrafo 4.

⁵³ Mediante l'utilizzo delle “clausole passerella. Cfr. § 3.

⁵⁴ Cfr. per il testo del *discorso* del 2017 nel quale venne lanciata tale riforma in materia di tassazione, ancora non attuata, ec.europa.eu/commission/priorities/state-union-speeches_en (aggiornato al 6.05.2019).

⁵⁵ Cfr. ec.europa.eu/info/publications/2017-annual-report-european-fiscal-board_it (aggiornato al 08.09.2018).

⁵⁶ Per un quadro di insieme www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/mb201406_focus08.en.pdf?5f5cec4d7c1a859d583f5da57415e34a5 (aggiornato al 08.09.2018).

⁵⁷ Ovvero questi ultimi sono tenuti a conformarsi alle linee guida indicata dalle autorità indipendenti e ove non si conformino o non intendano conformarsi sono tenuti entro determinati

Sempre dal lato istituzionale, inoltre, si annunciava la volontà di pervenire ad un Ministro europeo dell'economia e delle finanze che fosse anche vicepresidente della Commissione, le cui ampie attribuzioni avrebbero dovuto essere finanziate dalla trasformazione del MES in Fondo Monetario Europeo⁵⁸ entro il 2019⁵⁹.

Eccetto l'Unione bancaria, nessuno dei suddetti obiettivi è stato raggiunto entro il termine del mandato della Commissione Juncker, non rispettando, peraltro, la scansione temporale indicata nella comunicazione della Commissione *Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione Economica e Monetaria dell'Europa: tabella di marcia*⁶⁰, del 6 dicembre 2017. Non solo: in relazione agli obiettivi e le riforme che la Commissione Juncker avrebbe dovuto mettere in campo, merita un focus il tema della modifica dei trattati. Proposto esplicitamente nel *discorso sullo stato dell'Unione* del 2017, come una necessità “inevitabile a lungo termine”, il tema viene completamente omesso nell'ultimo *discorso* pronunciato il 12 settembre 2018⁶¹. Eppure – tornando ai documenti programmatici della Commissione Barroso – dal *discorso sullo stato dell'Unione* del 2013⁶² fino al *Piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita*⁶³, emergeva chiaramente una prospettiva di riforma che prevedeva necessariamente, per lo svolgimento di passi ulteriori nell'approfondimento dell'Unione economica e monetaria, una modifica dei trattati istitutivi.

periodi di tempo a motivarne le ragioni. Il rispetto o meno di tali procedure viene a far parte delle valutazioni alla base delle raccomandazioni annuali della Commissione cfr. A. Vernata, *L'Ufficio parlamentare di bilancio: tra virtualità ausiliarie e soggettività eurounitaria*, in *Diritto pubblico*, 2017/2, 469-514.

⁵⁸ Per il testo www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/12/Proposta-di-REGOLAMENTO-DEL-CONSIGLIO-sullistituzione-del-Fondo-monetario-europeo.pdf (aggiornato al 19.09.18.)

⁵⁹ Al momento tuttavia si è raggiunto un accordo al livello dell'Eurogruppo solo al fine di permettere al MES di svolgere la funzione di *backstop* bancario cfr. www.consilium.europa.eu/media/39772/revise-sm-treaty-2.pdf (aggiornato al 6.10.2019). Del resto si ricorda brevemente come la trasformazione del MES in Fondo Monetario Europeo comporterebbe la necessità di far approvare dal Consiglio le decisioni discrezionali prese dal *Board of Directors* del MES, secondo la dottrina Meroni (C. 9/56, Meroni v. l'alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'acciaio 133 e causa 10/56, Meroni v. l'alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'acciaio 157) e ai sensi degli artt. 290 e 291. Cfr. M. Simoncini, *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell'UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in *Nomos*, 2016. Ma anche, non solo in relazione al MES, L. Galli, *Efficienza e legittimazione delle istituzioni pubbliche: il caso del SRB*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016/24; M. Channon, *The empowerment of agencies under the Meroni doctrine and article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling) and the proposed Single Resolution Mechanism*, in *European Law Review*, 2014, 380 ss..

⁶⁰ Che opera una riorganizzazione temporale delle proposte di riforma effettuate precedentemente cfr. eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0821&from=EN (aggiornato al 18.09.18).

⁶¹ Cfr. ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-speech_en_0.pdf (aggiornato al 12.09.2018).

⁶² Cfr., per il testo europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_en.htm (aggiornato al 25.09.2018).

⁶³ Cfr. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0777:FIN:EN:PDF (aggiornato al 25.09.2018).

Simile riflessione deve formularsi riguardo al tema della condivisione del debito. Già dalla *Relazione dei quattro Presidenti* del 2012 emerge, in svariati passaggi, come l'obiettivo fondamentale del processo di riforma attivato fosse di ampliare la capacità fiscale dell'Unione, non solo con risorse proprie, ma soprattutto mediante il ricorso al mercato dei capitali in maniera condivisa. Obiettivo che, pur risultando chiaramente anche dalle parole introduttive della *Relazione dei cinque Presidenti* (e propugnato sia dal Presidente Barroso che dalla Commissione Juncker⁶⁴), non riceve uno spazio adeguato nella parte programmatica di quest'ultima, che la pone come possibilità nel lungo periodo, e solo a fronte di un complessivo irrigidimento delle norme di armonizzazione e controllo delle politiche economiche⁶⁵.

Sembra dunque che le difficoltà che investono il perseguimento dell'Unione politica⁶⁶ siano inversamente proporzionali ai passi avanti compiuti nell'implementazione delle riforme che avrebbero dovuto svolgere una funzione "solidaristica" all'interno dell'UE(M). Tali difficoltà di certo non sono state alleviate dagli ostacoli incontrati dal Parlamento europeo e dai Parlamenti nazionali nel conquistare un ruolo chiave nel sistema di *governance* dell'Ue⁶⁷, di cui si tratta nel prossimo paragrafo.

⁶⁴ Secondo un approccio comune tra la classe politica dell'UE J. Zielonka, *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, Roma-Bari, 2015.

⁶⁵ Questo approccio, voluto dai paesi finanziariamente più forti sul mercato dei capitali, risponde alla necessità di impedire fenomeni di "moral hazard". Per una ricostruzione della sua base teorica S. Dullien e U. Guerot, *The long shadow of ordoliberalism: Germany's approach to the euro crisis*, in *ECFR Policy Briefs*, 2012; T. Asproumouros, D. Rees e G. White, *Public debt sustainability and alternative theories of interest*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2010, 433-447. Parte della dottrina rileva tuttavia il fatto che tale approccio, emblematicamente denominato *austerity now, solidarity tomorrow maybe*, prolunga e rafforza gli elementi di contrasto tra la *governance* economica europea e le "costituzioni economiche" di alcuni Stati membri A. Guazzarotti, *Quanto è pluralista la "costituzione economica europea"? si prega di riformulare la domanda*, in *Rivista AIC*, 2018/3; E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del Diritto*, 2013/4, 492 ss.; O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 406 ss. Critica che viene ripresa, sul piano dell'efficacia di tale approccio nel garantire una ripresa economica dell'Ue, anche dalla dottrina economica P. De Grauwe, *Design Failures in the Eurozone: Can they be fixed?*, in *LEQS Paper*, 2013/57; S. Cesaratto, *Chi non rispetta le regole? Morali e doppie morali nell'Europa dell'euro*, Reggio Emilia, 2018; S. Cesaratto, *Italy: A Question of Interest Rates and Trust*, in *Intereconomics*, 2018/53, archive.intereconomics.eu/year/2018/6/italy-a-question-of-interest-rates-and-trust/ (aggiornato al 20.08.2019).

⁶⁶ Cfr. § introduttivo.

⁶⁷ Con alcune rilevanti eccezioni, come nel caso del *Bundestag* (cfr. nota 16, 75 e 76). Sul tema del ruolo dei parlamenti nel sistema di *governance* dell'Ue G. Bucci, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in www.costituzionalismo.it, 2012/3; A. Guazzarotti, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2017/3; N. Lupo e G. Rivoecchi, *Il controllo parlamentare sulla finanza pubblica e la valutazione delle politiche euro-nazionali di bilancio*, in C. Bergonzini, S. Borelli e A. Guazzarotti (Eds), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016, 113 ss.; A. Cossiri, *L'esercizio della funzione di produzione normativa nella democrazia sovranazionale: "Europa di Stati" o Parlamento protagonista?*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2008.

3. Tassazione europea e bilancio separato per l'Eurozona. Posa delle chiavi di volta?

Nel presente paragrafo vengono analizzate due riforme che affrontano il nucleo delle difficoltà affrontate dall'Unione europea. Ci si riferisce, da un lato, all'assenza di un bilancio europeo, in grado di svolgere quel compito perequativo che permetterebbe l'allineamento competitivo tra gli Stati membri⁶⁸, e che sarebbe particolarmente rilevante per paesi facenti parte della stessa area valutaria; dall'altro lato, all'assenza delle risorse per finanziarlo (nonché per rendere efficaci gran parte delle riforme poste in atto dall'attuale Commissione).

Come già indicato all'inizio della presente trattazione, il *discorso sullo stato dell'Unione* è stato scelto dalla Commissione Juncker come occasione per definire e dare risonanza ai suoi progetti per il futuro dell'Europa. Infatti già nel 2017 il Presidente lussemburghese aveva proposto di modificare le regole di maggioranza interna al Consiglio, al fine di rendere la regola della maggioranza qualificata il metodo comune di decisione per le scelte sulle risorse proprie e sulla tassazione. Il passaggio alla maggioranza qualificata nell'approvazione di norme relative alla tassazione avrebbe infatti permesso, secondo il Presidente Juncker, di contrastare più efficacemente l'elusione e l'evasione fiscale velocizzando allo stesso tempo decisioni riguardanti la stabilità complessiva dell'UE(M), oltre che di incrementare le risorse a disposizione del bilancio europeo.

Al piano programmatico ha fatto seguito, nel gennaio del 2019, la Comunicazione: "*Towards a more efficient and democratic decision making in EU tax policy*"⁶⁹. La Comunicazione sottolinea gli effetti positivi che potrebbero derivare da una riforma del procedimento normativo in materia di tassazione volto a superare la regola dell'unanimità ed afferma che l'abbandono dell'unanimità non configurerebbe un *vulnus* alla sovranità finanziaria degli Stati membri, non modificando in alcun modo le attribuzioni dell'UE⁷⁰. Bastano questi pochi accenni per evidenziare la rilevanza del tema trattato, che resta una costante del dibattito concernente la riforma della *governance* economica europea⁷¹.

Il dato da sottolineare è che la tassazione è rimasta una delle ultime materie a dover essere normata, a livello europeo, mediante una procedura legislativa che prevede il voto del Consiglio dell'Unione europea all'unanimità (ai sensi degli artt. 113 e 115, in combinato disposto con l'art. 194 ultimo paragrafo del TFUE). Tuttavia, di particolare importanza per queste riflessioni è l'art. 192 del TFUE, che nell'elencare le materie da approvarsi mediante procedura legislativa speciale,

⁶⁸ Queste ultime corrispondono attualmente all'1,11% del RNL dei paesi dell'UE cfr. "il documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'Ue del 28 giugno 2017", COM(2017) 358 final.

⁶⁹ Cfr. ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/15_01_2019_communication_towards_a_more_efficient_democratic_decision_making_eu_tax_policy_en.pdf (aggiornato al 6.05.2019).

⁷⁰ Valutazioni condivise dal Comitato consultivo europeo per le finanze pubbliche cfr. AA.VV. *Assessment of EU fiscal rules. With a focus on the six and two-pack legislation, op. cit.*

⁷¹ Venne infatti sollevato anche dalla Commissione Prodi. Cfr. ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-taxation/taxation-qualified-majority-voting_en (ultimo aggiornamento al 16.05.2019).

stabilisce espressamente la possibilità di superare tale previsione mediante l'utilizzo delle cosiddette "clausole passerella": com'è noto, si tratta della procedura prevista dall'art. 48 del TFUE al 7 comma, che prevede di poter attribuire al Consiglio la facoltà di legiferare a maggioranza qualificata piuttosto che all'unanimità e con procedura legislativa ordinaria invece che speciale⁷².

La procedura ordinaria, peraltro, non solo modificherebbe le maggioranze interne al consiglio ma comporterebbe anche il coinvolgimento paritetico del Parlamento europeo. Quest'ultimo elemento in particolare viene ribadito più volte dalla Commissione, come garanzia di una produzione normativa futura basata su accordi svincolati dagli interessi degli Stati membri e rapportati, viceversa, con le esigenze dei cittadini dell'Unione.

Al quadro positivo appena presentato fanno da contrappeso alcune critiche, direttamente proporzionali alla rilevanza ed alla varietà dei punti toccati dalla Comunicazione che affronta direttamente il sistema di pesi e contrappesi lasciato in eredità dalla Commissione Juncker. Non è tuttavia possibile in questa sede analizzare complessivamente un tema come il deficit democratico in rapporto alla tassazione, sul quale si rinvia pertanto ai molteplici interventi che analizzano più che esaustivamente tale argomento⁷³. Ci si limiterà dunque solamente a ripercorrere la riforma proposta, esplorando i passaggi che coinvolgerebbero gli organi di controllo democratico qualora essa venisse implementata.

Da quest'ultima prospettiva, il superamento dell'unanimità nel Consiglio dell'Unione Europea per l'approvazione delle normative in materia di tassazione, necessita di: una decisione all'unanimità del Consiglio Europeo, una validazione da parte del Parlamento Europeo e può portare ad un possibile intervento di alcuni parlamenti nazionali. Infatti, in diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri vi sono previsioni che rendono imprescindibile l'interpello dei rispettivi parlamenti per ogni decisione rilevante in ambito economico-finanziario compiuta a livello europeo. Si pensi, ad esempio, alla Germania dove, ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 23 e 79 della *Grundgesetz*, risulta obbligatorio richiedere l'approvazione sia del *Bundestag* che del *Bundesrat*⁷⁴, con la medesima maggioranza qualificata

⁷² La suddetta attribuzione può riguardare sia uno specifico atto che un intero settore delle politiche dell'UE. R. Böttner, *The Treaty Amendment Procedures and the Relationship between Article 31(3) TEU and the General Bridging Clause of Article 48(7) TEU*, in *European Constitutional Law Review*, 2016/12, 499-519; R. Baratta, *Sulle fonti delegate ed esecutive dell'Unione europea*, in *il diritto dell'Unione Europea*, 2011/2, 293. Per un punto di vista più ampio sul tema C. V. Prado, *Anticipated or Tacit EU Treaty Revision via Simplified Procedures under the Control of National Parliaments: The Case of Spain (Constitutional Conditions for the Participation of the Spanish Parliament)*, in *Revista Universitaria Europea*, 2011/15, 75-84.

⁷³ Cfr. N. J. De Boer, *Judging European democracy*, in *National constitutional review of European law and its democratic legitimacy*, 2018; G. Bucci, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in www.costituzionalismo.it, 3/201; A. Guazzarotti, *Sovranità e integrazione europea*, *op. cit.*; N. Lupo e G. Rivosecchi, *Il controllo parlamentare sulla finanza pubblica e la valutazione delle politiche euro- nazionali di bilancio*, *op. cit.*, 113 ss..

⁷⁴ Cfr. L. F.M. Besselink, M. Claes, S. Imamović e J. H. Reestman, *National constitutional avenues for further eu integration*, in *Citizens' Rights And Constitutional Affairs studies*, 111-125, www.europarl.europa.eu/studies (aggiornato al 28.08.2019).

prevista per la modifica della Legge Fondamentale⁷⁵, per ogni emendamento dei trattati fondamentali o sostanziale modifica delle attribuzioni degli Stati membri. Tale previsione è ulteriormente rafforzata da una legge ordinaria, che elenca le decisioni per le quali il governo tedesco deve richiedere l'approvazione del *Bundestag* e del *Bundesrat*, indicando tra esse anche le clausole passerella⁷⁶, nonché dalla giurisprudenza del Tribunale Federale Tedesco, che ha ribadito l'obbligo (per i membri del governo) di informare e chiedere l'autorizzazione al proprio parlamento per qualsivoglia concessione di aiuto finanziario ad uno Stato membro. Il Tribunale Costituzionale portoghese, viceversa, si è posto a difesa del sistema complessivo di welfare state costruito sulla base della Costituzione lusitana.

Risulta necessario peraltro sottolineare, come elemento di ulteriore problematicità, che entrambe le corti summenzionate affermano (tra le righe delle rispettive pronunce) la necessità di una rivisitazione complessiva del sistema giuridico-costituzionale delineato dai trattati fondamentali, per compiere ogni passo ulteriore nell'approfondimento dell'Unione Economica e Monetaria⁷⁷.

Non nasce dunque sotto buoni auspici, dal lato del reperimento delle risorse, la trattazione del secondo tema qui affrontato: il rafforzamento del bilancio europeo. Invero la proposta di riforma analizzata è rivolta ad una sua ristrutturazione, ovvero alla suddivisione del bilancio europeo in un bilancio dell'Ue ed in uno specifico per la zona euro.

56

Il relativo progetto, approvato dall'Eurogruppo il 13 giugno del 2019, consiste al momento solamente in alcuni punti, denominati "Accordo preliminare sulla creazione di uno strumento di bilancio per la convergenza e la competitività⁷⁸". In essi si sancisce la creazione, all'interno del bilancio europeo, di un apposito bilancio per l'area euro, che sarebbe composto dagli stanziamenti devoluti all'Ue dai 19 membri dell'UEM. La sua funzione sarebbe quella di supportare riforme strutturali ed investimenti pubblici specificatamente dedicati ad aumentare la convergenza e la competitività all'interno dell'area euro, a fronte della sottoscrizione di linee guida e dell'attivazione di riforme strutturali. Attivato su richiesta dello Stato membro che dovrebbe partecipare con propri fondi al finanziamento ricevuto, lo strumento vedrebbe il coinvolgimento diretto della Commissione che dovrebbe valutare la proposta pervenuta e controllare l'attuazione delle riforme sopra menzionate all'interno del Semestre europeo. In ogni caso lo stanziamento ricevuto non potrà superare quanto versato dallo Stato membro.

Già ad una prima lettura di questi rilievi appare evidente come non si colga nel nuovo Bilancio dell'Eurozona alcun riflesso perequativo, ed ancora meno quella

⁷⁵ Ovvero dei 2/3 dei voti espressi per il *Bundestag* e dei 2/3 dei membri per il *Bundestag* cfr. F.M. Besselink, M. Claes, S. Imamovic e J. H. Reestman, *National constitutional avenues for further eu integration*, *op. cit.*, 112.

⁷⁶ Denominata *integrationsverantwortungsgesetz* ed entrata in vigore nel 2009.

⁷⁷ Cfr. nota 16.

⁷⁸ Cfr. www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2019/06/14/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness/ (aggiornato al 4.10.2019).

condivisione del rischio auspicata da parte del mondo politico ed economico⁷⁹. Esso peraltro non sembra neppure in grado di svolgere la funzione anticiclica auspicata, né tantomeno una funzione di stabilizzazione in grado di limitare gli shock asimmetrici⁸⁰ che hanno colpito e potranno colpire l'area euro⁸¹.

Non sorprende dunque, alla luce di quanto appena esposto, come non si sia assistito, a tutto il 2019, alla posa delle due chiavi di volta sperate, che appariva ed appare fondamentale al fine di completare il programma lasciato in eredità dalla Commissione Juncker. Tuttavia, il posizionamento delle chiavi summenzionate tocca evidentemente punti della volta già in equilibrio instabile, che portano il legislatore europeo a tentare strade alternative. Strade che, tuttavia, non sembrano portare alla risoluzione dei *bias* di fondo attualmente imputati alla *governance* economica europea (*in primis* la scarsità di risorse), generando conseguenze in relazione all'efficacia del piano di riforme qui analizzato che verranno approfondite al paragrafo conclusivo.

4. I risultati del Piano europeo degli investimenti del 2014 e il ruolo della BEI.

La Commissione Juncker ha scelto dunque come principale strumento per affrontare e risolvere alcuni *bias* del sistema economico dell'Ue un fondo per il sostegno agli investimenti nell'Unione europea, affidandolo all'istituzione che si occupa di gestire investimenti a livello europeo dal principio del percorso dell'Ue: la Banca Europea per gli Investimenti (BEI), che con un comunicato stampa congiunto con la Commissione europea ha lanciato, nel novembre del 2014, il *Piano di investimenti per l'Europa*, seguito 50 giorni dopo da una proposta di regolamento⁸². In questo paragrafo se ne analizzerà il funzionamento e l'efficacia, al fine di comprenderne l'apporto al quadro complessivo delle riforme dell'UE(M).

Secondo i suddetti documenti, il *piano Juncker* si prefigge il compito di facilitare la ripresa economica dell'UE favorendo il fluire di investimenti verso progetti a lungo termine e ad alto livello di rischio, ovverosia in progetti ad alto impatto che non sarebbero in grado, autonomamente, di reperire fondi sul mercato dei capitali⁸³.

Il FEIS si proponeva di attivare 315 miliardi di investimenti partendo da un capitale iniziale di 21 miliardi di euro, sottoscritto per 16 miliardi da risorse dirette del budget UE. La Commissione prospettava quindi il coinvolgimento di

⁷⁹ La già menzionata (cfr. nota 9) posizione "mediterranea" *ex plurimis* K. TUORI, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, in *EIU Working Papers*, 2012/28 e F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea*, *op. cit.*

⁸⁰ Come rilevato dalla critica economica cfr. nota 12.

⁸¹ Sugli *spill over* negativi derivanti dall'essere nell'area valutaria con paesi con un livello superiore di competitività *ex plurimis* O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, *op. cit.*, 406 ss..

⁸² Cfr. per un sunto del percorso di attivazione del Piano europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5420_it.htm (aggiornato al 09.09.2018).

⁸³ Cfr. per una mappa del funzionamento del Piano www.eib.org/attachments/thematic/investment_plan_for_europe_it.pdf (aggiornato al 09.09.2018).

investitori privati, provenienti dai settori del mercato più stabili, e di convogliarli verso settori più colpiti dalla crisi⁸⁴. Tali investimenti⁸⁵ vengono garantiti direttamente dal bilancio dell'UE che funge pertanto da "assicurazione". Ad ogni investimento, la BEI partecipa per una quota corrispondente al triplo dell'investimento proveniente dal budget dell'UE; gli investitori privati partecipano invece con un investimento almeno 5 volte superiore all'investimento della BEI e dell'Ue generando, teoricamente, un effetto moltiplicatore finale nella misura di 15 a 1.

Il FEIS, partito a luglio 2015, è stato presentato come un successo dalla Commissione Juncker, che ha reso noto come gli investimenti abbiano superato l'obiettivo prefissato a fine 2017, riuscendo a veicolare la somma prefissata di 315 miliardi di euro⁸⁶. Conseguentemente la Commissione ha proposto di prolungarne ed ampliarne l'azione fino al 2020, con l'obiettivo di attivare complessivamente 500 miliardi di euro, partendo da una garanzia aggiuntiva di 26 miliardi di euro provenienti dal bilancio europeo e 7,5 accordati dalla BEI⁸⁷.

Risulta necessario tuttavia, al fine di effettuare un'adeguata analisi dei risultati raggiunti dal *piano Juncker*, rapportare questi ultimi con gli obiettivi che il piano doveva perseguire, secondo le parole e le intenzioni del suo creatore.

In tal senso ricordiamo come il Fondo europeo degli investimenti Strategici rivesta il ruolo di attore principale tra le riforme effettivamente attuate per imprimere un'accelerazione alla ripresa economica dell'UE. Non solo: almeno in parte, le ragioni dell'attuale lentezza – quasi stagnazione – nella ripresa del sistema economico europeo⁸⁸ vengono ricondotte al *deficit* di competitività che comprime la capacità produttiva di alcune zone dell'Ue e in ogni caso impedisce ad esse di agganciare investimenti sul mercato dei capitali. Pertanto al FEIS è stato attribuito anche il ruolo di avanguardia di una serie di riforme destinate ad avvicinare il modello della *governance* economica europea a quello di uno Stato, con un bilancio in grado di operare trasferimenti verso quella parte della propria "comunità" in maggiore difficoltà economico-sociale⁸⁹. Per raggiungere, almeno in

⁸⁴ Cfr. la proposta di regolamento eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2015:0010:FIN (aggiornato al 26.09.2018).

⁸⁵ Cfr. sul punto i progetti finora selezionati www.eib.org/en/efsi/efsi-projects/index.htm?c=LV&se (aggiornato al 26.09.2018).

⁸⁶ Cfr. il report sull'implementazione del FEIS del 2017 www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0200&language=EN (aggiornato al 26.09.2018).

⁸⁷ Cfr. europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3207_en.htm (aggiornato al 09.09.2018).

⁸⁸ Si noti, ad esempio, lo stato di recessione tecnica in cui si trova attualmente la Germania www.bundesbank.de/en/tasks/topics/monthly-report-industry-and-exports-responsible-for-economic-slowdown-803942 (aggiornato al 1.10.2019).

⁸⁹ Sul punto per una visione complessiva della necessità di tale approccio P. De Grauwe, *Economia dell'unione monetaria*, Bologna, 2016; G. L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in Rivista di diritto internazionale, 2012, 681 ss; R. Torres, *Incomplete crisis responses: socioeconomic costs and policy implications*, in *International Labour Review*, 2010, 227; L. Besselink, *The Fiscal Compact and the European Constitutions: Europe Speaking German*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, 1 ss.; B. De Witte, *Treaty Games – Law as Instrument and as Constraint in the Euro Crisis Policy*, in F. Allen, E. Carletti e Saverio Simonelli (Eds), *Governance for the Eurozone. Integration or Disintegration?*, in *Policy report CEPR*, 2012, 141 ss..

minima parte, gli obiettivi sopra indicati, il *piano Juncker* avrebbe dovuto come minimo intercettare progetti privi della capacità di attrarre investimenti sul mercato dei capitali, ed ottenere attraverso di essi risultati più ampi di quelli che le risorse destinatevi avrebbero raggiunto se effettivamente impiegate negli originari obiettivi di spesa⁹⁰. Inoltre, per avere l'impatto desiderato, tali progetti avrebbero dovuto essere individuati non solo tra quelli provenienti da paesi in deficit di competitività, ma anche da zone in forte depressione inserite in Stati membri complessivamente in ripresa⁹¹.

Si coglie già come il raffronto tra i risultati e gli obiettivi appena riassunti non fosse destinato ad essere particolarmente positivo. Del resto, da più parti il *piano Juncker* è stato contestato proprio per la limitatezza delle risorse⁹², ed il suo stesso funzionamento è stato valutato non performante alla luce delle aree di provenienza economico-geografica dei progetti individuati dal Comitato per gli investimenti⁹³. Si noti infatti come gli stessi si siano concentrati in maniera sostanzialmente equivalente sugli Stati membri (ad esempio interessando in maniera equipollente Italia e Germania⁹⁴). Guardando inoltre all'interno delle aree di afferenza dei progetti, si può osservare come il *piano Juncker* abbia intercettato proposte provenienti da realtà già consolidate, non operando neppure all'interno di tali aree quell'attività di stimolo alla convergenza dei settori industriali e sociali europei⁹⁵

⁹⁰ Ovverosia Horizon 2020 e i fondi per gli ammodernamenti infrastrutturali. La stessa provenienza delle risorse è stata da subito, per i critici del *piano Juncker*, uno dei principali elementi ai quali imputare il non totale raggiungimento degli obiettivi posti alla base del piano. Togliendo infatti risorse a punti nevralgici per la crescita dell'Ue risulta necessario calcolare non solo i risultati raggiunti dai progetti finanziati ma quanto essi siano addizionali rispetto all'utilizzo originario dei fondi G. Claeys e A. Leandro, *Assessing the Juncker Plan after one year*, in *Bruegel working papers*, 2016, bruegel.org/2016/05/assessing-the-juncker-plan-after-one-year/ (aggiornato al 10.08.2019). In particolare in relazione ad una ripresa economica complessiva cfr. A. Majocchi, *The juncker plan: a turning point, but not enough*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 2015/3.

⁹¹ Cfr. per una disanima del ruolo che le Politiche di Coesione e dei Fondi Europei hanno avuto nel mezzogiorno *ex plurimis* A. Citarella e A. Filocamo, *Processo di integrazione europea: economia di mercato, vincoli di bilancio e obiettivi mancati della politica di coesione*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2017/2.

⁹² Cfr. l'analisi effettuata da S&P M. Wilkins, A. Ekblom, A. Salmon, J. Six, T. Lysenko e S. Tahiri, *Europe's Investment Plan Surges To €500 Billion, But Is It Working?*, 2017. Ma anche A. Majocchi, *The juncker plan: a turning point, but not enough*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 2015/3, *Financial Times*, www.ft.com/content/90712920-138b-11e7-b0c1-37e417ee6c76#comments-anchor (aggiornato al 21.08.2019).

⁹³ Cfr. ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan-europe-juncker-plan/investment-plan-case-studies_it (aggiornato al 09.09.2018) per un elenco dei progetti finanziati nel quale spicca in negativo il mezzogiorno italiano AA. VV., *Rapporto 2015 sull'Economia del Mezzogiorno*, Bologna, 2016; J. Bachtler, C. Mendez e L. Polverari, *Ideas and Options for Cohesion Policy Post-2020*, in *IQ-Net Thematic Paper*, 2016/38; G. Soriero, *Le politiche di coesione in europa tra austerità e nuove sfide*, in Manin Carabba, Riccardo Padovani e Laura Polverari (Eds), *Rapporto 2018 sull'Economia del Mezzogiorno-SVIMEZ*, Bologna, 2019, 131-134.

⁹⁴ *Ut supra*.

⁹⁵ Attività del resto molto difficile da perseguire impostando la propria azione su criteri privatistico-concorrenziali G. Majone, *Dilemmas of European Integration*, in *Oxford University Press*, 2005; G. Majone, *The regulatory state and its legitimacy problems*, in *West European Politics Journal*, 1999/22, 1-24; W. Shuangge, *Less is More - A Critical View of Further EU Action towards a Harmonized Corporate Governance Framework in the Wake of the Crisis*, in *Washington University*

attribuitagli dalle parole del presidente Juncker⁹⁶. In conclusione, risulta che 3 progetti finanziati su 4 sarebbero stati in grado in modo autonomo di intercettare investimenti sul mercato dei capitali⁹⁷.

Il FEIS, il cui finanziamento è stato confermato anche per il periodo 2021-2027⁹⁸, affronta il nucleo del tema di queste riflessioni. Esso mostra infatti il livello di efficacia, in ambito economico, raggiunta dagli strumenti posti in campo dalle istituzioni dell'Ue, manifestando la limitatezza delle risorse con le quali la Commissione ha dovuto affrontare le problematiche ad essa presentatesi. Su tali basi, è possibile non solo rispondere, almeno in parte, alla domanda posta all'inizio (ovvero quanto il processo di riforme dell'Ue sia efficace nell'affrontare i limiti dell'attuale sistema di *governance* economica), ma anche evidenziare tutti i limiti di una delle soluzioni proposte alle storture dell'attuale sistema di *governance*: esternalizzare a enti e strumenti indipendenti compiti tradizionalmente svolti dal bilancio pubblico.

5. Le valutazioni della Corte dei Conti europea.

Nei precedenti paragrafi si sono analizzate molteplici proposte di riforma dell'UE(M) sottolineando come il *fil-rouge* che le unisce sia la scelta di contrastare le "esternalità negative" generate dall'attuale struttura della *governance* economica approfondendone il livello di integrazione⁹⁹. Si è anche già esposto come tale approccio sia stato contestato sul piano costituzionale sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, nonché, sul piano economico, da coloro che ritengono rigidamente neoliberaista la direzione impressa alla *governance* economica europea *post 2008*¹⁰⁰.

A tali rilievi si aggiunge, infine, quello dell'organo contabile dell'Unione: la Corte dei conti europea, che contesta la legittimità dell'agire della Commissione alla luce dell'inefficacia della sua azione nel raggiungere gli obiettivi posti dal Patto di stabilità e crescita¹⁰¹ e dalle riforme *post* crisi della *governance* economica europea.

Global Studies Law Review, 2013/12, 41-94; C. Petraglia e C. Pierucci, *Fu vera convergenza? Le politiche di coesione e le periferie dell'Unione*, in *Giornale Di Scienze Regionali*, 2016/1. Di opinione alternativa invece M. Nava, *L'Allargamento dell'Unione Europea: questioni finanziarie, di competitività e di crescita*, in *l'industria Rivista di economia e politica industriale*, 2004/2, 219-240; W. Kok, *Facing the Challenge: The Lisbon Strategy for Growth and Employment*, in *Report from the High Level Group*, 2004.

⁹⁶ Cfr. § 2.

⁹⁷ G. Claeys e A. Leandro, *Assessing the Juncker Plan one year after*, *op. cit.*

⁹⁸ Cfr. il § 6.

⁹⁹ Cfr. la premessa alla presente ricerca.

¹⁰⁰ Prospettive che le esigenze della ricerca non ci permettono di analizzare in questa sede. Si indicano tuttavia, senza alcuna pretesa di esaustività A. Somma, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismo*, *op. cit.*; A. Bagnai, *Crisi finanziaria e governo dell'economia*, *op. cit.*; M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017/3, 623; E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, *op. cit.*

¹⁰¹ L'*audit* qui esaminato non ha conseguenze sanzionatorie dirette sull'operato della Commissione. Per un'analisi sulle lacune dei trattati fondamentali in relazione all'*enforcement*

L'*audit* è stato formulato in base all'art. 287, par. 4, secondo comma del TFUE, che elenca appunto i compiti e le attribuzioni della Corte dei conti europea¹⁰². Il principale quesito che la Corte si poneva nell'*audit* era se la Commissione avesse coordinato efficacemente le politiche di bilancio degli Stati membri al fine di conseguire gli obiettivi posti dal braccio preventivo del PSC in quanto pilastro principale della *governance* economica europea. Per rispondere al quesito la Corte dei Conti ha analizzato i dati relativi al funzionamento del Patto di stabilità e crescita¹⁰³, in relazione al periodo 2017/2018, riguardanti Austria, Ungheria, Belgio, Finlandia, Italia e Paesi Bassi.

La sua analisi ha quindi interessato gli obiettivi posti agli Stati membri per fare in modo che progredissero verso gli Obiettivi di Medio Termine¹⁰⁴, sanciti nel PSC. La Corte ha proceduto poi a verificare gli elementi sui quali si basano le raccomandazioni annuali della Commissione per ogni paese nonché il loro grado di attuazione.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte in seguito a tale analisi sono ambivalenti. Da un lato, essa afferma che il PSC pone obiettivi adeguati al conseguimento degli OMT nei tempi previsti; dall'altro sostiene però che, a fronte di un quadro normativo corretto, la Commissione si sia eccessivamente avvalsa del potere discrezionale che è possibile trarre dall'ambiguità di alcune norme¹⁰⁵. In conseguenza di ciò i requisiti di aggiustamento di bilancio, corretti per il ciclo e combinati con il margine di deviazione ed il margine di discrezionalità, "non consentono di raggiungere il tasso di riferimento fissato per l'aggiustamento". La Corte rileva inoltre che anche un paese con un discostamento significativo dagli OMT non incorre automaticamente in una valutazione di non conformità, ingenerando una problematica valutazione di stampo "discrezional-politica" in capo alla Commissione.

Inoltre, sempre a parere della Corte dei conti UE, il Patto di stabilità e crescita viene ulteriormente indebolito dal mancato coordinamento tra il braccio preventivo e correttivo, in quanto gli stati che violando il primo dovrebbero essere sottoposti alla Procedura per Disavanzi Eccessivi, si vedono posticipare l'applicazione della stessa, senza essere però comunque sottoposti alle verifiche del braccio preventivo¹⁰⁶.

Il quadro delineato richiama in ogni suo punto una valutazione di fondo: ogni deviazione dagli obiettivi stabiliti dal trattato di Maastricht, prima, e rafforzati dal PSC, poi, è un elemento di destabilizzazione; la Commissione pertanto dovrebbe

della *rule of law* cfr. E. Armouti, M. De Somer, F. Gremmelpez e P. Van Elsuwege, *Exploring the Boundaries of Conditionality in the EU*, in *Egmont European Policy Brief*, 2018/51.

¹⁰² Cfr. www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=46430 (aggiornato al 19.09.18).

¹⁰³ Ai sensi dell'art. 287 del TFUE la Corte dei Conti redige una relazione annuale e diversi *audit* connessi.

¹⁰⁴ Sul ruolo e sul funzionamento degli OMT per tutti G. Gerbasi, *Convergenze e divergenze tra dottrine economiche, 'diritto europeo della crisi' economico-finanziaria e prospettive future dell'unione alla prova dei 'fatti'*, in *federalismi.it*, 2018/11.

¹⁰⁵ Nella parte in cui non prevedevano un tetto massimo ai margini di discrezionalità o alle deviazioni permesse.

¹⁰⁶ Cfr. § 134 dell'*Audit*.

interpretare restrittivamente le clausole dei trattati che prevedono tale possibilità. Qualora questo non avvenga, i Paesi con un rapporto debito/PIL elevato non riusciranno a convergere verso i valori di riferimento previsti dai trattati e rimarranno perennemente esposti al presentarsi di nuove crisi economiche.

Tale differenza di approccio rispetto alla posizione della Commissione è in parte attribuibile al ruolo della Corte dei Conti, ovvero di guardiano della corrispondenza tra l'operato delle istituzioni europee, da un lato con i principi e dall'altro con i limiti contabili stabiliti dai Trattati¹⁰⁷.

Proprio per tale ragione, tuttavia, l'analisi svolta dalla Corte aggiunge un punto di vista interpretativo, a nostro parere, fondamentale, che testimonia il livello di deterioramento della normativa stabilita nel 1992 dal trattato di Maastricht e fondata sulla separazione tra politica economica e politica monetaria, come del resto già rilevato da alcune delle Corti costituzionali degli Stati membri¹⁰⁸. Appare evidente infatti, mettendo a sistema i rilievi delle Corti costituzionali summenzionati e della Corte dei conti europea, come, allo stato attuale, le istituzioni europee non abbiano né il potere di garantire l'*enforcement* dei vincoli stabiliti dai trattati, né le disponibilità economico-finanziarie per sostenere gli Stati membri in difficoltà¹⁰⁹. Stati membri che, a loro volta, non possono operare direttamente, essendo privi di un elemento fondamentale in tal senso, ovvero la gestione della moneta.

62

Inoltre, dai *bias* delle riforme della *governance* economica europea discende un elevato grado di incertezza normativa sulle politiche economiche e monetarie che le istituzioni dell'UE(M) ed i singoli Stati membri devono adottare, il che genera a sua volta un indebito margine di discrezionalità in capo a Commissione e Consiglio. Secondo la Corte dei conti, misurando i risultati raggiunti con gli obiettivi sanciti negli atti normativi analizzati, l'esercizio di tale discrezionalità da parte della Commissione, ha portato in prima istanza al mancato raggiungimento degli OMT e conseguentemente alla sostanziale inefficacia del processo di stabilizzazione economico-finanziaria.

Di nuovo, è necessario sottolineare come quest'ultima analisi, messa a sistema con le già ricordate censure effettuate dalle Corti costituzionali di alcuni stati membri, restituisca un quadro negativo dell'attuale gestione economico-monetaria dell'UE(M), ed accresca la speranza riposta nelle riforme che verranno confermate dal QFP 2021-2027. Di pari passo appare sempre più gravoso il compito ad esse affidato, ovvero conciliare il rispetto dei vincoli stabiliti dai Trattati fondamentali e dalle Costituzioni nazionali con il conseguimento degli obiettivi di stabilizzazione economico-finanziaria.

¹⁰⁷ Sulla differenza tra le valutazioni operate dalla Corte dei Conti europea e dalla Corte di Giustizia si permetta il rimando alla nota 35.

¹⁰⁸ Cfr. l'introduzione alla presente ricerca.

¹⁰⁹ In ossequio rispettivamente alle visioni economico-sociali cosiddette "nordica" e "mediterranea". Cfr. nota 9.

6. Dai progetti di riforma agli strumenti per attuarli: la proposta di Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027.

Il 2 maggio 2018 la Commissione europea ha presentato la sua proposta per il *Quadro Finanziario Pluriennale* a copertura del periodo 2021-2027¹¹⁰, che si inserisce in un momento economico-giuridico particolarmente complesso. Alla Comunicazione ha fatto immediatamente seguito la pubblicazione della proposta di Regolamento (atto che, *ex art.* 312 del TFUE, attiva la procedura legislativa speciale, che termina con l'approvazione del bilancio programmatico dell'UE con votazione del Consiglio all'unanimità, previa approvazione del PE a maggioranza assoluta)¹¹¹.

Le proposte di riforma sinora analizzate sono di lungo termine e di breve-medio termine. Le prime si collocano in un futuro più o meno (in)definito, e puntano alla costruzione di un sistema sostanzialmente parafederale che affronti e risolva le problematiche economico-sociali emergenti dalla *governance* attuale dell'UEM. Le proposte di riforma di breve-medio termine si presentano come serventi rispetto a quelle di lungo termine. Ed è proprio del breve-medio termine che si occupa il QFP, all'analisi del quale è dedicato il presente paragrafo: rivolge quindi lo sguardo almeno sui prossimi sette anni dell'UE(M), al fine di comprendere se e come i contenuti del QFP possano essere interpretati in una prospettiva di riforma di lungo termine della *governance* economica europea.

È opportuno partire da quanto ha raggiunto il più alto livello di implementazione, ovvero dall'Unione Bancaria¹¹². Il nodo centrale della riforma del sistema bancario consiste nella stabilità del sistema stesso, al fine di impedire un'eventuale nuova trasformazione di una crisi di liquidità del sistema bancario privato in crisi del debito sovrano degli Stati (cioè la situazione che si è verificata nel periodo 2007-2011). Lo scioglimento di tale nodo risiede nelle risorse destinate a quegli strumenti che fungono da *backstop* per le banche che rischiano di essere insolventi. In questo caso si tratta delle risorse destinate al *fondo di risoluzione unico* ed al *sistema comune di garanzia dei depositi bancari*, che non sono state incrementate, nonché convogliate dal *Bank Recapitalization Instrument* del MES¹¹³. Anche il

¹¹⁰ Per il testo completo eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=celex%3A52018DC0321 (aggiornato al 29.08.2019). La Comunicazione in oggetto è predisposta secondo le indicazioni contenute nell'art. 312 del TFUE cfr. F. Pocar e M. C. Baruffi, *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, *op. cit.*, 1472-1474.

¹¹¹ Per il testo della Proposta di Regolamento COM(2018) 322 final www.astrid-online.it/static/upload/layi/laying-down-mff-may_2018_en.pdf (aggiornato al 1.09.2019)

¹¹² Cfr. § 2.

¹¹³ Anche se un primo accordo è stato raggiunto il 14 giugno 2019 cfr. www.consilium.europa.eu/media/39772/revised-esm-treaty-2.pdf (aggiornato al 6.10.2019). In relazione viceversa al *fondo di risoluzione unico* l'accordo tra la Commissione e gli Stati membri è stato raggiunto in relazione ad una dotazione di 55 miliardi di euro, corrispondente all'incirca all'1% dei depositi protetti di tutti gli enti creditizi. Nel caso ovviamente una delle banche cosiddette *too big to fail* dovesse risultare in stato di insolvenza il fondo non sarebbe sufficiente a coprire i depositi interessati. Inoltre gli enti creditizi che avrebbero dovuto versare le somme (in proporzione ai rispettivi depositi) per la costituzione di un unico *fondo* europeo sono largamente in ritardo con i pagamenti, fattore che ha costretto gli Stati membri ad intervenire garantendo il versamento di risorse che coprano la transizione ad un fondo unico a livello europeo. Anche

quadro presentato dall'Unione bancaria, dunque, pur nella sua complessiva positività, risulta indebolito dal lato dell'efficacia dei suoi strumenti; in ogni caso, la stabilizzazione di tale parte del quadro non influenzerebbe, se non marginalmente, le asimmetrie di competitività tra i paesi membri.

Analisi simile può essere effettuata in relazione al funzionamento del *piano Juncker*, alle cui criticità¹¹⁴ la Commissione ha scelto di rispondere, per il periodo 2021-2027, affiancando al Piano di investimenti per l'Europa il "Programma di sostegno alle riforme¹¹⁵". Quest'ultimo dovrebbe fornire agli Stati membri consulenze per la messa in atto di riforme che possono rendere le loro economie più solide¹¹⁶. Tuttavia, da un lato non viene incrementato il fondo del FEIS, prorogandone solo il funzionamento, e dall'altro vengono assegnati al Programma di Sostegno fondi per 25 miliardi di euro, che, senza la possibilità di attivare alcuna leva finanziaria, si prospettano difficilmente sufficienti per il compito affidato.

L'insufficienza dei fondi destinati a sostenere i progetti della Commissione, è dunque un elemento costante, che si ritrova anche nell'analisi della Funzione Europea di Stabilizzazione degli Investimenti, con un budget di 30 miliardi reperiti direttamente dal bilancio europeo¹¹⁷. Quest'ultima, dietro sollecitazione dello Stato membro, fornirà risorse finalizzate a sostenere investimenti pubblici qualora lo Stato non sia in grado di rifinanziare autonomamente il proprio debito¹¹⁸, e dovrebbe essere il primo passo nella costruzione di una funzione di stabilizzazione¹¹⁹ in grado di salvaguardare l'Eurozona dagli shock asimmetrici futuri. Se da un lato tale proposta risponde all'esigenza di un impianto maggiormente solidaristico alla *governance* economica europea, dall'altro è evidente come non vengano in essa superate né le critiche rivolte alla difficoltà intrinseca di agire con modalità privatistiche per sostenere politiche economiche pubbliche, né quelle tese a sottolineare la scarsità di risorse destinate a tale scopo¹²⁰. Infatti, come già evidenziato, il budget ad essa destinato consiste di 30 miliardi di euro per 5 anni, previsto come base per un ipotetico effetto leva convogliante investimenti privati e/o da stati terzi. Tuttavia la funzione di stabilizzazione dovrebbe intervenire proprio laddove non vi sia possibilità di investimenti "esterni".

Nel quinto paragrafo della Comunicazione, relativa al QFP 2021-2027, la Commissione si sofferma sulle misure da adottare per sostenere sia gli incrementi

queste risorse tardano nell'essere versate www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/12/08/statement-by-28-ministers-on-banking-union-and-bridge-financing-arrangements-to-srf/ (aggiornato al 11.11.2019).

¹¹⁴ Cfr. il § 2.

¹¹⁵ Cfr. p. 10-12 testo della Comunicazione qui analizzata.

¹¹⁶ Denominato *Convergence Facility*. Cfr. p. 10 della Comunicazione in oggetto.

¹¹⁷ Cfr. 5 e ss. del testo della Comunicazione. Invece per il testo della proposta di regolamento cfr. ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/budget-may2018-investment-stabilisation-function-regulation_en.pdf (aggiornato al 09.09.2018).

¹¹⁸ Cfr. pag. 11 della Comunicazione.

¹¹⁹ Cfr. sul punto sia il Report dei 5 presidenti che la *Road Map* al § 2.

¹²⁰ Entrambi tali punti di vista verranno ripresi nella conclusione del paragrafo.

di spesa derivanti dai nuovi impegni sia le conseguenze economiche della Brexit¹²¹, a fronte di una riorganizzazione delle categorie di spesa largamente insufficiente¹²². In particolare, la Comunicazione prevede di reperire risorse dal 20% delle entrate del Sistema per lo scambio delle quote di emissione dell'UE (ETS UE)¹²³, dall'implementazione di una base imponibile comune per l'imposta sulle società¹²⁴ e da un incentivo-contributo che gli Stati membri dovranno versare in base al quantitativo di imballaggi di plastica non riciclati.

Secondo quanto calcolato dalla Commissione, le nuove risorse proprie dovrebbero ammontare circa a 22 miliardi di euro annui. Il sistema di risorse proprie così ampliato, tuttavia, dovrebbe costituire anche la base su cui costruire quel Ministro Unico delle Finanze Europee in grado di affrontare velocemente le decisioni necessarie a contrastare gli effetti negativi delle future crisi (o, meglio, la base di un budget in grado di contrastarli). Ad esso dovrebbe collegarsi, inoltre, la creazione di un Fondo Monetario Europeo sostenuto dall'internalizzazione del MES. In attesa di quest'ultima evoluzione del Meccanismo Europeo di Stabilità, è stato da più parti rilevato come l'ampliamento del sistema di risorse proprie sia, nelle previsioni della commissione, a malapena sufficiente a sopperire all'uscita del Regno Unito dall'Ue¹²⁵. Inoltre, diminuendo i fondi destinati alla Politica Agricola Comune¹²⁶ si sono colpite direttamente quelle aree dell'Ue frenate da un circolo vizioso di disoccupazione e non pieno utilizzo dei fattori produttivi, sulle quali la PAC riversa gran parte dei propri fondi¹²⁷.

Ciò che in ogni caso non è possibile non rilevare è la differenza tra le aspettative e quanto verrà potenzialmente realizzato, ricordando che secondo il *Report dei 4 Presidenti* e il *Discorso sullo Stato dell'Unione* del presidente Barroso del 2013, quel futuro in cui pervenire alla condivisione dei rischi e delle garanzie sui titoli di Stato, al ricorso al mercato dei capitali per l'ampliamento del Budget

¹²¹ 95 miliardi in meno per il 2021-2027. Vedi In relazione alle conseguenze per il bilancio Europeo derivanti dall'attivazione della clausola di recesso contenuta nell'art. 50 del TFUE, da parte del Regno Unito Z. Darvas e G. B. Wolff, *Rethinking the european union's post-brexite budget priorities*, in *Bruegel Policy Brief*, 2018.

¹²² Che ha colpito in particolare la Politica Agricola Comune per la quale il budget verrà ridotto di circa 5 miliardi di euro in 7 anni F. De Filippis, *Il futuro della Politica Agricola Comune nel prossimo quadro finanziario pluriennale*, in *Centro Studi sul Federalismo research paper*, 2018.

¹²³ Cfr. per un approfondimento ec.europa.eu/clima/policies/ets_it (aggiornato al 6.09.2018) e per un'interessante analisi dell'efficacia dell'*Emission Trading System* K. S. Roggea, M. Schneider e V. H. Hoffmann, *The innovation impact of the EU Emission Trading System — Findings of company case studies in the German power sector*, in *Ecological Economics*, 2012/74, 179.

¹²⁴ Cfr. pag. 27 della Comunicazione.

¹²⁵ Sul come il MFF non abbia saputo essere innovativo in risposta a tale sfida F. J. Núñez e D. Gros, *The Multiannual Financial Framework, where continuity is the radical response*, in *CEPS Commentary*, 2018.

¹²⁶ Cfr. F. De Filippis, *Il futuro della Politica Agricola Comune nel prossimo quadro finanziario pluriennale*, in *Centro Studi sul Federalismo research paper*, 2018.

¹²⁷ Cfr. sul punto il quadro delineato da AA. VV., *Rapporto 2015 sull'Economia del Mezzogiorno*, op. cit.; G. Soriero, *Le politiche di coesione in europa tra austerità e nuove sfide*, op. cit., 131-134.

¹²⁷ *Ut supra*.

Europeo e ad una modifica dei trattati in tal senso, corrisponde temporalmente a quello cui è dedicato il *Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027*¹²⁸.

7. Conclusioni.

La proposta del QFP anticipa i possibili percorsi di riforma dell'UE(M) nel prossimo futuro, con il fine esplicito di approfondire il livello di integrazione della *governance* economica europea. Tali riforme, tuttavia, non sembrano tutte effettivamente vocate al fine di approfondire l'Unione economica e monetaria, e, in ogni caso, non paiono essere all'altezza del compito assegnato.

La Commissione Juncker ha affermato l'intento di completare l'Unione bancaria, ma non risulta ancora definita la funzione che il MES, al centro del progetto, avrà nel garantire la solvibilità delle banche europee¹²⁹.

Il MES, peraltro, costituisce anche la base delle riforme che dovrebbero portare ad un Ministro delle Finanze europee con ampi poteri di coordinamento, controllo ed intervento nell'ambito del Semestre europeo, nella gestione del progettato Fondo Monetario Europeo¹³⁰ e di un erigendo sistema fiscale europeo. Tali interventi, tuttavia, necessitano, per incidere sul quadro attuale, di riforme giuridiche tese non solo alla modifica del nome attribuito al Commissario per il Bilancio, quanto a determinare le attribuzioni connesse con il suo ruolo e le risorse di cui avrà la gestione e di conseguenza il rapporto tra gli organi di rappresentanza e la Commissione¹³¹. Elementi, soprattutto quest'ultimo, affatto toccati dalle proposte analizzate, e che pongono conseguentemente una duplice problematica, ovvero se da un lato non vi saranno tali modifiche nelle attribuzioni e nelle competenze affidate al futuro Ministro delle Finanze, allora il progetto di riforma avrà un'efficacia molto limitata; se dall'altro tali attribuzioni vi saranno, l'assenza di un piano di riforme del sistema democratico renderà le stesse incompatibili con l'attuale assetto dei Trattati istitutivi dell'UE¹³².

¹²⁸ Confronta sul tema il § 2.

¹²⁹ Al momento si è raggiunto solo un accordo preliminare al livello dell'Eurogruppo, accordo, peraltro, fortemente osteggiato da un ampio spettro politico in molti degli stati membri. Cfr. www.consilium.europa.eu/media/39772/revised-esm-treaty-2.pdf (aggiornato al 6.10.2019).

¹³⁰ Cfr. § 2.

¹³⁰ *Ut supra*.

¹³¹ Cfr. nota 38 sul tema, dove si riportano contributi che sottolineano come già ora il sistema della *governance* economica europea presenti svariati profili di *deficit* democratico.

¹³² Ovvero la Ue come entità giuridica volta alla garanzia della stabilità economica attraverso la stabilità dei prezzi, obiettivo al quale, l'indipendente BCE, dovrebbe sacrificare ogni altro. Si pensi sul punto in particolare alla posizione del *Bundesverfassungsgericht* che ha censurato in precedenza la compressione della capacità dei cittadini tedeschi di controllare le finanze del proprio Stato, in particolare MES e OMT. Cfr. nota 16 nonché *ex plurimis* O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, op. cit., p. 65 ss. e 406 ss.; A. Guazzarotti, *Quanto è pluralista la "costituzione economica europea"? si prega di riformulare la domanda*, op. cit.. Si sottolinea infatti come le suddette attribuzioni toccherebbero direttamente l'ambito delle politiche economiche attualmente in capo agli Stati membri e creerebbero le basi per la costruzione di quel rapporto mutualistico all'interno dell'Ue avversato dall'interpretazione cosiddetta "nordica" dei Trattati. Parte della critica sottolinea tuttavia come questa non sia affatto l'unica interpretazione possibile dei Trattati fondamentali, in particolare C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, op. cit., 292 ss..

Passando alla funzione di stabilizzazione descritta nel QFP¹³³, si ricorda come essa dovrebbe impedire il presentarsi di shock macroeconomici asimmetrici; tuttavia, il fondo che dovrebbe svolgere tale funzione appare largamente insufficiente¹³⁴. Similmente il Piano Europeo degli Investimenti Strategici non vedrà da un lato modificata l'ampiezza del proprio budget, e dall'altro lato, affrontate e risolte quelle criticità¹³⁵ che lo hanno reso inadatto in passato a svolgere il ruolo redistributivo per esso progettato.

Gli stessi rilievi si possono porre alla proposta di riforma del bilancio dell'Unione europea e alla conseguente creazione di un bilancio separato per l'eurozona, analizzata al terzo paragrafo¹³⁶. Essa non sembra affrontare alcuno dei problemi relativi alle riforme della *governance* economica europea, ed appare semplicemente come una emulazione dei Fondi strutturali e del MES, reiterandone gli elementi di inefficacia¹³⁷.

La costruzione di un modello di *governance* economica para-federale, invocato dalle parole dell'ex Presidente Juncker¹³⁸, appare oggi, dunque, posta di fronte ad ostacoli che una parte della dottrina ritiene superabili solamente con l'implementazione di profonde riforme giuridico-istituzionali, capaci di affrontare i nodi gordiani del *deficit* democratico dell'Unione europea¹³⁹. Nodi che è necessario sciogliere al fine di rendere possibile l'ampliamento del bilancio europeo¹⁴⁰, ampliamento - senza il quale qualsiasi riforma della *governance* rischia di rivelarsi inefficace - che dovrà probabilmente passare per l'emissione congiunta, pur parziale, dei titoli del debito pubblico europeo¹⁴¹.

La proposta di QFP, viceversa, ha sostanzialmente confermato le iniziative, in ambito economico-finanziario, poste in essere dalla Commissione nel passato per contrastare la crisi¹⁴², lasciando presagire che l'impostazione già seguita sia dagli strumenti delineati dalla Comunicazione della Commissione *Ulteriori tappe*

¹³³ Vedasi § 6 sul tema. Invece per il testo della proposta di regolamento cfr. ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/budget-may2018-investment-stabilisation-function-regulation_en.pdf (aggiornato al 09.09.2018).

¹³⁴ Vedasi § 6 sul tema.

¹³⁵ Cfr. la conclusione del § 4.

¹³⁶ Approvato dall'Eurogruppo il 13 giugno del 2019 cfr. www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2019/06/14/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness/ (aggiornato al 4.10.2019)

¹³⁷ In primis le risorse dedicate che dovranno in ogni caso non superare l'ammontare di quanto versato dallo Stato membro. *Supra*. Cfr. per un'analisi dei percorsi che un bilancio dell'area euro potrebbe seguire A. Somma, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, *op. cit.*

¹³⁸ Particolarmente nel *discorso* del 2015 di cui al § 2, ma anche da altre autorevoli voci J. Habermas, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, in *The European Journal of International Law*, 2- 2012, 336.

¹³⁹ *Ex plurimis* N. J. De Boer, *Judging European democracy*, *op. cit.*

¹⁴⁰ Si veda § 3 sul tema.

¹⁴¹ Cfr. sui cosiddetti "Eurobonds" nota 41 e Y. Varoufakis e S. Holland, *Eurobonds: not a question of "whether" but one of "who will issue them" and "who will back them"*, in www.yanisvaroufakis.eu/europes-denial-the-eurozones-crisis/, 2011 (aggiornato al 21.11.2018).

¹⁴² Vedasi per esempio il § precedente dove si espone come i finanziamenti per il *Piano di investimenti per l'Europa* verranno semplicemente confermati senza modificare le modalità di azione del Piano, ma anche l'introduzione al presente paragrafo.

verso il completamento dell'Unione Economica e Monetaria dell'Europa: tabella di marcia¹⁴³, che dagli ultimi trattati di diritto internazionale¹⁴⁴, non verrà probabilmente modificata nei prossimi sette anni (e che quindi non verrà affrontato né il tema dell'ampliamento del bilancio europeo, né quello del *deficit* democratico dell'Ue). Nel frattempo l'inefficacia in termini economici degli strumenti posti finora in campo dalla Commissione è stata rilevata, da punti di vista opposti sia da parte della dottrina¹⁴⁵ sia da parte della Corte dei Conti europea¹⁴⁶. Tali valutazioni partono da presupposti teorici diversi e auspicano sviluppi differenti (la prima meno, la seconda di più *austerity*), ma rilevano ai fini della presente ricerca per il loro punto di incontro: l'inefficacia degli strumenti attualmente posti in campo nello stabilizzare il sistema economico dell'UEM. Infatti l'esistenza stessa di tale inefficacia, indipendentemente dall'enucleazione delle ragioni che l'hanno generata e delle soluzioni per risolverla, potrebbe comportare conseguenze rilevanti in campo giuridico.

Non serve ricordare, infatti, come le normative di attuazione delle riforme *post* crisi siano state ritenute compatibili con i rispettivi ordinamenti, dalle Corti costituzionali di alcuni stati membri, solo a seguito di un'interpretazione costituzionalmente conforme delle stesse, e poiché, queste ultime, erano ritenute economicamente necessarie per garantire l'equilibrio finanziario dell'UEM¹⁴⁷,

¹⁴³ *Tabella di marcia* che opera a sua volta una riorganizzazione temporale delle proposte di riforma effettuate precedentemente e che evidenzia un evidente ritardo cfr § 2 sul tema.

¹⁴⁴ Si pensi al MES ed al Fiscal Compact. In particolare quest'ultimo richiede agli Stati firmatari (gli unici che possono adire al MES) la riduzione del proprio debito per 1/20 all'anno, riduzione che applicata in periodo di crisi economica limita drasticamente gli spazi di manovra per l'attivazione di misure anticicliche. Ai sensi della *Tabella di marcia* di cui sopra tali trattati avrebbero dovuto divenire parte dell'ordinamento giuridico dell'UEM entro il 2019.

¹⁴⁵ La cosiddetta posizione "mediterranea" (cfr. nota 9) che sottolinea l'inefficacia degli strumenti posti in atto dalla Commissione nel portare alla crescita complessiva dell'Ue ma soprattutto ad un processo di convergenza tra le economie degli Stati membri (nonché all'interno degli Stati stessi tra regioni a più alta e più bassa competitività cfr. nota 95). Tale inefficacia viene inoltre attribuita non alla mancata piena implementazione dei suddetti strumenti ma all'impostazione stessa delle riforme della Commissione che hanno impedito investimenti anticiclici aggravando in tal modo gli effetti dell'attuale crisi economica (approccio complessivamente denominato *austerity* cfr. nota 65).

¹⁴⁶ Con una valutazione che, concentrata sulla possibilità di raggiungimento degli OMT in base alle azioni poste in atto dalla Commissione, ha riguardato incidentalmente l'andamento di tutti gli indicatori utilizzati dalla Commissione per stabilire gli OMT stessi, terminando con un'analisi dei risultati della prassi impostata dalla Commissione nel favorire, o meno, la ripresa economica europea e con un'indicazione sulla discrezionalità, in capo alle valutazioni della Commissione, che tale prassi ha generato. Cfr. § 5. Tale valutazione, in una posizione diametralmente opposta a quella riportata alla nota precedente, sottolinea l'inefficacia dell'agire della Commissione nello stabilizzare il sistema economico, particolarmente riducendo il debito dell'eurozona, attribuendo tale fallimento alla non piena applicazione della condizionalità e dei limiti sanciti dalla normativa attuale. Fallimento causato, dunque, da un esercizio dei propri doveri e poteri da parte della Commissione, troppo "morbido" e discrezionale.

¹⁴⁷ In particolare si ricorda che il MES e l'*Outright monetary transaction*, così come poi il QE, sono stati approvati in un momento particolarmente delicato per l'euro. Ovvero in seguito alla necessità di aumentare sproporzionatamente il rendimento dei titoli di stato dei Paesi PIGS, in particolare di Italia e Grecia (stante la diminuzione della loro "affidabilità" agli occhi degli investitori), momento nel quale l'approvazione di tali riforme è sembrata necessaria ai fini della tenuta stessa della moneta unica. Tali riforme sono state avallate dalla Corte di Giustizia che non si è soffermata sulla loro efficacia in ambito economico ma solamente sulla loro compatibilità

propedeutico al rispetto del principio dell'“equità intergenerazionale”¹⁴⁸. Tuttavia gli attuali strumenti della *governance* economica europea non sono stati in grado di stabilizzare il sistema economico-finanziario dell'area euro¹⁴⁹ e la loro conferma anche per i prossimi sette anni non lascia intravedere un miglioramento nella *performance* della gestione economica dell'UEM.

Pertanto, l'attuale equilibrio, tra *governance* economica europea e ordinamenti nazionali, come delineato dalle suddette Corti, potrebbe non reggere a fronte del “semplice” mantenimento dello *status quo* nel breve-medio termine. Infatti, sembra sempre più concreta la possibilità di un futuro nel quale, nell'analizzare la legittimità costituzionale degli strumenti di *governance* di ultima generazione, le Corti nazionali non potranno più basarsi sui presupposti in passato considerati connessi alle suddette riforme. In particolare, a fronte del permanere delle “compressioni” ai principi sottesi alle tutele sociali ed al controllo democratico dei cittadini sulle scelte loro riguardanti, non si potrà più fare affidamento sull'effetto di stabilizzazione dell'eurozona e della moneta unica e conseguentemente sui principi direttamente connessi con la stabilizzazione del sistema economico-finanziario¹⁵⁰.

In tal caso, ovvero qualora si confermasse anche per i prossimi 7 anni l'inefficacia della *governance* economica dell'UEM nello stabilizzare l'area euro ed in particolare la moneta unica – si consideri che la Commissione von der Leyen, non ha dato, al momento, alcun segno di voler modificare la tabella di marcia delineata dalla precedente Commissione – le Corti Costituzionali degli Stati

formale con l'ordinamento giuridico europeo. Del resto sul punto si sottolinea un certo *sefl restraint* da parte della Corte cfr. ad esempio le sentenze Kohll e Decker, rispettivamente C-120/95 and C-158/96. Sul tema J. Bröhmer, *Economic constitutionalism in the EU and Germany—The German constitutional court, the European Court of Justice and the European Central Bank between law and politics*, in *Law and Development Review*, 2019/12, 761-795; R. A. Cichowski, *The European Court and Civil Society. Litigation, Mobilization and Governance*, in *Cambridge University Press*, 2007; L. Conant, *Justice Contained. Law and Politics in the European Union*, in *Cornell University Press*, 2004.

¹⁴⁸ Ovvero le riforme nazionali, nel caso dell'Italia anche di livello costituzionale, sono state valutate in ragione della loro strumentalità alla nuova normativa delineante la *governance* economica europea (dal MES al Fiscal Compact al QE). Normativa a sua volta valutata come necessaria per la tenuta della moneta unica. Cfr. nota 18 e C. Fasone, *Corti costituzionali e funzione «metabolica» delle Costituzioni. L'emersione dell'identità costituzionale nella giurisprudenza sulla nuova governance economica europea*, *op. cit.*, 839-858.

¹⁴⁹ Si noti in *primis* la mancata riduzione del debito ed anzi l'aumento dello stesso particolarmente per gli stati cosiddetti *PIGS* (non si usa più includere la I dell'Irlanda cfr. nota 2) ma soprattutto l'assenza di qualsiasi tipo di convergenza tra le economie dell'UEM a cui consegue l'aumento dell'esposizione agli *shock* macroeconomici asimmetrici. Cfr. sul punto i dati sulla situazione dei singoli Paesi membri e del loro percorso di convergenza verso gli OMT contenuti nel Report annuale dell'*European Fiscal Board* per il 2019 ec.europa.eu/info/sites/info/files/2019-efb-annual-report_en.pdf, 20 ss. (aggiornato al 18.11.2019); in particolare confrontati con i risultati ottenuti dai paesi esterni all'area euro come da *Rapporto sulla convergenza della BCE* www.ecb.europa.eu/pub/pdf/conrep/ecb.cr201805.it.pdf (aggiornato al 18.11.2019).

¹⁵⁰ In *primis* quello relativo all'equità intergenerazionale cfr. nota 16 e 18. Stabilizzazione che comporta la diminuzione della dipendenza dei Paesi membri dal mercato dei titoli di stato (a cui la BCE ha posto solamente un freno con il QE) nonché della distanza tra i livelli di competitività delle economie dell'area euro cfr. nota precedente.

membri andrebbero incontro ad una difficoltà crescente nel sostenere la legittimità delle limitazioni di sovranità¹⁵¹ dei rispettivi Stati¹⁵².

Damiano Censi
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Ferrara
cnsdmn@unife.it

¹⁵¹ “Compressioni”, variamente declinate, che le Corti suddette hanno ritenuto sussistenti, in particolare, in relazione alla normativa di attuazione di MES e Fiscal Compact. Cfr. in relazione al deficit democratico dell’Ue *Bundesverfassungsgericht* 2731/13 par. 80, oltre che le note 15 e 17. Ma anche la nota 132, che ricorda brevemente gli ostacoli giuridici che tuttora sussistono al portare a livello europeo la piena implementazione dei principi sopra richiamati.

¹⁵² Ovvero le Corti degli Stati membri potrebbero modificare la loro valutazione di legittimità se i dati provenienti dall’economia certificassero la non sostenibilità del sistema dell’area euro pur a fronte dei “sacrifici” fatti. Si è consapevoli peraltro della difficoltà di tale cambiamento di paradigma che potrebbe portare al blocco degli ultimi strumenti della *governance* economica europea. *Impasse*, la cui responsabilità prettamente economico-politica, difficilmente si assumerà uno degli organi giurisdizionali summenzionati L. Hoffman, *Don’t let the sun go down on me: The German Constitutional Court and its Lisbon judgement*, in *Journal of contemporary European research*, 2009/5, 480-488; M. Dawson e A. Bobić, *A Court of Justice Quantitative Easing at the Court of Justice—Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and Others*, in *Common Market Law Review*, 2019/4, 1005-1040; J. Bröhmer, *Economic constitutionalism in the EU and Germany—The German constitutional court, the European Court of Justice and the European Central Bank between law and politics*, in *Law and Development Review*, 2019/3, 761-795. Tuttavia si è voluto, nelle conclusioni della presente ricerca, sottolineare una linea di evoluzione nei presupposti del bilanciamento operato dalle suddette corti che ha concrete possibilità di manifestarsi a livello economico, ed in parte si è già manifestata, e che pertanto si pensa non potrà in ogni caso essere totalmente esclusa dai futuri ragionamenti delle corti sopraddette.

Persona vulnerabile, soggetto capace. Riflessioni sull'amministrazione di sostegno nel contesto italiano ed europeo.

di Christian Crocetta

Abstract: “Vulnerable person, capable subject. Reflections on supporting administration in the Italian and European context” – After a first, brief semantic reconstruction of the concept of “capacity”, starting also from a resumption of the concept of capability of A. Sen and M.C. Nussbaum, this reflection questions the permanence, in the Italian legal system, of spaces of total incapacitation of the vulnerable subject. The proposal to abolish the interdiction and incapacitation, in order to strengthen the institution of the supporting administration, goes in this direction, also traced by some European references.

Keywords: Capacity; Vulnerability; Interdiction; Incapacitation; Supporting Administration.

1. Capacity, competence, capability: tre nozioni distinte di ‘capacità’?

La parola ‘capacità’ racchiude in sé significati differenti a seconda del contesto in cui la si inserisce: entro i confini di uso comune, ad esempio, la si può definire come «attitudine o abilità a fare qualcosa»¹, ovvero anche come «idoneità, abilità, attitudine che una o più persone hanno di intendere o di fare qualche cosa, di svolgere una funzione, di riuscire nella realizzazione di un compito»².

In ambito formativo, il Quadro europeo delle qualifiche per l'apprendimento permanente (EQF)³ distingue i risultati dell'apprendimento individuando un livello di conoscenza (“sapere”), uno di abilità/capacità (“saper

¹ Cfr. Sabatini Coletti, *Dizionario della lingua italiana*, Milano, Rizzoli-Larousse, 2007.

² Dizionario Treccani, voce «Capacità», www.treccani.it, 2013. Cfr. S. Amato, *Capacità*, in F. D'Agostino, Agata C. Amato Mangiameli (eds), *Cento e una voce di teoria del diritto*, Torino, 2010, 24–26; A. Falzea, voce “Capacità: teoria generale”, in *Enc.dir.*, VI, Milano, 1960, 8 ss.; P. Stanzione, voce «Capacità. Diritto privato», in *Enc. Giur. Treccani*, V, Roma, 1998; P. Stanzione, *Capacità. Diritto privato*, in G. Autorino, P. Stanzione, *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997; P. Rescigno, voce «Capacità giuridica», in *Dig.disc.priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 209 ss.

³ *European Qualifications Framework for lifelong learning*, Racc. 2008/C 111/01/CE. In merito a queste tre dimensioni, si rinvia ai Rapporti ‘Faure’ (1972) e ‘Cresson’ (1995) in E. Faure (a cura di), *Rapporto sulle strategie dell'educazione*, Roma, Armando, 1972; E. Cresson, *Insegnare ad apprendere. Verso la società conoscitiva*, Lussemburgo, Commissione Europea, 1995, in <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0590:FIN:IT:PDF>.

In aggiunta a queste tre dimensioni, è opportuno richiamare la competenza dell’“Imparare a vivere con gli altri” indicata dal ‘Rapporto Delors’ (1997), in J. Delors (a cura di), *Nell'educazione un tesoro*, Roma, Armando, 1997.

fare”) e uno di competenza (“saper essere”). Il Quadro EQF definisce la competenza come «comprovata capacità di utilizzare conoscenze, abilità e capacità personali, sociali e/o metodologiche, in situazioni di lavoro o di studio e nello sviluppo professionale e personale» in termini di responsabilità e autonomia. Conseguentemente, non appare semplice distinguere la competenza, senza riprendere nella definizione la capacità, visto che la nozione di competenza rimanda a un insieme di conoscenze e abilità che divengono una certa capacità di riflettere, di prendere decisioni, di agire⁴.

Diversa ancora è la nozione di ‘capacità’ (*capability*⁵) elaborata da Amartya Sen e rivista e completata da Martha C. Nussbaum.

Sen mette a fuoco le *capacità umane* definendole come ciò che le persone sono effettivamente in grado di fare e di essere⁶, le sue possibilità e libertà reali, le sue capacità di trasformare i suoi diritti (quelli che Sen chiama *entitlements*) e le sue risorse (*commodities*) in funzionamenti (*valuable functionings*). Infatti, «il concetto di ‘funzionamento’ [...] riflette le varie cose che una persona può considerare degne di fare o di essere»⁷: il funzionamento, quindi, «è un conseguimento, mentre una capacità è l’abilità di conseguire. I funzionamenti sono, in un certo senso, più direttamente collegati alle condizioni di vita, dal momento che essi costituiscono diversi aspetti delle condizioni di vita. Le capacità invece sono nozioni di libertà, nel senso positivo del termine: quali opportunità reali si hanno per quanto riguarda la vita che si può condurre»⁸.

Nel tempo, Sen aggiunge a questa nozione di *capability* ulteriori sfumature, che non sempre risultano chiare ad una prima lettura⁹: inizialmente distingueva,

⁴ Nella lingua inglese, invece, il termine *capacity* indica l’abilità a eseguire un compito (“capacità mentale”, o “capacità naturalistica”), mentre il termine *competence* indica la capacità etica di un individuo. Nel contesto britannico, il termine *capacity* è associato anche alla nozione di “capacità legale”, ovvero capacità nella dimensione giuridica del soggetto di diritto, che invece viene attribuita alla *competence* dell’individuo nel contesto di matrice nordamericana. Per il contesto britannico, cfr. B.C. White, *Competence to consent*, Washington DC, 194; A.E. Buchanan, D.W. Bork, *Deciding for others. The ethics of decision making*, Cambridge, 1989; T. Beauchamps, J. Childress, *Principi di etica biomedica*, Firenze, 1999; B. Culver, C. Gert, *Philosophy in medicine. Conceptual and ethical issues in medicine and psychiatry*, New York, 1982; A. Latus, *Competence and capacity*, in *Psichiatria*, 12, 2002, 5 ss. Per il contesto nordamericano, cfr. W.H. Reid, *Competence to consent*, in *Journal of Psychiatric Practice*, 2001, 54 ss; G.A. van Norman, *Competence and informed consent: When is a patient not able to make medical decisions about medical therapy?*, in *ASA Professional Information*, 1999; M. Tunzi, *Can the patient decide? Evaluating patient capacity in practice*, in *American Family Physician*, 2001, 299 ss.; B. Brody, *Who has capacity?*, in *New England Journal of Medicine*, 2009, 180 ss.

⁵ La parola *capability* non è molto amata da Sen, che la giudica poco attraente, per il suo suono tecnocratico, evocativo di stretteggia di una guerra nucleare, intenti a fregarsi le mani nel progettare piani di battaglia. Sul punto cfr. M.C. Nussbaum, A. Sen, *The quality of life*, Oxford, 1993, tradotto (parzialmente) in italiano nel capitolo *Capacità e benessere*, in A. Sen, *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, Venezia, 1993, 91-132.

⁶ A. Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Philosophy and Public Affairs*, 4, 2004, 315-356. Cfr. A. Sen, *L’idea di giustizia*, Milano, 241. Sul punto cfr. S.F. Magni, *Etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, Bologna, 16-17; S. Zullo, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Torino, 53.

⁷ A. Sen, *Lo sviluppo è libertà*, Milano, 2000, 79. Cfr. A. Sen, *Il tenore di vita*, cit., 95.

⁸ A. Sen, *Il tenore di vita*, cit., 86-87.

⁹ Cfr. F. Casazza, *Sviluppo e libertà in Amartya Sen. Provocazioni per la teologia morale*, Roma, 2007.

fra le *capabilities*, le «capacità primarie» (nozione successivamente abbandonata¹⁰), ovvero le «capacità che sono potenzialmente possibili di ulteriori dispiegamenti e migliori utilizzi, a partire dai settori fondamentali dell'esistenza»¹¹; in un secondo tempo, distinse fra «capacità materiali» e «capacità» in senso stretto¹² e definì «capacità fondamentali» quelle caratteristiche essenziali dell'esistenza che vanno esaminate non in sé, ma nel contesto culturale di appartenenza¹³.

In Nussbaum, troviamo una distinzione fra diversi i tipi di capacità che permettono all'individuo di realizzare la condizione di vivere e agire bene¹⁴: una *capacità interna*, una *esterna* e una *fondamentale*.

L'autrice, richiamando il pensiero aristotelico in materia, concepisce la 'capacità interna' come i tratti di intelletto, carattere e corpo che è sviluppata in un soggetto in modo tale da metterlo «in condizione, quando si presentano le circostanze adatte, di scegliere e di agire bene»¹⁵. Si tratta di capacità maturata attraverso i sistemi educativi in cui la persona vive, motivo per cui «uno dei compiti primi e più essenziali del legislatore consiste nel mettere a disposizione dei consociati un sistema educativo adeguato»¹⁶, in grado di permettere l'istruzione per tutto l'arco della vita, anche da adulti¹⁷, e di aiutare la famiglia perché è da lei che deriva l'amore e la conoscenza intima¹⁸ che aiuta lo sviluppo della personalità dell'individuo.

Tuttavia, anche se si possedessero le 'capacità interne', potrebbero mancare le condizioni per il loro esercizio: un individuo cioè potrebbe essere stato educato in modo tale da avere tutte le capacità interne a sua disposizione «e, allo stesso tempo, trovarsi in condizioni di vita che ostacolano, o addirittura impediscono del tutto, l'esercizio di alcune di esse»¹⁹. La preoccupazione, quindi, deve andare anche alle condizioni esterne in cui l'individuo si trova dopo che ha sviluppato quelle interne²⁰, considerando che «alcune di queste condizioni esterne sono le stesse di quelle necessarie per lo sviluppo iniziale delle capacità individuali:

¹⁰ M.C. Nussbaum, A. Sen, *The quality of life*, cit., 40-41

¹¹ F. Casazza, *Sviluppo e libertà in Amartya Sen*, cit., 155.

¹² Ad es. capacità materiale è l'essere ben nutrito, capacità in senso stretto può essere intesa il fatto d'essere soddisfatti del nutrimento ricevuto. Sul punto, cfr. A. Sen, *Il tenore di vita*, cit., 71-72; 114-115.

¹³ A. Sen, *Scelta, benessere, equità*, Bologna, 2006, 356-359.

¹⁴ M.C. Nussbaum, *Capacità personale e democrazia sociale*, Reggio Emilia, 59 ss. Cfr. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, 2001; M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002; M.C. Nussbaum, *Nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007; M.C. Nussbaum, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Bologna, 2014. C. Faralli, M.C. Nussbaum, *The new frontiers of justice*, in *Ratio Juris*, 2007, 145-161.

¹⁵ Ivi, 59.

¹⁶ Ivi, 60. Sul punto, l'autrice rinvia a: Aristotele, *Etica Nicomachea*, in Aristotele, *Etiche*, Torino, UTET, 1996, K 9, 1179b 31-35 e 1180a 14-15; Aristotele, *Politica*, in Aristotele, *Politica e costituzione di Atene*, Torino, UTET, 1992, 1, 1337a 11 ss.

¹⁷ Cfr. M.C. Nussbaum, *Capacità personale e democrazia sociale*, cit., 61.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ivi, 61-62.

²⁰ Ivi, 62.

sufficiente tempo libero, assenza di lavoro ripetitivo, stretti legami familiari, intime relazioni di amicizia, sufficiente nutrimento e adeguata cura del corpo»²¹.

Il secondo livello di capacità, quindi, mette a fuoco un soggetto che è capace non solo di sviluppare internamente l'attitudine a scegliere di compiere una determinata azione, in un determinato momento, ma anche che può concretamente compierla, date determinate condizioni esterne, che non gli impediranno quindi di realizzarla²². Il compito generale del legislatore, quindi, consisterà non solo nell'agevolare quelle forme di educazione che permettano lo sviluppo delle capacità interne, ma anche «nel creare e preservare le circostanze esterne in cui le capacità già formate possano essere esercitate»²³.

A queste capacità se ne aggiunge, poi, una terza, che Nussbaum definisce *capacità fondamentale*, ovvero quella che – sommando le due precedenti – è tale da permettere all'individuo di «diventare in futuro pienamente capace di realizzarsi come essere umano»²⁴. Ciò considerando, allora, «si può affermare che un ragazzo ha la medesima capacità generale di un adulto²⁵, una persona miope è capace di vedere bene²⁶, un embrione è capace di vedere e udire, una ghianda è capace di diventare una quercia e un bambino è capace di virtù etica»²⁷.

Queste capacità, astrattamente presenti, in via potenziale, in ogni individuo, in realtà risentono della specifica situazione in cui l'individuo nasce, cresce, vive: «a ciascuna delle capacità funzionali indicate in termini astratti corrisponde un' indefinita pluralità di ipotizzabili specificazioni concrete nel pieno rispetto delle differenti situazioni e preferenze personali»²⁸, ovvero quella che Nussbaum chiama l'«articolazione pluralistica»²⁹ delle capacità. Non solo, nel ragionare concretamente si deve anche tenere in considerazione il contesto concreto, le caratteristiche dei soggetti che agiscono, le situazioni storiche e sociali in cui sono inseriti³⁰, quelle che Nussbaum chiama l'«articolazione locale»³¹ delle capacità.

La nozione di *capability*, così intesa, riparte evidentemente dal punto in cui la dimensione normativa dei diritti umani si ferma³², per puntare a garantire «il minimo essenziale richiesto dal rispetto della dignità umana»³³, un «minimo sociale fondamentale»³⁴, progettato all'interno di «una sfera pubblica globale, nella quale tutti gli attori cooperino al fine di proteggere la dignità umana»³⁵.

²¹ *Ibidem*.

²² Ivi, 64.

²³ M.C. Nussbaum, *Capacità personale e democrazia sociale*, cit., 64

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. Aristotele, *De Anima*, B 5, 417b.

²⁶ Cfr. Aristotele, *Metafisica*, Δ 22.

²⁷ M.C. Nussbaum, *Capacità personale e democrazia sociale*, cit., 67.

²⁸ Ivi, 161.

²⁹ Ivi, 160.

³⁰ Ivi, 162 ss.

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, cit., 54.

³³ Ivi, 57.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ M.C. Nussbaum, *Nuove frontiere della giustizia*, cit., 2.

2. La nozione di ‘capacità’ in ambito giuridico

Rispetto al contesto giuridico, il termine ‘capacità’ rinvia, innanzitutto, a tre tipi di attitudine, che poi vedremo più ampiamente: attitudine (a) a essere titolare di diritti e doveri; (b) a esercitarli in prima persona ed esserne responsabile; (c) «a comprendere un atto determinato e i suoi effetti come anche una capacità di adattare il proprio comportamento secondo questa valutazione»³⁶; ovvero a capire «le informazioni fornite, manipolare queste informazioni razionalmente e rendersi conto delle conseguenze dei suoi atti»³⁷.

Il possesso di queste ‘capacità giuridiche’³⁸ «tocca l’essenza stessa dell’essere umano»³⁹, la sua identità, in particolare quando si parla di persone che presentano una qualche forma di vulnerabilità⁴⁰, in particolare se derivante da una disabilità, psichica, cognitiva o fisica.

Nel primo caso (a) facciamo riferimento a quella che nel contesto giuridico italiano definiamo ‘capacità giuridica’, con la quale si attua «l’ingresso dell’individuo nell’ordinamento giuridico» in quanto «attraverso tale articolo [art. 1 c.c.] l’uomo è accolto nel mondo del diritto nella sua totalità, fisica e psichica»⁴¹ e «la semplice qualità umana [...] è sufficiente a rendere il soggetto portatore potenziale di tutti gli interessi tutelati dal sistema, nonché titolare di un insieme di diritti e di garanzie che si collegano immediatamente alla sua personalità»⁴².

La seconda tipologia di capacità (b) è la ‘capacità di agire’, ovvero di esercitare i propri diritti e doveri: si tratta di una tipologia di capacità ispirata ad un’idea di uomo titolare di diritti patrimoniali, derivata dal paradigma dell’«individualismo possessivo»⁴³, in quel momento prevalente, e dalla visione

³⁶ D. Manai, *Le droit du patient adolescent en Suisse*, in B. Feuillet-Liger - R. Ida (a cura di), *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, 2011, 260.

³⁷ J.-B. Wasserfallen - F. Stiefel - S. Clarke - A. Crespo, *Appréciation de la capacité de discernement des patients: procédure d’aide à l’usage des médecins*, in *Bull. med. suisse*, 85, 2004, 1701, citato anche in O. Pelet, *Nul n’est censé ignorer... comment réagir lorsqu’un mineur s’oppose à des soins*, in *Rev. med. suisse*, 5, 2009, 539. Cfr. M. A. Piccinni, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007.

³⁸ Si ricordi come in altri ordinamenti giuridici (es. francese e svizzero) il termine ‘capacità giuridiche’ rinvii, a differenza di quello italiano, non solo al primo livello di capacità riconosciuto a un soggetto dalla nascita, ma all’insieme dei due livelli di capacità, di godere (*capacité de jouissance*) e di esercitare (*capacité d’exercice*) i diritti riconosciuti a ogni soggetto di diritto.

³⁹ COE, Commissaire aux Droits de l’Homme, *A qui appartient-il de décider? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales*, 2012, rm.coe.int/a-qui-appartient-il-de-decider-le-droit-a-la-capacite-juridique-des-pe/16807bb14d_12.

⁴⁰ Cfr. G. Zanetti, *Filosofia della vulnerabilità*, Roma, 2019; O. Giolo, B. Pastore, *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018; M.G. Bernardini, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Rivista di filosofia del diritto, Journal of Legal Philosophy*, 2017, 2, 365-384; R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars Interpretandi*, 2018, 2, 35-56; Th. Casadei (ed), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, 2012.

⁴¹ P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 81.

⁴² A. Falzea, voce «Capacità (teoria gen.)», in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 12.

⁴³ L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1982, 312

astratta di soggetto di diritto concepito in modo «quanto più possibile “unico” e indifferenziato»⁴⁴. In quest’ottica, la *ratio* di questa capacità è comprensibile: garantire certezza e stabilità nelle relazioni patrimoniali che coinvolgono più soggetti, perché permette di presumere, in modo assoluto, che a quell’età ogni individuo abbia completato quel processo di crescita e maturazione che gli permettono di compiere le attività che hanno un’influenza sul proprio regime patrimoniale in modo consapevole e responsabile.

Così intesa, tuttavia, la capacità è intesa come un’abilità di decidere di carattere generale, che il soggetto possiede se è in grado di assumere decisioni rispetto a una certa categoria di atti, in un’ipotetica, astratta e generale situazione temporale, ambientale e relazionale. Si tratta, allora, di una nozione di capacità ‘in astratto’, una «nozione artefatta di capacità»⁴⁵, delimitata da una sorta di ‘criterio-soglia’, al raggiungimento del quale si definisce uno spartiacque divisorio fra soggetti capaci e incapaci.

Questa concezione si contrappone evidentemente a quella prospettiva che, al contrario, crede che un soggetto sarà capace per il compito *x* se possiederà le attitudini e abilità richieste per eseguire un determinato compito, in una data e concreta situazione⁴⁶.

È una “capacità in contesto”, da valutare nel singolo caso concreto e che richiama la terza tipologia di capacità cui abbiamo fatto riferimento, ovvero (c) la ‘capacità di discernimento’. Una capacità relativa all’attitudine di una persona di capire, riflettere, valutare, agire in una situazione concreta⁴⁷, che è stata inserita nel nostro ordinamento giuridico con la riforma del diritto di filiazione (ex legge 219/2012 e d.lgs. 154/2013) in merito al diritto del figlio di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (recuperando quanto previsto nell’art. 12 CRC) e, da ultimo, ritrovabile anche nella legge 219/2017, al cui art. 3 il legislatore ha previsto il diritto alla valorizzazione delle ‘capacità di comprensione e di decisione’ in capo al minore e all’incapace⁴⁸.

⁴⁴ I. Fanlo Cortés, *Bambini e diritti*, cit., 28. Cfr. S. Amato, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Torino, 1990, 48 ss.; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 37.

⁴⁵ E. Salvaterra, *Autodeterminazione e consenso nell’incapacità e capacità non complete*, cit., 357.

⁴⁶ Cfr. A.E. Buchanan, D.W. Bork, *Deciding for others. The ethics of decision making*, cit.; B. Culver, C. Gert, *Philosophy in medicine. Conceptual and ethical issues in medicine and psychiatry*, cit.; P.S. Appelbaum, T. Grisso, *Assessing patient’s capacities to consent to treatment*, in *New England Journal of Medicine*, 1988, 1635 ss.

⁴⁷ Nella dottrina italiana le prime riflessioni in materia di capacità di discernimento risalgono sicuramente a P. Stanzone, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene, 1975. Cfr. P. Stanzone, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rivista di diritto civile*, 1980, 455 ss.. Id., *Interesse del minore e statuto dei suoi diritti*, in *Fam. dir.*, 1994, 378 ss.; Id., *Persona minore di età e salute, diritto all’autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013.

⁴⁸ Si consenta il rinvio a C. Crocetta, *Fondamento dialogico, agency e partecipazione del minore d’età nel consenso informato: una critica alla Legge 219/2017*, in *Comparazione e diritto civile*, 2, 2019, 231-273, spec. 259-262.

3. La permanenza (dopo la legge 6/2004) di una vulnerabilità ‘incapacitata’

Una concezione statica come quella di ‘capacità d’agire’ implica che il soggetto adulto o possiede l’abilità a compiere responsabilmente gli atti che gli sono attribuiti o riconosciuti, oppure può essere reso incapace, con la conseguente necessità di nominare un sostituto che intervenga al posto suo, o accanto a lui, nell’espressione di quella volontà che rende al terzo, che con lui si relaziona, di essere sicuro della validità dell’atto che stanno insieme realizzando.

Nell’ordinamento giuridico italiano, tuttavia, questa forma di *substitute decision making*⁴⁹ è ritrovabile nei due istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione.

L’interdizione costituisce la forma di protezione più severa e invasiva in assoluto, in quanto comporta l’incapacità legale assoluta, nata in un’ottica di tutela del patrimonio, più che di cura della persona vulnerabile.

In base al vigente art. 414 c.c. i soggetti che si trovino in condizione di abituale infermità di mente: una situazione che li rende, secondo l’impostazione seguita dal legislatore (in una logica “di classe”, come richiamato in precedenza), incapaci di provvedere ai propri interessi e, conseguentemente, bisognosi di una “tutela totale”⁵⁰.

Perché possa essere applicata la misura dell’interdizione, l’infermità di mente del soggetto deve essere attuale ed abituale, ovvero manifestarsi da lungo tempo al punto da essere divenuta condizione usuale. Non si parla di gravità di questa infermità, che tuttavia può essere dedotta *a contrariis* dall’art. 415 c.c. in materia di inabilitazione.

Prima della riforma del 2004, l’interdetto perdeva totalmente la propria capacità di agire ed era impossibilitato a compiere tutti gli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione: questo comportava una totale limitazione delle sue capacità giuridiche e, di fatto, la sua esclusione dalla società, non essendo previsto alcuna precisazione nelle disposizioni codicistiche nemmeno per atti di tipo gratuito o di vita quotidiana. Questi effetti drastici sono stati mitigati con l’avvento della legge 6/2004 e con la conseguente modifica dell’art. 427 c.c.: l’attuale versione della norma, infatti, prevede che il giudice possa stabilire, nella sentenza d’interdizione o in successivi provvedimenti, che la persona interdetta sia autorizzata a compiere alcuni atti di ordinaria amministrazione senza l’intervento del tutore o con la sua sola assistenza, mantenendo un minimo riconoscimento di capacità d’agire in capo all’interdetto, seppure si tratti di un’autonomia residuale, circoscritta e marginale.

Anche l’inabilitazione, il secondo istituto tradizionale di intervento per la protezione delle persone in qualche forma di vulnerabilità, è una forma di garanzia che presenta analogie procedurali con l’interdizione ma vi differisce in

⁴⁹ Cfr. M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari di filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, 2016, 225-236.

⁵⁰ Cfr. M.O. Attisano et al., *Tutela ed amministrazione di sostegno*, Padova, 2012. A. Venchiarutti, *La protezione civilistica dell’incapace*, Milano, 1995; M.F. Giorgianni, *La flessibilità dell’amministrazione di sostegno*, in *Riv. Notariato*, fasc.2, 2013, 466 ss.; G. Buffone, *L’istituto dell’amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di merito*, fasc.11, 2013, 2376 ss..

modo sostanziale in relazione agli effetti che provoca sull'inabilitato, risultando meno ablativa e incapacitante nei confronti del soggetto destinatario del provvedimento.

In base all'art. 415 c.c., infatti, l'inabilitazione può essere disposta per i soggetti colpiti da infermità mentale, le cui condizioni non siano talmente gravi da richiedere la misura dell'interdizione, e per coloro che espongono se stessi o le loro famiglie a gravi pregiudizi economici a causa di prodigalità⁵¹ o abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti, nonché per i sordomuti o per i ciechi dalla nascita che non abbiano ricevuto una sufficiente educazione⁵².

Nemmeno per l'inabilitazione il riferimento all'infermità di mente corrisponde ad una malattia precisa e tipizzata, ma in un'alterazione abituale ed attuale delle facoltà mentali, intellettive e volitive. Si tratta di condizione che, in questo caso, riduce solo parzialmente le capacità della persona di prendersi cura dei propri interessi.

L'art. 415 c.c., utilizzando un'espressione non più così usuale, nel linguaggio corrente, si riferisce alle forme di prodigalità, ovvero alle varie sfumature di incapacità del soggetto di aver coscienza del valore del denaro posseduto e di saper gestire le disponibilità economiche proprie o familiari (risparmi, guadagni, stipendio mensile, ecc.). L'art. 415 c.c., infine, rivolge la possibilità di provvedere a una sentenza di inabilitazione anche per coloro che abusano di sostanze alcoliche o stupefacenti: si ritiene che, in questo caso, tali forme di dipendenza debbano essere abituali, profonde e consolidate, tanto da aver ormai alterato la condizione di equilibrio psichico e la sfera volitiva della persona: nella condizione di dipendenza, però, si dovrebbe ormai far rientrare anche le altre forme di dipendenza, ormai consolidate anche nella letteratura psicologica (es. 'ludopatia', ovvero la dipendenza da gioco d'azzardo).

La norma prevede, infine, coloro che presentano una forma di sordità o cecità dalla nascita, che siano concomitanti all'assenza di un'educazione sufficiente e tale da permettere al soggetto di riuscire a provvedere in modo autonomo e indipendente a se stesso.

La persona inabilitata è sottoposta ad una parziale limitazione della sua capacità di agire (si parla, perciò, di incapacità d'agire *relativa*): può compiere da sola, infatti, gli atti di "ordinaria amministrazione" (atti implicanti una quantità di capitali di modesta entità o comunque atti in cui relativi alle rendite), mentre per gli atti di "straordinaria amministrazione" (atti implicanti una quantità di capitali rilevante e ingente, relativi alla disponibilità del proprio patrimonio), necessita del consenso del curatore e dell'autorizzazione del giudice.

Con la legge 6/2004 il legislatore è intervenuto, pur con un certo ritardo rispetto ad altri paesi europei e dopo un ventennale dibattito dottrinale, modificando l'interdizione e l'inabilitazione quali forme di tutele totali o parziali

⁵¹ A. Bulgarelli, *Prodigalità: inabilitazione o amministrazione di sostegno?*, in *Giust. Civ.*, fasc.9, 2008, 2038 ss.

⁵² Cfr. F. Garlisi, *L'amministrazione di sostegno. Risposte giurisprudenziali ai quesiti della pratica*, Milano, 2012.

del soggetto vulnerabile e introducendo nell'ordinamento giuridico italiano l'amministrazione di sostegno⁵³.

Si tratta di una forma di garanzia che si basa su una visione nuova, più di promozione della capacità che di protezione incapacitante⁵⁴: l'amministrazione di sostegno, infatti, non priva il soggetto che ne è beneficiario della sua capacità di agire, ma intende sostenerlo in quegli atti che non potrebbe compiere autonomamente, con un'ottica che appare sempre complementare e mai totalmente surrogatoria.

L'art. 404 c.c., infatti, prevede che «la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova *nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi*, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio». Non vi è alcun riferimento, qui, a tipologie di impedimento in presenza delle quali scatterebbe una presunzione di incompetenza, e quindi una dichiarazione di incapacità. Si parla di 'impossibilità', anche temporanea, a provvedere (potremmo aggiungere: 'da soli') ai propri interessi, che suggerisce ('può essere assistita') la nomina di un soggetto che possa supportare il beneficiario dell'amministrazione di sostegno nelle attività che vengono specificamente indicate nella nomina dell'amministratore (modello *supported decision making*⁵⁵).

L'amministrazione di sostegno appare, quindi, come un istituto maggiormente flessibile e agile, che può assumere potenzialmente contorni differenti, di fronte allo specifico bisogno e alla concreta necessità di sostegno del beneficiario. Un istituto di protezione e di supporto, finalizzato al riconoscimento della persona e al maggiore rispetto della sua dignità, nonché all'esigenza di evitare che essa non sia «violata da strumenti troppo invasivi»⁵⁶, in quanto «è valore da garantire e preservare, anche se il soggetto non ne abbia consapevolezza»⁵⁷.

⁵³ M. Di Marzio, *Forme moderne di tutela per i disabili - in campo l'Amministratore di sostegno*, in *Deg Dir. e Giust.*, fasc.16, 2006, 24 ss.; R. Masoni, *Amministrazione di sostegno ed interdizione; dal diritto al dovere di sostegno?*, in *Giur. Merito*, fasc.1, 2007, 38 ss.; A. Venchiarutti, *Il discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione: dopo la corte costituzionale si pronuncia la corte di cassazione*, in *Dir. Famiglia*, fasc.1, 2007, 127 ss.; C. Valle, *L'amministrazione di sostegno nella prassi giurisprudenziale*, in *Giur. Merito*, fasc.9, 2007, 2182 ss.; M. Nardelli, *L'amministratore di sostegno tra incerti conflitti e possibili soluzioni*, in *Giur. Merito*, fasc.1, 2008, 46 ss.; C. D'Orta, *Amministrazione di sostegno e tutela della persona*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 1-22; C. Faralli, *Cos'è l'amministratore di sostegno*, in *Buone notizie*, n. 5, 2009.

⁵⁴ P. Rescigno, *Le categorie civilistiche*, in *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, vol. I, 202, rileva come l'amministrazione di sostegno abbia determinato il «superamento della rigorosa contrapposizione tra soggetti pienamente capaci e soggetti privi di tale qualità», così da assicurare, in un'ottica di uguaglianza sostanziale, «la possibilità di accedere in concreto alle varie situazioni garantite dal diritto» (p. 207). Cfr. P. Stanzone, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, 3, 313.

⁵⁵ Ivi, 229-242.

⁵⁶ Cass. 13584/2006; Cass. 24494/2006; Cass. 25366/2006.

⁵⁷ *Ibidem*.

4. Uno sguardo ‘europeo’ sulle forme di sostegno alla vulnerabilità

Uno sguardo comparatistico ed extranazionale può aiutare in prospettiva *de iure condendo*, per valutare soluzioni alternative o riflettere ulteriormente sulle dimensioni connesse alla normativa vigente: il metodo comparatistico, infatti, come sosteneva Marc Ancel, «può dare una visione completa, non frammentata, del fenomeno giuridico»⁵⁸ che si va analizzando.

Pur brevemente, ma va certamente osservato il tema del sostegno giuridico del soggetto vulnerabile a partire dalle indicazioni che provengono dal piano europeo, in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), e si può prendere come spunto la soluzione adottata, in materia di curatela, nell'ordinamento civilistico svizzero.

4.1 Il piano europeo e la preferenza per una vulnerabilità ‘da supportare’

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU, 1950) non è ritrovabile direttamente un riferimento alle ‘capacità giuridiche’, in particolare di un soggetto vulnerabile, se non in modo indiretto, a partire dal rispetto della vita privata, in riferimento ai quali si discute intorno ai provvedimenti che è corretto o meno prendere a tutela o a limitazione della persona che presenti una qualche forma di disabilità, fisica o mentale.

Basandosi sul principio che privare un individuo della sua ‘capacità legale’ (‘di agire’, nel nostro ordinamento) costituisce una grave ingerenza nel suo diritto al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU), la Corte EDU ha stabilito che l'esistenza di un disturbo mentale, anche se grave, non può, da solo, giustificare una dichiarazione di incapacità, totale o parziale.

Nella causa *Chtoukaturov c. Russia*⁵⁹, il ricorrente era afflitto da schizofrenia e considerato violento, «antisociale» ed incapace di capire le sue azioni. Tuttavia, non precisando quali azioni il ricorrente fosse incapace di comprendere, l'incapacità è stata giudicata contraria all'art. 8 CEDU. In un'altra causa (*Salontaji-Drobnjak c. Serbia*⁶⁰) la Corte EDU ha sancito che le eventuali e legittime restrizioni alla capacità legale definite dal diritto nazionale, devono essere “proporzionate”, per rispettare la CEDU, e un provvedimento che porti all'incapacità totale del soggetto non risponde a questo criterio. Ancora più interessante è la causa *Stanev c. Bulgaria*⁶¹, nella quale la Corte EDU ha avuto modo di precisare la sua posizione in merito ai provvedimenti di incapacità parziale, che erano oggetto del caso sottoposto. Il caso riguardava, infatti, un uomo sotto “tutela parziale” (nell'attuale ordinamento italiano diremmo “inabilitazione”) che era in grado di compiere atti ordinari della vita quotidiana e aveva accesso ad una parte delle sue risorse, ma non poteva ricorrere in modo autonomo al giudice competente per contestare la dichiarazione di incapacità e la detenzione in un istituto psichiatrico che ne era seguita. Egli sosteneva che il suo

⁵⁸ M. Ancel, *Utilité et Méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, 1971.

⁵⁹ *Chtoukaturov c. Russie*, Ricorso n. 44009/05, 27 marzo 2008, § 90 e 93-95.

⁶⁰ *Salontaji-Drobnjak c. Serbie*, Ricorso n. 36500/05, 13 ottobre 2009, § 144.

⁶¹ *Stanev c. Bulgarie*, Ricorso n. 36760/06, 17 gennaio 2012, § 244 e 250-252.

vincolo sotto tutela non era adeguato alle sue esigenze individuali, ma generava un certo numero di restrizioni imposte automaticamente a tutte le persone sottoposte a tale regime. Insieme all'obbligo di vivere in un'istituzione, questo in pratica gli aveva impedito di partecipare alla vita in comunità e di sviluppare relazioni personali.

In questa occasione, la Corte non solo ha constatato che le condizioni nell'istituzione in cui il ricorrente era stato costretto a vivere costituivano un trattamento degradante, in violazione dell'art. 3 CEDU, ma anche ha affermato che la privazione della libertà personale del ricorrente fosse irregolare, come anche l'impossibilità di poter ricorrere a un giudice in merito al suo ricovero coatto e al ripristino della sua capacità legale.

La Corte EDU, purtroppo, si è trovata a più riprese costretta a intervenire sulle eccessive limitazioni alla capacità d'agire di un soggetto, in quanto «il sistema europeo dei diritti dell'uomo non ha ancora pienamente integrato il cambiamento di paradigma previsto dalla Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità (CRPD, 2006)»⁶², ovvero il paradigma della vulnerabilità⁶³. In base all'art. 12 CRPD, infatti, le persone con ogni tipologia di disabilità, compresa quella mentale, hanno diritto al pieno riconoscimento della loro personalità e delle loro 'capacità giuridiche' (art. 12, commi 1 e 2) e devono essere messe nelle condizioni, da parte della legislazione statale, di poterle esercitare concretamente (comma 3).

Rispetto al piano dell'Unione Europea, pur non esistendo delle norme specifiche sulla capacità, si può recuperare comunque quanto già detto rispetto alla CEDU, visto l'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione europea, che stabilisce che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Tuttavia, il tema della vulnerabilità è sicuramente rinvenibile nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (2000), che ha previsto nel Capo III in materia di 'uguaglianza' due disposizioni, una relativa alle persone anziane e una a quelle con disabilità. In particolare, l'art. 25, sui 'diritti degli anziani', prevede che l'UE riconosca e rispetti «il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale». Mentre l'art. 26 ('Inserimento dei disabili') prevede che l'UE riconosca e rispetti «il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»⁶⁴.

⁶² COE, Commissaire aux Droits de l'Homme, *A qui appartient-il de décider? Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales*, cit., 32 (trad. mia).

⁶³ Su questo aspetto, cfr. M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto*, cit., 223-224.

⁶⁴ Cfr. G. Vettori, *I principi comunitari del diritto europeo dalla Cedu al Trattato di Lisbona*, in *Persona e Mercato*, 2010, 1, 20 ss.; F. D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, 296 ss.

Il piano normativo e giurisprudenziale europeo nonché l'efficacia, anche nel nostro sistema giuridico, dei principi contenuti nella CRPD, in particolare nel richiamato art. 12, legittimano la discussione che si intende attivare nuovamente in Senato intorno all'abolizione definitiva delle 'tutele incapacitanti' dell'interdizione e dell'inabilitazione e al potenziamento di forme di tutela di cura e supporto come quella dell'amministrazione di sostegno.

4.2 Un esempio in chiave comparatistica: le forme di 'curatela' nell'ordinamento svizzero

Con ciò non si intende certamente affermare che non vi sia bisogno di una forma di sostegno per una persona che non sia in grado, autonomamente, di compiere atti giuridicamente validi: la differenza fra le diverse, possibili tipologie di intervento sta nel grado di eteronomia o supplenza della volontà⁶⁵ o, viceversa, di coinvolgimento, di partecipazione, di ascolto, che si intende realizzare (là dove, fin dove e per come possibile) nei confronti del soggetto cosciente, non pienamente cosciente o incosciente, ovvero, con una terminologia che rimanda alla categoria giuridica della capacità, della persona capace o meno di discernimento.

Un esempio utile, in prospettiva comparatistica, può essere offerto dal sistema di curatele elaborato dal legislatore svizzero che, attraverso differenti sfumature, interviene in modo progressivamente più incisivo nelle diverse dimensioni esistenziali in cui una persona vulnerabile può avere necessità di supporto esterno⁶⁶.

Nella legislazione svizzera ritroviamo, in effetti, quattro generi di curatela⁶⁷: (a) una *curatelle d'accompagnement*⁶⁸ (art. 393 CCsvi); (b) una curatela di rappresentanza (artt. 394-395 CCsvi); (c) una curatela di cooperazione (art. 396) e (d) una curatela generale (art. 398). A queste si può affiancare anche una quinta forma di sostegno derivante dalla combinazione delle prime tre modalità di curatela (combinazione di curatele, art. 397 CCsvi).

La prima tipologia di curatela viene realizzata «se la persona bisognosa di aiuto necessita di un sostegno per provvedere a determinati affari» (art. 393, comma 1) e «non limita l'esercizio dei diritti civili dell'interessato» (art. 393, comma 2). Una versione sicuramente più vincolante per la persona supportata è la curatela di rappresentanza, che è ipotizzata invece «se la persona bisognosa di aiuto non può provvedere a determinati affari e deve pertanto essere

⁶⁵ «Un soggetto incosciente, o non pienamente cosciente (nel senso specificato) avrà bisogno di una qualche forma di integrazione eteronoma o di supplenza della propria volontà per compiere atti giuridicamente validi», in F. Macioce, *Coscienza*, in in F. D'Agostino, Agata C. Amato Mangiameli (eds), *Cento e una voce di filosofia dal diritto*, Torino, 2013, 80.

⁶⁶ Cfr. O. Guillod, *Droit des personnes, Lesabrégés*, Bâle, 2018; H. Deschenaux, P.H. Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, Berne, 2001; A. Leuba, M. Stettler, A. Büchler, C. Häfeli, *Protection de l'adulte*, Berne, 2013; P. Meier, *Droit de la protection de l'adulte*, Zürich, 2016.

⁶⁷ Cfr. Artt. 393-398 del Codice civile svizzero, www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/202001010000/210.pdf

⁶⁸ La traduzione ufficiale italiana del Codice civile svizzero parla, in questo caso, di 'amministrazione di sostegno': www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19070042/202001010000/210.pdf.

rappresentata» (art. 394, comma 1). Questa tipologia di curatela non limita automaticamente l'esercizio dei diritti civili, quindi non incide sulla capacità di agire del soggetto, ma può accadere che l'autorità di protezione degli adulti possa limitare l'esercizio dei diritti civili dell'interessato (art. 394, comma 2) e, in ogni caso, anche allorquando non fossero posti limiti al suo esercizio dei diritti civili, egli è obbligato dagli atti del curatore che questi compisse a suo nome e nel suo specifico interesse (art. 394, comma 3).

La terza tipologia di curatela, quella di cooperazione, «è istituita se occorre che il curatore acconsenta a determinati atti della persona bisognosa d'aiuto, per proteggerla» (art. 396, comma 1) e, in questa ipotesi, l'esercizio dei diritti civili dell'interessato risulta necessariamente limitato *ex lege*, proprio per le caratteristiche costitutive di questa forma di intervento e sostegno (art. 396, comma 2).

Per arrivare a una privazione totale dell'esercizio dei diritti civili si ha nel momento in cui si è di fronte a una persona con un particolare bisogno d'aiuto, segnatamente a causa di durevole incapacità di discernimento» (art. 398, comma 1, CCsvi). Come indicato dal successivo comma 2. «la curatela generale comprende tutto quanto concerne la cura della persona e degli interessi patrimoniali e le relazioni giuridiche» e «l'interessato è privato per legge dell'esercizio dei diritti civili» (comma 3).

Solo in questo caso, quindi, si arriva a una forma di incapacità di esercizio dei diritti civili, ovvero di 'incapacità di agire' (art. 17 CCsvi)⁶⁹, perché nelle altre sfumature di curatela il soggetto, se capace di discernimento, può agire in autonomia e/o con il sostegno del curatore, con una limitazione dell'esercizio dei diritti civili, previsto dal giudice oppure dalla normativa, che non consiste comunque in una privazione totale della capacità di agire.

5. Verso l'abolizione di interdizione e inabilitazione e il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno?

Il cammino di riforma che ha portato alla legge 6/2004 non era il frutto di un'improvvisa comparsata di principi eteronomi che il legislatore aveva mutuato acriticamente e importato da altri ordinamenti giuridici⁷⁰. Al contrario, prendendo certamente spunto dalle discussioni emergenti anche in altri contesti, si inseriva in un dibattito dottrinale innescato dalla riforma dell'assistenza psichiatrica e dalle riflessioni successive alla legge 180/1978, «irrinunciabile conquista della nostra civiltà giuridica, che, al di là delle critiche giustificate ad essa talvolta mosse, ha proposto un nuovo modo di intendere la patologia psichiatrica, reinserendo i malati di mente nel loro ambiente e liberandoli dai manicomi, nei quali la persona perdeva i rapporti con il resto del mondo»⁷¹.

⁶⁹ Art. 17 CC (Svizzera) – Incapacità di agire: «Le persone incapaci di discernimento, i minorenni e le persone sotto curatela generale non hanno l'esercizio dei diritti civili».

⁷⁰ Cfr. G. Ferrando, G. Visintini (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003.

⁷¹ C. Tagliaferri, *L'amministrazione di sostegno*, Piacenza, 2008, 21.

Era, quindi, sulla scia delle importanti novità introdotte dalla suddetta legge che si era cominciato a pensare ad una nuova forma di protezione per la persona vulnerabile e a discutere sui confini che tale forma di intervento di supporto avrebbe dovuto avere.

Nei resoconti tracciati da Paolo Cendon in merito al Convegno “Un altro diritto per il malato di mente” (1986)⁷², si trova traccia delle reazioni restie al cambiamento di parte della dottrina più tradizionalista, a fronte delle sollecitazioni emergenti da parte di studiosi che si trovavano a confrontarsi, in concreto, con le problematiche oggetto dei provvedimenti di tutela esistenti in quel momento, dei quali si vedeva la limitatezza, a specchio delle contraddizioni che erano emerse in merito agli interventi fino a quel momento realizzati in campo medico. Emergeva la necessità, infatti, di una figura idonea a rispondere ai bisogni di protezione e contestuale valorizzazione di tutte le persone in situazione di vulnerabilità, e non solo di quelle affette da disagio psichico o dalle altre forme di difficoltà esistenziale previste nell’interdizione e nell’inabilitazione.

La c.d. “bozza Cendon”, che aveva costituito la base del progetto di legge istitutivo dell’amministrazione di sostegno, «censurava la mancanza, all’interno del nostro ordinamento, di una misura di protezione che comportasse una ridotta compromissione dei diritti e del raggio di azione del disabile e che offrisse strumenti di assistenza e sostituzione per colmare i soli momenti di inerzia ed inettitudine dello stesso»⁷³. Inoltre «evidenziava il grande vuoto normativo dell’ordinamento italiano che con i soli istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione [...] non era in grado di fornire un regime di protezione globale della persona. Proponeva quindi un sistema di tutela che non trascurasse le esigenze di libertà ed autodeterminazione del disabile, con rispetto della dignità dell’individuo»⁷⁴.

Infatti, i principi cui poi si è ispirata la legge 6/2004 riguardavano la possibilità, anche per le persone non completamente autonome nella gestione della loro vita, di poter vedere riconosciuta la loro dignità personale e la loro partecipazione alla vita sociale, essendo finalizzata a trovare il giusto equilibrio tra le opposte esigenze di libertà e di protezione della persona, di promozione delle capacità e di tutela del beneficiario.

Fino all’introduzione della figura dell’amministrazione di sostegno, in effetti, alcune figure in fragilità esistenziale non potevano usufruire di alcuna forma di tutela specifica per far fronte alle situazioni di vulnerabilità e non autosufficienza in cui versavano⁷⁵ e venivano di fatto escluse delle situazioni di

⁷² Cfr. P. Cendon, *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988.

⁷³ F. Garlisi, *L’amministrazione di sostegno. Risposte giurisprudenziali ai quesiti della pratica*, cit., 41.

⁷⁴ Ivi, 42.

⁷⁵ Ivi, 161. Cfr. M. Cocuccio, *L’amministrazione di sostegno come strumento prioritario di protezione e “progetto di sostegno” della persona con disabilità*, in *Dir. Famiglia*, fasc.0, 2010, 1113 ss.; E. Serrao, *Persone con disabilità e vecchie discriminazioni: nuovi strumenti di protezione dall’amministrazione di sostegno*, in *Giur. Merito*, fasc.6, 2010, 1523 ss.; G. Buffone, *La protezione giuridica dell’adulto incapace: l’anziano e l’amministrazione di sostegno*, in *Giur. Merito*, fasc.12, 2011, 2907 ss.; A. Cordiano, *L’esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell’amministrazione di sostegno*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc.4, 2011, 1911 ss.

temporanea impossibilità della persona ad adempiere ai propri interessi, che non sono «solo gli affari d'indole economica, ma anche tutti gli altri atti della vita civile, afferenti alla cura della persona e all'adempimento dei doveri familiari, pubblici e privati»⁷⁶.

Nella legislatura in corso è stato nuovamente riproposto⁷⁷ un disegno di legge (S1480) che intende abrogare l'interdizione e l'inabilitazione, con revoca di quelle in corso e trasformazione in amministrazione di sostegno, la quale viene modificata e rafforzata per divenire l'unica forma di tutela e promozione della persona vulnerabile.

Una riforma, come già quella tentata nella precedente legislatura, con cui si intende realizzare, perciò, il definitivo passaggio da un sistema di tutela passiva, sostitutiva, totalmente o parzialmente incapacitante della persona vulnerabile, ad un sistema di tutela attiva, di supporto e sostegno, che persegua la piena realizzazione della dignità della persona umana e lo sviluppo delle sue capacità; che crei le condizioni per la minore limitazione possibile dei suoi diritti e della sua capacità di agire; che possieda una forma plastica che le permetta di riadattarsi alle varie situazioni cui può essere applicata; che ponga sempre al centro il miglior interesse della persona vulnerabile e, così, cerchi di agevolare, supportare o mantenere la sua reale e concreta inclusione sociale.

Christian Crocetta
Istituto Universitario Salesiano di Venezia
(sede aggregata FSE/UPS di Roma)
c.crocetta@iusve.it

⁷⁶ G. Bonilini, A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, 89.

⁷⁷ www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DDLPRES/0/1132540/index.html. Sul precedente pdl 1985/2014 (XVII legislatura), cfr. P. Cendon, *Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Vicalvi (FR), 2014; R. Masoni, *Un decennio di amministrazione di sostegno: nuove esigenze, nuove risposte*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc.3, 2014, 1127 ss.; D.M.E. Bonomo, *Amministrazione di sostegno. Prassi e criticità*, Milano, 2015; T. Montecchiari, *Il diritto di autodeterminazione dei soggetti deboli*, Roma, 2015; F. Takanen, *Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione. Dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2019.

Immigrazione e decentramento territoriale nell'esperienza spagnola

di Francesco Emanuele Grisostolo

Abstract: Immigration and territorial decentralization in Spain – After a brief description of the migration dynamics in Spain, the paper describes the progressive opening of State legislation to a wider intervention by Autonomous Communities and Municipalities in this field. On the basis of their general competences in "social" matters, these Entities have been taking both legislative and administrative actions necessary to address the concrete challenges posed by immigration and, at the same time, to protect immigrants' fundamental rights. The regional legislative competence on immigration has been recognised by the Constitutional Tribunal, even though it has set some limits. The paper also aims at analysing the impact of the economic crisis on the effective distribution of competences in immigration matters and ultimately it compares the Spanish approach to the increasing role given to Regions in this area within the Italian legal system.

Keywords: Immigration policies; Regions; Local government; Right to vote; Economic crisis.

87

1. Il contesto: il fenomeno migratorio in Spagna

L'evoluzione del diritto delle migrazioni in Spagna, nei suoi due versanti della disciplina dell'emigrazione e dell'immigrazione, così come la sempre maggiore importanza acquisita in materia dagli enti territoriali, non possono essere comprese se non alla luce delle profonde trasformazioni socio-economiche che hanno portato il Paese negli ultimi cinquant'anni a divenire terra di immigrazione, da terra di (consistente) emigrazione qual era in passato. Quest'ultimo fenomeno si collega a sua volta tanto alla collocazione geo-politica del territorio nazionale quanto alle caratteristiche linguistiche e culturali della popolazione.

Il mar Mediterraneo – come rende palese la sua stessa denominazione – si colloca “in mezzo alle terre” costituendo una via di comunicazione privilegiata fra Paesi di lingue e culture differenti, che storicamente sono stati tanto uniti da interessi di natura commerciale quanto contrapposti da conflitti per la definizione delle rispettive sfere di influenza e per la soddisfazione delle velleità di espansione territoriale manifestate, di volta in volta, dalle diverse popolazioni che vi si trovano affacciate¹. Esso costituisce la naturale apertura verso Sud del continente europeo,

Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito del Progetto di ricerca del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Udine “Cittadinanza, immigrazione e diritti: i sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie. Una prospettiva multilivello” (PRID 2017).

¹ Per un'interessante ricostruzione storica, v. D. Abulafia, *Il grande mare. Storia del*

la quale, negli ultimi anni, ha esposto i Paesi situati nella parte meridionale dello stesso (Italia, Spagna, Grecia, Malta...) a ingenti flussi migratori provenienti dall'Asia e dall'Africa, dovuti tanto all'instabilità politica di alcune aree, che ha generato conflitti bellici e persecuzioni etniche e politiche, quanto alla situazione climatica ed economica². Questa sorte comune che unisce i Paesi dell'“Europa del Sud” si manifesta in maniera particolarmente acuta per la Spagna: si deve ricordare fra l'altro come essa comprenda due città exclave – Ceuta e Melilla – le quali si inseriscono all'interno del territorio marocchino, ponendo problemi peculiari rispetto al “controllo” delle frontiere³, nonché un arcipelago, quello delle Canarie, al largo delle coste fra Marocco e Sahara Occidentale⁴. Allo stesso tempo, la lingua spagnola come lingua maggioritaria, con l'eccezione di alcune Comunità autonome, ha reso e rende tuttora la Spagna un punto di riferimento immediato per l'immigrazione proveniente dall'America latina, quasi tutta *de habla española*, fino a tempi recenti di gran lunga prevalente rispetto a quella proveniente dal continente africano.

All'interno di un contesto così complesso, lo scopo di questo contributo è quello di approfondire il ruolo che nella gestione del fenomeno migratorio hanno avuto gli enti territoriali – e in particolare Comunità autonome (CCAA) e Comuni – in uno Stato fortemente decentrato come la Spagna⁵, per il quale (al pari

mediterraneo, Milano, 2016.

² Per una riflessione di contesto, v. L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *federalismi.it*, Numero speciale, 2, 2019, 63 ss. e bibliografia ivi citata.

³ In entrambe le città i luoghi di frontiera sono cinti da muri (alti circa sei metri) come barriera fisica all'ingresso dei migranti: quotidianamente si producono tuttavia tentativi di salto, anche in massa, degli stessi, con episodi di grande violenza tanto nei confronti dei migranti quanto delle forze di polizia deputate al presidio dei confini. Spesso a tali “salti” seguono espulsioni in massa dei soggetti che hanno fatto così ingresso nel territorio nazionale. Per un inquadramento recente dei fatti, v. il rapporto dell'Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2019*, 130 ss., disponibile al seguente link: www.apdha.org/wp-content/uploads/2019/02/informe-frontera-sur-2019-web.pdf.

La *ley orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana*, ha introdotto nella legge sugli stranieri (di cui si dirà oltre) uno speciale regime di espulsione degli stranieri proprio per far fronte ai casi di Ceuta e Melilla (soprannominata *devolución en caliente*, “espulsione a caldo”), sul quale v. M.T. Acosta Penco, *Rechazo en frontera y derechos humanos*, in *Revista española de derecho administrativo*, 193, 2018, 275 ss. e L.M. Calvo Mariscal, *Situación actual del asilo y refugio en la frontera sur de España. La práctica en las ciudades de Ceuta y Melilla*, in Aa.Vv., *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, 2018, 233 ss. V., inoltre, in prospettiva più ampia, L. Beurdeley, *Ceuta et Melilla: des espaces frontières européens atypiques et vulnérables au cœur d'enjeux (diplomatiques, politiques, socio-économiques) hispano-marocains*, in P. Icard (dir.), *L'Union européenne au défi de ses frontières*, Clément Juglar, 2018, 57 ss.

⁴ La recente riforma dello Statuto della CA delle Canarie (*Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias*) dà riscontro di questa situazione. In particolare, l'immigrazione viene ricompresa fra gli ambiti in cui lo Statuto impegna tutti i poteri pubblici ad adattare le proprie politiche alla lontananza, la insularità e la condizione ultraperiferica delle Canarie (art. 3). Inoltre, l'art. 144 (competenze in materia di immigrazione) stabilisce che, proprio in considerazione della sua peculiare situazione geografica, alla CA venga garantita una previa partecipazione precettiva nella determinazione del contingente di lavoratori stranieri destinato alla stessa.

⁵ La dottrina spagnola fa ormai spesso riferimento alla nozione di Stato federale, in alternativa a quella di *Estado autonómico*, per descrivere l'ordinamento istituzionale del Paese: v. per alcune considerazioni critiche E. Aja, *Estado Autonómico y Reforma Federal*, Madrid, 2014; E. Sáenz

dell'Italia) l'immigrazione si è manifestata nel tempo come una novità sul piano sociale, essendo piuttosto la sua storia caratterizzata nel corso del Novecento da una *emigrazione* massiva.

Ripercorrendo per sommi capi queste tendenze sociali di fondo, si può osservare come nel 1978 i Costituenti avessero di fronte ai loro occhi un panorama piuttosto netto: un milione di Spagnoli emigrati soltanto negli anni dal 1960 al 1974⁶, su una popolazione che in quello stesso periodo mostrava comunque un *trend* crescente (approssimativamente, da trenta a trentacinque milioni di abitanti). Si tratta di un fenomeno che si è mantenuto costante nel corso del Novecento, a causa del ritardo complessivo del Paese nello sviluppo industriale e urbano: non deve stupire, dunque, l'assenza di articolate disposizioni in materia di immigrazione nella Carta fondamentale e, anzi, la prevalenza in questa fase dell'interesse alla tutela degli emigranti spagnoli⁷.

È nel corso degli anni Ottanta che la tendenza si inverte e la Spagna diventa un Paese di immigrazione, anche a causa dello sviluppo economico conseguente, fra le altre cose, all'ingresso nella Comunità Economica Europea nel 1986. La composizione della compagine degli immigrati in questo periodo, dal punto di vista della provenienza geografica, vede una prevalenza di soggetti provenienti dall'America latina, la cui circolazione e integrazione era resa più semplice (come

Royo, *Desmontando mitos sobre el Estado autonómico. Para una reforma constitucional en serio*, Madrid, 2014; J.M. Vera Santos, *Algunas precisiones terminológicas doctrinales, curiosamente olvidadas, referidas a la definición territorial de cualquier Estado (también de España)*, in J. Oliver Araujo (dir.), *El futuro territorial del Estado Español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Valencia, 2014, 159 ss. V. inoltre, sul perdurante interesse scientifico delle categorie di "federalismo" e "regionalismo", G. Rolla, *Federalismo e Regionalismo in Europa. Alcune riflessioni sulle dinamiche in atto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, Numero speciale, 2019, 657 ss.

⁶ Per un quadro generale, v. A. Izquierdo, *La inmigración en España, 1900-1990*, Madrid, 1992 e Id., *La Inmigración Inesperada. La población extranjera en España (1991-1995)*, Madrid, 1996.

⁷ In questo senso, espressamente, l'art. 42 Cost.: «El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno». È evidente l'analogia di finalità e contenuto con l'art. 35, comma 4, della Costituzione italiana. Per contro, più ambiguo è il significato dell'art. 13.1, secondo il quale le libertà fondamentali sono garantite agli stranieri in Spagna nei termini stabiliti «dai trattati e dalla legge», specialmente se letto in combinato disposto con quelle altre disposizioni costituzionali (come l'art. 19, relativo alla libertà di circolazione sul territorio nazionale) che formalmente affermano la titolarità del diritto in capo a «los Españoles». Il *Tribunal constitucional* ha chiarito che, una volta che il legislatore o un trattato internazionale sottoscritto dalla Spagna abbiano fissato le condizioni di accesso dello straniero a un determinato diritto fondamentale, allora lo straniero può essere titolare del diritto stesso, con tutti gli strumenti di tutela che ne conseguono, fra i quali spicca il ricorso individuale (*recurso de amparo*) di fronte al *Tribunal constitucional* (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, 116/1993, de 29 de marzo, e 242/1994, de 20 de julio). Inoltre, il legislatore deve ritenersi vincolato al rispetto di tutti i diritti fondamentali «inerenti alla dignità della persona umana», ovvero quelli che sono imprescindibili per la garanzia della dignità stessa, quali il diritto alla vita, all'integrità fisica e morale, all'intimità, alla libertà di pensiero, alla tutela giurisdizionale, al gratuito patrocinio, alla libertà, alla sicurezza e alla non discriminazione per ragioni di nascita, razza, sesso, religione o qualsiasi altra condizione personale e sociale (dottrina affermata in numerose sentenze e da ultimo compendiata nella STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3). Discorso diverso per il diritto di voto, espressamente riservato ai soli cittadini spagnoli (come si dirà meglio, *infra*, par. 4.3).

accennato) dalla omogeneità linguistica e dall'affinità culturale, e dal Marocco, in ragione della prossimità territoriale⁸. Il fenomeno dell'immigrazione si accentua tuttavia a partire dal nuovo millennio soprattutto sul piano quantitativo⁹, ma novità si registrano anche su quello "qualitativo": acquistando sempre più peso l'immigrazione proveniente dall'Africa, in particolare dal Maghreb, nonostante quella proveniente dall'America latina rimanga preponderante¹⁰.

Negli ultimi anni, infine, come negli altri Paesi dell'Europa meridionale, i flussi migratori assumono in Spagna connotati emergenziali con l'arrivo proprio attraverso la "porta" del Mediterraneo di sempre maggiori contingenti di richiedenti asilo e protezione internazionale, molti dei quali destinati ad assumere però la qualifica di stranieri in posizione irregolare¹¹.

2. Gli spazi di intervento per le Comunità Autonome aperti "dall'alto": dal testo costituzionale alla legislazione organica statale

90

2.1 Il punto di partenza: l'originaria lettura centralistica del riparto di competenze e la "prima fase" della legislazione sull'immigrazione

Le trattazioni della dottrina spagnola sul decentramento territoriale rispetto alla disciplina e alla gestione dell'immigrazione e dell'integrazione degli stranieri partono dalla presa d'atto della netta impostazione centralistica impressa inizialmente alla materia dalla disposizione contenuta nell'art. 149.1.2 della Costituzione del 1978, che riserva alla competenza esclusiva statale «nazionalità, immigrazione, emigrazione, condizione degli stranieri (*extranjería*) e diritto di asilo»¹².

Tale disposizione viene inizialmente interpretata nel senso di escludere radicalmente la legittimità di interventi normativi delle CCAA in quest'ambito, in

⁸ V. Aguado i Cudolá, *La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione. Stato, Regione e governo locale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 5, 2004, 813.

⁹ Assumendo come criterio i registri municipali (*padrón municipal*), gli immigrati passano dal 2,28% della popolazione nel 2000 (938.879) al 12 % nel 2009 (5.598.691): ma si tratta di un dato parziale che non tiene conto dell'immigrazione non registrata.

¹⁰ Instituto Nacional de Estadística (INE), *Encuesta nacional de inmigrantes 2007. Una monografía*, Madrid, 2009, disponibile sul sito istituzionale dell'ente: www.ine.es. Si fa anche notare come proprio in questa fase (1996-2004) la questione dell'immigrazione assume visibilità a livello sociale e viene incorporata nell'agenda politica, venendosi parallelamente a creare – come si dirà anche meglio oltre, nota 27 – una significativa instabilità sul piano della legislazione: E. Conejero Paz, *La política de inmigración en España*, in *3c empresa*, 1, 2012, part. 10-12 e 15-17.

¹¹ Il *Ministerio del interior* mette a disposizione a cadenza regolare i dati dell'immigrazione irregolare al seguente indirizzo: <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2018>. I rapporti disegnano una tendenza all'aumento degli arrivi, rispettivamente del 16,7% fra 2014 e 2015, del 53,7% l'anno successivo, e di oltre il 130% fra 2017 e 2018.

¹² È utile ricordare brevemente che, nel sistema costituzionale spagnolo, le competenze delle CCAA non sono stabilite direttamente dalla Costituzione ma vengono assunte dalla singola CA tramite l'adozione dello Statuto di autonomia (art. 147 Cost.). Per un'illustrazione approfondita, v. S. Gambino, J. Lozano Miralles, F. Puzzo, J.J. Ruiz Ruiz, *Il sistema costituzionale spagnolo*, Padova, 2018, 287 ss.

ossequio a una lettura rigorosa del concetto di “competenza esclusiva statale”. Questa lettura della disposizione entra però sempre più in crisi, specialmente a partire dagli anni Novanta, di fronte al crescere del fenomeno migratorio, e quindi alla posizione *effettiva* del problema sul piano politico e amministrativo¹³. Un simile contesto rendeva evidente come le amministrazioni regionali e locali sarebbero state chiamate a giocare un ruolo centrale nella gestione del fenomeno migratorio in ragione della «efficacia amministrativa e prossimità al cittadino delle amministrazioni autonome»¹⁴.

Prima ancora che nella giurisprudenza costituzionale – all'interno della quale spicca la sentenza n. 31/2010, di cui si dirà a breve – questa evoluzione si registra nella legislazione statale in materia. Da un punto di vista cronologico, si possono individuare tre fasi, scandite da altrettante leggi organiche: la fase 1978-2000; la fase 2000-2009 e la fase attuale¹⁵.

Al momento di approvazione della Costituzione era vigente il Regolamento del 1974, ancora impregnato della logica propria del periodo autoritario, che rifuggiva dall'approvazione di norme realmente in grado di vincolare la discrezionalità dell'Amministrazione pubblica¹⁶. Tralasciando alcune modifiche settoriali, bisogna aspettare il 1985 perché venga approvata la prima regolazione strutturale della materia: si tratta della *Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, approvata su iniziativa del primo governo socialista di Felipe González su pressione degli altri Paesi europei in vista dell'ingresso della Spagna nella CEE: il timore era infatti quello che lo Stato iberico si trasformasse nella porta per un'immigrazione illimitata in area europea¹⁷.

¹³ J. García Roca, *Inmigración, integración social de los extranjeros y concurrencia de competencias territoriales*, in Aa.Vv., *Derecho, Inmigración e Integración. XXIX Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado*, Madrid, 2008, part. 54 ss. Anche gli Statuti di autonomia della prima generazione dimostrano di fare ossequio a questa interpretazione, non includendo la materia immigrazione fra le competenze delle CCAA (a differenza, come si dirà, di alcuni Statuti della seconda generazione). Inoltre, lo Statuto catalano del 1979, nel riconoscere alla CA la possibilità di istituire una polizia autonoma, precisa che rimangono in ogni caso riservate alla polizia statale, fra le altre cose, «control de entrada y de salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, emigración e inmigración, pasaportes, documento nacional de identidad» (art. 13.7).

¹⁴ F.J. Donaire Villa, D. Moya Malapeira, *Marco competencial y organización administrativa de la inmigración*, in D. Boza Martínez, F.J. Donaire Villa, D. Moya Malapeira (coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, 2012, 522.

¹⁵ Seguiamo qui lo schema proposto da E. Aja, *Inmigración y democracia*, Madrid, 2012, 65 ss. Per una ricostruzione sul piano diacronico v. anche L. Delgado Godoy, *La política de inmigración en España, 1985-2010*, in A. Palomar Olmeda (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, I, 107 ss.

¹⁶ Da qui, la diffidenza di parte della dottrina spagnola, dopo la transizione costituzionale, nei confronti della discrezionalità amministrativa e l'accento sul ruolo del giudice amministrativo come garante della legalità dell'azione amministrativa: E. García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1995. V. inoltre sulla costituzionalizzazione dell'ordinamento amministrativo spagnolo, E. D'Orlando, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2013, 107 ss.

¹⁷ E. Aja, *Inmigración y democracia*, cit., 69.

L'esito sarà una legge centrata sulla repressione dell'immigrazione irregolare e sulla previsione di numerosi casi di espulsione, anche a fronte di irregolarità amministrative di minore importanza¹⁸, oltre alla significativa limitazione di alcune libertà fondamentali nei confronti degli stranieri¹⁹.

È chiaro che in un ordito normativo ispirato a tali principi non vi poteva essere spazio per le autonomie territoriali, in quanto la scena era del tutto occupata dalle funzioni d'ordine – interno ed esterno – svolte dagli apparati ministeriali, e segnatamente dal *Ministerio del interior* e dal *Ministerio de asuntos exteriores*. Sulla base di questa legge che la Spagna ha cercato di governare la complessa transizione del Paese da terra d'emigrazione a meta d'immigrazione, vedendosi infine costretta – dopo quindici anni – ad approvare una nuova legge organica, per molti aspetti profondamente innovativa della precedente²⁰.

2.2 La progressiva apertura al decentramento nella “seconda fase” e nella “terza fase” della legislazione statale

La spinta determinante per una significativa evoluzione del quadro regolatorio dell'immigrazione in Spagna viene ancora una volta dal contesto sovranazionale: l'ampliamento delle competenze e dell'intervento dell'Unione europea in materia²¹, assieme ad un sempre più penetrante controllo della Corte EDU²² – tutti ispirati ai principi di equo trattamento e di rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri presenti sul territorio europeo – rendevano sempre più evidente la natura ormai obsoleta della legge organica del 1985. Una maggioranza

¹⁸ Da questo punto di vista, il rigore della legge verrà mitigato dall'approvazione del nuovo regolamento attuativo, approvato con *Real Decreto* 155/1996, de 2 de febrero, il quale tuttavia – per ovvie ragioni inerenti la gerarchia delle fonti – non avrebbe potuto modificare radicalmente l'impianto di base della normativa. Nel vigore della legge del 1985 in alcuni casi non era nemmeno previsto l'onere motivazionale, in ossequio a una visione del provvedimento di concessione del visto come atto di discrezionalità politica connesso alla sovranità statale nell'ambito delle relazioni internazionali: v. in senso critico V. Aguado i Cudolá, *Libertades de circulación y residencia: el visado como control de entrada de extranjeros*, in L. Pomed Sánchez, F. Velasco Caballero (eds.), *Ciudadania e inmigración. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, VI, Zaragoza, 2003, 290 ss.

¹⁹ Queste limitazioni sono state poi in parte censurate dal *Tribunal constitucional*, il quale ha ritenuto che – sebbene la Costituzione riconosca al legislatore la possibilità di sottoporre l'esercizio dei diritti fondamentali degli stranieri ad alcune condizioni – ciò nondimeno lo stesso deve rispettare le prescrizioni costituzionali che riconoscono direttamente anche agli stranieri taluni diritti fondamentali, come nel caso dei diritti di riunione e associazione (STC 115/1987, de 7 de julio).

²⁰ I. Blázquez Radríguez, *L'organizzazione delle competenze in materia d'integrazione: uno sguardo al ruolo delle Comunità autonome spagnole*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, part. 327-329.

²¹ Si pensi in particolare alle competenze assunte dall'UE dopo il Trattato di Amsterdam, al Trattato di Schengen, agli orientamenti espressi nel Consiglio di Tampere del 1999, che troveranno sbocco fra l'altro nella Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica: per un quadro di lungo periodo v. P. Gargiulo, *I diritti sociali dei migranti: il quadro normativo internazionale ed europeo*, in L. Montanari, C. Severino (cur.), *I sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie*, Napoli, 2018, 31 ss.

²² Con particolare riferimento ai diritti sociali, v. E.V. Zonca, *Cittadinanza sociale e diritto degli stranieri. Profili comparatistici*, Padova, 2016, 113 ss.

anomala, composta da tutti i partiti allora in Parlamento eccetto il partito di governo (il *Partido Popular*), approvava allora la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los Derechos y Libertades de los Extranjeros y su integración social*, nota con l'acronimo LODYLE, che contiene un'ampia elencazione dei diritti degli stranieri regolari (e anche in parte di quelli in posizione irregolare) in senso tendenzialmente egualitario rispetto ai cittadini, limita i casi di espulsione e riduce i margini di discrezionalità amministrativa²³.

Coerentemente con questa nuova attenzione per la dimensione dei diritti, anche sociali, degli stranieri, la legge apre per la prima volta uno spazio per gli enti decentrati anche all'interno delle competenze statali: da un lato, vengono trasferite agli stessi alcune competenze amministrative, in particolare l'adozione di alcuni pareri rilevanti nei procedimenti statali²⁴, dall'altro si stabilisce che il registro comunale (*padrón municipal*) sia il punto di riferimento per individuare i titolari di numerose prestazioni sociali²⁵; viene poi istituito un organo di coordinamento fra Stato, CCAA e Comuni in materia: il *Consejo Superior de Política de Inmigración*²⁶. La LODYLE del 2000 e il relativo regolamento attuativo (REDYLE), a sua volta riferimento normativo di grande importanza, costituiranno per quasi un decennio l'impianto di fondo della disciplina dell'immigrazione dato che i successivi interventi in senso restrittivo o ampliativo, a seconda delle contingenti maggioranze politiche, non giungeranno a mutarne i principi fondamentali o a incidere sul ruolo ormai acquisito dagli enti territoriali in materia²⁷.

Alla fine del decennio scorso, e dopo una fase di attivismo delle Comunità Autonome che – nella fase di approvazione di alcuni Statuti definiti “di seconda generazione” (di cui si dirà a breve) – avevano ottenuto un riconoscimento e un ampliamento delle proprie competenze in materia di immigrazione, è stata adottata un'ampia riforma della LODYLE, con l'adozione della *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, che apre la cd. “terza fase” della regolazione dell'immigrazione.

²³ Sulla legge del 2000, v. ad esempio E. Aja, *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, 2000.

²⁴ Ad esempio: *Informe de adecuación de vivienda con fines de reagrupación familiar, informe de arraigo social*. V. *infra*, par. 3.2.

²⁵ Su questo aspetto, v. *infra*, par. 4.2.

²⁶ Sull'importanza della cooperazione fra livelli di governo in materia di immigrazione, ci si concentrerà nel par. 5.

²⁷ Ci si riferisce in particolare alla *Ley Orgánica 8/2000*; alla *Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*; alla *Ley Orgánica 14/2003* e al *Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre* (nuovo REDYLE). Tutti questi interventi sono stati caratterizzati dalla volontà di rimarcare come alla nuova maggioranza di governo corrispondesse un cambiamento nella politica migratoria, causando così una marcata discontinuità nelle linee di fondo della politica stessa: M. Revenga Sánchez, *Las tareas de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración, en particular a la luz de la ley orgánica 2/2009, de reforma de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social*, in J. Tornos Mas (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2009*, Barcelona, 2010, 113.

Rinviando ai prossimi paragrafi per un'analisi dettagliata degli spazi riconosciuti agli enti decentrati nella più recente versione della LODYLE, si possono fin d'ora mettere in luce due rilevanti profili strutturali, contenuti nei nuovi articoli 2-bis e 2-ter. Il primo stabilisce i principi relativi alla politica dell'immigrazione, chiarendo come l'azione governativa debba svolgersi nel rispetto (*sin perjuicio*) delle competenze che possano essere state assunte dalle CCAA e dagli enti locali: la legge organica dimostra così di riconoscere la possibilità di un reale *pluralismo* politico-territoriale nella gestione dell'immigrazione, ovvero che i diversi livelli di governo e le diverse comunità territoriali possano esprimere visioni differenti sulla maniera di affrontare questa delicata questione – che riveste oggi un rilievo centrale anche nell'aggregazione del consenso politico – in particolare rispetto al profilo dell'integrazione dei migranti²⁸. E proprio all'integrazione è dedicato il successivo art. 2-ter, che individua come obiettivo di tutti i poteri pubblici «la piena integrazione degli stranieri», ribadendo che la relativa azione dovrà svolgersi «nei termini previsti dalla Costituzione, dagli *Statuti di autonomia* e dalle altre leggi» e, soprattutto, all'interno di una collaborazione fra tutti i livelli di governo. A fronte di questo accento sul tema dell'integrazione nelle disposizioni generali, non si trova però una corrispondente regolazione di dettaglio all'interno della legge, tanto che questo relativo “silenzio” è stato letto come un'ammissione da parte del legislatore statale del fatto che, se il controllo dei flussi migratori e dei profili relativi alla sicurezza pubblica resta saldamente nelle mani dello Stato, allo stesso tempo il protagonismo delle autonomie territoriali si può esplicitare proprio con riferimento alla realizzazione di una piena integrazione dello straniero nelle rispettive comunità²⁹.

²⁸ Un esempio di questa differenziazione si è avuto rispetto alla disciplina dei diritti sociali degli immigrati negli Statuti di seconda generazione: T. de la Quadra-Salcedo Ianini, *Los derechos sociales de los extranjeros: nueva y viejas garantías*, in S. Díez Sastre (dir.), *Inmigración y gobiernos locales*, Madrid, 2010, part. 157 ss. L'Autore osserva come alcuni nuovi Statuti (si ricorda: adottati dal Parlamento su iniziativa delle CCAA) – ad esempio quello andaluso e quello catalano – si siano mossi consapevolmente in una direzione ampliativa, di “avanguardia”, stabilendo il diritto di «tutte le persone ... ad accedere in condizioni di uguaglianza e gratuità» ai servizi sanitari, mentre altri (ad esempio quello di Castilla y León) abbiano stabilito condizioni più restrittive. Altra dottrina esprime la preoccupazione che la diversificazione delle discipline statutarie possa condurre a una limitazione del principio di eguaglianza e propone un'“interpretazione integratrice” (*interpretación integradora*), secondo la quale allo Stato spetta il compito di definire lo *standard* minimo di tutela dei diritti mentre alle CCAA quello di darvi attuazione ed eventualmente ampliarlo: N. Pérez Sola, *Funciones y competencias de las Comunidades Autónomas en inmigración*, in I. Blázquez Rodríguez (dir.), *Regiones, Unión Europea e integración de inmigrantes. Una perspectiva desde el Derecho comparado*, Barcelona, 2008, part. 17 ss. Come si vedrà *infra*, par. 6, le possibilità di differenziazione hanno tuttavia subito una limitazione in ragione della spinta omogeneizzatrice derivante dalla crisi economico-finanziaria.

²⁹ Nonostante la rubrica della LODYLE richiamasse la «*integración social*» degli stranieri già nella versione originaria del 2000, l'introduzione dell'art. 2-ter nel 2009 è stata salutata come il primo tentativo di “regolazione minima” di tale aspetto nonché l'introduzione di un nuovo principio – sebbene di rango legislativo – nella normativa sull'immigrazione (A. Olesti Rayo, D. Moya Malapeira, *La integración social de los inmigrantes en la LODYLE y su reglamento*, in D. Boza Martínez, F.J. Donaire Villa, D. Moya Malapeira (coords.), *La nueva regulación de la*

3. L'intervento “dal basso” delle Comunità Autonome sulla base delle competenze statutarie

3.1 Le politiche di accoglienza e integrazione dei migranti svolte dalle Comunità Autonome sulla base delle proprie competenze in materia sociale

Come già rilevato, l'approccio centralistico contenuto nella Costituzione del 1978 rifletteva una situazione socio-politica nella quale il fenomeno dell'immigrazione non si poneva se non in misura marginale. Una simile impostazione non poteva però reggere alla posizione *effettiva* della questione e, in particolare, all'impatto del fenomeno sul sistema di *welfare* pubblico³⁰.

L'aumento quantitativo dell'immigrazione imponeva infatti alle amministrazioni pubbliche di assumersi compiti nuovi e specifici: se infatti le funzioni di controllo degli ingressi e del soggiorno sul territorio statale – attribuite alle amministrazioni centrali – si potevano svolgere in maniera indifferenziata, essendo solo maggiormente sollecitate sul piano quantitativo, erano i servizi propri dello Stato sociale ad essere chiamati ad affrontare da un punto di vista sostanziale il problema dell'accoglienza e dell'integrazione del migrante, al fine di garantire sempre quel nucleo minimo di diritti che la giurisprudenza costituzionale spagnola ritiene espressione della *dignidad humana*³¹.

Il punto è che molti degli ambiti riferibili a questo secondo gruppo – sanità, istruzione, assistenza sociale, etc. – sono materie di competenza concorrente o addirittura esclusivamente delle CCAA fin dai primi Statuti di autonomia³²: questo

inmigración y la extranjería en España, cit., 63). La definizione di integrazione data dalla disposizione è piuttosto ampia, ancorché generica: si afferma che l'integrazione debba avvenire «in un quadro di convivenza di identità e cultura diverse senza altro limite che il rispetto della Costituzione e della legge» in modo «trasversale a tutte le politiche e i servizi pubblici, promuovendo la partecipazione economica, sociale, culturale e politica ... in condizioni di uguaglianza di trattamento». Quali ambiti specialmente rilevanti si individuano la formazione sui valori costituzionali, statutari ed europei, sui diritti umani e i valori democratici, l'accesso al sistema educativo e al lavoro.

³⁰ In questo senso v. ad esempio V. Aguado i Cudolá, *La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione*, cit., 813 ss.

³¹ V. *supra*, nota 7.

³² Più precisamente, anche se schematicamente (seguendo V. Aguado i Cudolá, *La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione*, cit., 824 ss.), fra le competenze esclusive vengono fatte generalmente rientrare quelle in materia di servizi sociali e di casa di abitazione mentre fra quelle di competenza concorrente la sanità e l'istruzione. Anche le competenze esclusive delle CCAA devono tuttavia confrontarsi con interventi statali basati su competenze esclusive dello Stato ritenute titoli di intervento “orizzontali”, come ad esempio quelle in materia di condizioni fondamentali in materia di diritti e doveri degli spagnoli (art. 149.1.1, Cost.), principi fondamentali e coordinamento della pianificazione generale dell'attività economica (art. 149.1.13), finanza e debito pubblico (149.1.14), norme fondamentali sul regime giuridico delle Amministrazioni pubbliche e dei pubblici funzionari e sul procedimento amministrativo comune (art. 149.1.18), tutto questo analogamente, peraltro, a quanto avviene in Italia sulla base di quelle che la dottrina chiama talora competenze “trasversali” (M. Carli, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, 2018, 98) e ad altre clausole ampie che sono presenti in numerose Costituzioni federali e sono state usate per operare un accentramento del potere in capo alla Federazione (v. ad esempio, per la *commerce clause*, E. Mostacci, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Milano, 2018).

basta di per sé a mandare in crisi la concezione dell'immigrazione come materia di competenza esclusivamente statale, in quanto le CCAA iniziano a svolgere le funzioni di accoglienza dei migranti e a porre in essere specifiche politiche d'integrazione.

Questa azione delle autonomie è di difficile inquadramento da un punto di vista giuridico: vi è chi parla di esercizio “di fatto” di competenze in materia di immigrazione da parte delle CCAA, chi invece sostiene si tratti di una trasformazione della competenza sull'immigrazione da materia di competenza esclusiva statale in materia di competenza concorrente³³. Alla luce della consolidata esperienza degli Stati federali e regionali dal punto di vista del riparto costituzionale di competenze – e in special modo di quanto avvenuto in Italia post-2001³⁴ – non stupisce che la lettera della Costituzione possa essere stravolta dalla prassi e interpretata in maniera variabile a seconda delle problematiche concrete che si pongono nell'esperienza costituzionale³⁵. Vero è che spesso ciò avviene per giustificare un più preponderante intervento dello Stato, mentre nel caso di specie il movimento è avvenuto in senso centripeto: probabilmente dirimente è stata la titolarità in capo alle CCAA delle competenze amministrative e gestionali di primari servizi sociali, che ha posto le stesse nelle condizioni di *dover* agire per far fronte efficacemente alle problematiche che via via si ponevano.

Già a questo punto, è opportuno rilevare due conseguenze di questo sorgere “dal basso” dell'azione delle CCAA in materia.

In primo luogo, si produce una fisiologica differenziazione all'interno delle politiche d'integrazione e delle forme di tutela dei diritti sociali degli stranieri, differenziazione che riflette a sua volta le scelte politiche poste in essere dalle

³³ V., al proposito, con ampie argomentazioni e parallelismi con altre competenze statali ed autonome, J.A. Montilla Martos, *Las funciones y competencias de las Comunidades Autónomas en inmigración*, in E. Aja, J.A. Montilla, E. Roig, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, 23 ss.

³⁴ Per una ricostruzione, v. A. D'Atena, *Diritto regionale*, Torino, 2019, 156 ss.

³⁵ Per gli studiosi del riparto territoriale del potere l'approccio al tema secondo schemi dinamici, volti a mettere in luce i processi centrifughi e centripeti, costituisce un dato acquisito soprattutto sulla base della teorizzazione compiuta originariamente in campo politologico da Carl Friedrich (sul quale v., ad esempio, A. La Pergola, *L'«empirismo» nello studio dei sistemi federali: a proposito di una teoria di Carl Friedrich*, in Id., *Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie «garantite». Riflessioni comparatistiche sul federalismo e sul regionalismo*, Padova, 1987, 123 ss.). Il caso che si analizza nel presente contributo offre un buon esempio della validità di questa teorizzazione, in quanto il riparto di competenze costituzionalmente previsto è stato “sollecitato” diversamente a seconda delle dinamiche sociali in atto, tanto che – di fronte al farsi dell'immigrazione fenomeno attuale e significativamente impattante – gli apparati regionali e locali che già svolgevano compiti in materia sociale non hanno potuto che porre in essere “politiche” anche in materia di immigrazione. Come si vedrà nel successivo par. 3.3, questa parziale flessibilità e permeabilità del riparto delle competenze alla realtà sociale dipende in misura preponderante dall'atteggiamento assunto di volta in volta dal giudice costituzionale, quale garante del riparto di competenze fra livelli di governo negli Stati federali e regionali: su questo aspetto, v. E. D'Orlando, *La funzione arbitrale della Corte costituzionale tra Stato centrale e governi periferici*, Bologna, 2006 e, per alcune riflessioni più recenti, Id., *Corti costituzionali, crisi economico-finanziaria e forma di Stato regionale*, in *federalismi.it*, 04.09.2019.

CCAA nell'esercizio delle proprie competenze in materia sociale, all'interno delle quali si inseriscono – come detto – le politiche sull'immigrazione³⁶.

In secondo luogo, il fatto che le politiche relative all'immigrazione si ponessero nell'esercizio, di volta in volta, di competenze autonome specifiche e settoriali comportava di per sé il rischio di un'accentuata frammentazione dell'azione in materia della CA. La risposta a questa problematica sono stati i *Planes de inmigración* approvati dalle CCAA: si tratta di strumenti di natura amministrativa con una forte valenza analitica e programmatica, volti a dare coerenza alle misure promosse dall'Esecutivo regionale, tanto sul piano legislativo che su quello amministrativo³⁷.

3.2 Dalla “seconda ondata” statutaria agli spazi aperti dalla legislazione statale: un punto sulle competenze delle CCAA

Il grande livello di strutturazione e complessità delle politiche autonome sull'immigrazione descritto nel paragrafo precedente era stato raggiunto, come si è detto, senza che vi fosse alcun riscontro normativo né a livello costituzionale né all'interno degli Statuti di autonomia. Per questo, la “seconda ondata” di Statuti – aperta da quelli catalano e andaluso del 2006³⁸ – si propone programmaticamente il compito di riordinare, precisare e dare copertura normativa alle competenze di fatto già esercitate dalla CA in quest'ambito.

Ovviamente le disposizioni di questi nuovi Statuti non sono del tutto sovrapponibili: del resto, nel sistema spagnolo lo Statuto di autonomia è precisamente la fonte che esprime in maniera più alta il principio di differenziazione che emerge dalla trama del Titolo VIII della Costituzione del

³⁶ Non è possibile qui compiere un'analisi nello specifico, ma si possono offrire alcune casistiche concrete. Ad esempio, in materia di istruzione, alcune CCAA (come la Comunità di Madrid e l'Andalusia) hanno deciso di modulare l'ingresso nelle classi ordinarie degli alunni stranieri che non conoscono la lingua spagnola, istituendo delle apposite classi specializzate temporanee finalizzate ad una prima fase di accoglienza, non solo linguistica ma anche in senso ampio culturale, mentre la Catalogna ha potuto istituire percorsi formativi specifici che permettessero di garantire l'apprendimento anche della lingua catalana, nel contesto più generale del tutela della lingua che costituisce un obiettivo primario della CA (N. Pérez Sola, *El derecho a la educación*, in E. Aja (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, 2009, part. 408 ss.). Con riferimento ai servizi sociali, si rileva una sostanziale universalità dell'accesso ai servizi di informazione e orientamento della persona, così come ai servizi sociali minimi che vengono offerti in luoghi pubblici (mense, alloggi, etc.) mentre le CCAA modulano in maniera assai differenziata l'erogazione dei servizi di assistenza sociale realizzati a domicilio, come le misure di sostegno per le famiglie in difficoltà: in alcuni casi vi è un'apertura a tutti i soggetti presenti sul territorio, a prescindere dalla loro situazione amministrativa di regolarità, in altri si richiede la registrazione anagrafica (*empadronamiento*) o anche la condizione di regolarità (N. Calcedo Camacho, *Los servicios sociales y la inmigración*, in Aja (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, cit., part. 476-478).

³⁷ Per un inquadramento sulla struttura di questi piani e su alcuni profili critici, v. I. Blázquez Radríguez, *L'organizzazione delle competenze in materia d'integrazione: uno sguardo al ruolo delle Comunità autonome spagnole*, part. 334 ss.

³⁸ Definiti non a caso, sia da un punto di vista cronologico che contenutistico, “statuti faro” di quest'ondata: M. Revenga Sánchez, *Las tareas de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración, en particular a la luz de la ley orgánica 2/2009, de reforma de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social*, cit., 119.

1978³⁹. È tuttavia possibile ordinare gli Statuti secondo un grado di “intensità” – o, se si vuole, di audacia – nel riconoscimento di competenze alla CA, ponendo nel gradino più alto gli Statuti di Catalogna e Andalusia, di cui si dirà a breve, e in quello più basso quello della Comunità Valenziana, che sostanzialmente tace sul punto⁴⁰.

In questa sede, a titolo esemplificativo e in ragione del suo rilievo paradigmatico, si può dunque centrare l’analisi sul nuovo Statuto catalano e in particolare sul suo articolo 138, rubricato proprio «*Inmigración*»⁴¹. Si registra prima di tutto l’attribuzione alla CA di alcune rilevanti competenze esclusive in materia di accoglienza e integrazione quali, ad esempio, prima accoglienza degli immigrati, incluse le azioni socio-sanitarie e di orientamento, politica di integrazione degli immigrati (precisando che esse possono essere disciplinate “nell’ambito delle proprie competenze”), previsione e regolazione dei mezzi necessari per la integrazione sociale ed economica degli immigrati e per la loro partecipazione sociale, previsione con legge di un quadro di riferimento per l’accoglienza e l’integrazione degli immigrati, etc. Si tratta di competenze che si collegano senza dubbio a quelle acquisite in materia sociale già con il primo Statuto di autonomia ma che ricevono ora una collocazione sistematica, anche al fine di fugare la tentazione di una “riappropriazione” da parte del legislatore statale.

Prevede invece l’articolo in esame che la Catalogna sia titolare di una competenza *esecutiva* per quanto riguarda i permessi di lavoro (*autorizaciones de trabajo*), autonomo o dipendente, per gli stranieri che lavorino in Catalogna. Anche questa competenza si salda con le più generali competenze amministrative di cui è titolare la CA in ambito lavoristico, ma riveste un significato del tutto peculiare: lo Statuto prevede infatti che lo straniero presenti la propria istanza unicamente all’amministrazione autonoma, la quale gestisce tutto il procedimento volto all’emissione del permesso, richiedendo pure il parere vincolante all’amministrazione statale relativamente ai requisiti per il soggiorno. Nella

³⁹ STC 16/1984, *de 6 de febrero*, ha riconosciuto che l’accesso di nazionalità e regioni all’autonomia (art. 2 Cost.) è regolato in conformità ad alcuni principi dispositivi che permettono di adeguare il regime di autonomia caso per caso alle peculiarità e alle caratteristiche delle rispettive comunità, sempre – si chiarisce – nei limiti stabiliti dalle norme costituzionali. Va segnalato che non mancano le opinioni critiche: ad esempio S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Tomo VIII, *La organización territorial del Estado – 1*, Madrid, 2015, 108 ss., ritiene che questo principio abbia una «forza esplosiva» rispetto all’Amministrazione statale in quanto genera una «autodeterminazione a ciclo continuo» che indice direttamente sulla struttura costituzionale dello Stato per iniziativa delle forze politiche prevalenti nell’una o nell’altra CA.

⁴⁰ Così, P. Santolaya Machetti, *Extranjería y nuevos estatutos de autonomía*, in *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 4, 2007, 159 ss.

⁴¹ Lo Statuto andaluso, pur muovendosi nella stessa logica di consolidamento e ampliamento delle competenze regionali, pone una particolare attenzione al profilo dei diritti in generale, compresi quelli degli stranieri: ad esempio, l’art. 10.3.17 ricomprende fra gli obiettivi fondamentali della CA: «*La integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en Andalucía*» (e, nello stesso senso, con riferimento ai principi guida delle politiche pubbliche si pronuncia l’art. 37.1.9). Inoltre, l’art. 30 impegna espressamente il Governo della CA a stabilire i meccanismi adeguati per estendere i diritti di partecipazione politica garantiti ai cittadini andalusi anche agli stranieri residenti.

misura in cui tale parere rimanga vincolante, lo Stato non può dunque ritenersi leso nelle proprie competenze, nonostante lo straniero si relazioni con la sola amministrazione autonoma. Di rilievo, infine, che alla competenza esecutiva in materia di permessi di lavoro seguano le relative competenze di controllo e sanzionatorie⁴², che sono un ulteriore strumento di contrasto dell'immigrazione irregolare in mano alla CA.

Lo Statuto catalano stabilisce infine che la CA abbia diritto a partecipare con parere vincolante al procedimento statale di determinazione del numero di lavoratori stranieri assegnato alla Catalogna, cioè alla quota che riguarda direttamente la CA: questa disposizione, tuttavia, verrà dichiarata illegittima dal *Tribunal Constitucional*⁴³.

La decisa affermazione dell'intervento legislativo e amministrativo delle CCAA in materia di immigrazione ha avuto un riconoscimento piuttosto lento da parte della legislazione statale, la quale ha dato rilievo al ruolo delle autonomie soltanto in un secondo momento. La legge organica del 2009 tuttavia, come si è già detto, costituisce un'apertura in questo senso: si può entrare ora maggiormente nello specifico degli spazi aperti all'intervento delle CCAA i quali, come si vedrà, si saldano con le competenze già assunte "dal basso" dalle autonomie.

In questo senso, vi è un esplicito riconoscimento delle competenze di cui sono titolari le CCAA rispetto all'accoglienza e all'integrazione nonché – con alcune limitazioni e cautele – della loro competenza esecutiva sui permessi di lavoro⁴⁴. Merita però mettere in luce il coinvolgimento delle CCAA da parte di questa legge organica anche in ambiti rientranti nella competenza statale, nell'ottica di una gestione più collaborativa dell'immigrazione. In questo senso risaltano – da un lato – l'introduzione di numerosi pareri (*informes*) rilasciati dall'amministrazione regionale e locale relativi alla situazione dell'immigrato (grado di integrazione, situazione abitativa, etc.) e suscettibili di essere utilizzati in procedimenti statali, come quelli per il rinnovo del permesso di soggiorno e – dall'altro – l'attribuzione alle CCAA di competenze relative al delicato profilo dei minori stranieri non accompagnati.

Quanto al primo punto, la legge organica del 2009 ha inserito nel tessuto della LODYLE alcuni pareri di titolarità dell'amministrazione autonoma, e nello specifico il parere relativo alla scolarizzazione obbligatoria dei minori (per gli stranieri che richiedano il rinnovo del permesso di soggiorno o la concessione di quello di lungo periodo⁴⁵), il parere sull'adeguatezza della casa di abitazione quando si richieda il permesso per ricongiungimento familiare⁴⁶; il parere sullo "sforzo d'integrazione" tramite la partecipazione a corsi di formazione per gli

⁴² L'attribuzione delle competenze di controllo e sanzionatorie alle CCAA che abbiano assunto competenze esecutive sui permessi è chiarita a livello regolamentare: artt. 253 e 254, REDYLE.

⁴³ V. *infra*, par. 3.3 sulla decisione n. 31/2010 del *Tribunal Constitucional*.

⁴⁴ Si rimanda a quanto detto sulla legge organica del 2009, *supra*, par. 2.2.

⁴⁵ Art. 9.4, LODYLE.

⁴⁶ Art. 18 2, LODYLE.

stranieri che chiedano il rinnovo di un permesso temporaneo⁴⁷; il parere sull'incidenza dello straniero sull'ordine pubblico, per le CCAA che abbiano una polizia propria⁴⁸ e, infine il parere sull'integrazione dello straniero nei procedimenti di permesso di soggiorno per "radicamento" (*arraigo*)⁴⁹. Si tratta senza dubbio di pareri non vincolanti, che lasciano intatta la discrezionalità dell'amministrazione statale nei relativi procedimenti; tuttavia, la loro introduzione manifesta il riconoscimento che le amministrazioni autonome sono titolari delle principali funzioni volte all'integrazione del migrante e, quindi, nella migliore posizione per valutare il suo grado di integrazione nel tessuto sociale. Ciascuna CA è peraltro competente a individuare l'organo che ha il compito di emettere il parere, il procedimento di adozione e i relativi criteri, registrandosi un certo grado di differenziazione anche sotto questo profilo⁵⁰.

Infine, il rinnovato art. 35 della LODYLE affida alle CCAA importanti competenze relative alla tutela dei minori stranieri non accompagnati, cercando di mitigare la duplicità di trattamento del minore che aveva caratterizzato la legislazione fino a quel momento: da un lato, soggetto fragile che necessita di protezione e, dall'altro, straniero in posizione irregolare da espellere⁵¹. La nuova impostazione ora incorporata dalla LODYLE fa sì che le forze di polizia (statali), una volta identificato il soggetto e accertata la sua minore età (se del caso con l'ausilio del Pubblico Ministero)⁵², lo consegnino direttamente ai servizi sociali della CA, cui è attribuita la competenza per la sua "protezione"⁵³. È la CA, quindi, che è competente ad effettuare verifiche sulla situazione personale e socio-familiare del minore, facilitare il suo inserimento nel mercato del lavoro una volta raggiunta la maggiore età, concludere accordi con soggetti del privato sociale affinché assumano la tutela del minore: tutte attività che evidentemente si legano a loro volta strettamente alle più volte richiamate funzioni in materia sociale e lavoristica già svolte dalle CCAA⁵⁴. Spicca tuttavia anche rispetto a questo consolidato quadro competenziale la facoltà riconosciuta alle CCAA di concludere accordi con i Paesi di origine dei minori per assicurare che la loro tutela e integrazione si realizzi nel

⁴⁷ Art. 31.7, LODYLE.

⁴⁸ Art. 68.4, LODYLE.

⁴⁹ Art. 68. 3, LODYLE.

⁵⁰ Questa variabilità delle discipline regionali è sottolineata ad esempio, con specifico riferimento ai pareri sullo sforzo di integrazione, da A.M. de Lizarrondo Artola, M. Ramírez de Arellano Alemán, *La «integración cívica» y los informes de esfuerzo de integración*, in *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 34, 2013, part. 158 (dove si parla di "palpabile eterogeneità").

⁵¹ In questo senso, v. A. de Palma del Teso, *Los menores inmigrantes no acompañados*, in E. Aja, J.A. Montilla, E. Roig, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, cit., part. 539 ss.

⁵² Art. 35.3, LODYLE.

⁵³ Art. 35.4, LODYLE.

⁵⁴ Il tema dei minori stranieri non accompagnati (MENA, nell'acronimo spagnolo) suscita naturalmente una significativa attenzione dottrinale: v. ad esempio V. Cabedo Mallol, A. Cloquell Lozano (coord.), *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas. La necesidad de colaboración, coordinación y cooperación a nivel nacional y en el seno de la Unión Europea*, Valencia, 2012.

loro contesto d'origine, segno della rilevanza che la legge organica attribuisce alla tutela dei minori⁵⁵.

3.3 I limiti posti dal Tribunal Constitucional con la sentenza n. 31/2010

Le scelte di politica legislativa compiute dagli Statuti di seconda generazione – che come visto esplicitavano e positivizzavano, fra le altre cose, il netto superamento della prospettiva statocentrica nelle politiche migratorie – difficilmente avrebbero potuto mancare di suscitare una reazione delle forze politiche di opposizione: questa reazione si è concretizzata nel ricorso della minoranza del Partito Popolare nel *Congreso* contro lo Statuto di autonomia della Catalogna, ricorso che ha chiamato per la prima volta il *Tribunal Constitucional* a interpretare in maniera sistematica l'art. 149.1.2 della Costituzione, definendo gli spazi che lo stesso avrebbe lasciato alla fonte statutaria nell'attribuire competenze alle CCAA.

Il *Fundamento Jurídico* n. 83 della sentenza n. 31 del 28 giugno 2010 affronta questa questione in maniera sistematica ma non fino in fondo perspicua, tanto da essere bersaglio di critiche sia da parte di alcune opinioni dissenzienti (*votos particulares*) sia da parte della dottrina⁵⁶.

Prima di tutto, il *Tribunal Constitucional* ribadisce che la competenza legislativa esclusiva in materia di immigrazione è riservata allo Stato dall'art. 149.1.12 Cost., tanto che se l'art. 138 dello Statuto catalano, rubricato "*Inmigración*", pretendesse di attribuire la relativa competenza alla CA esso sarebbe senza dubbio incostituzionale. Ritiene tuttavia la sentenza che la costituzionalità di una disposizione non vada valutata sulla base della sua rubrica ma del suo effettivo contenuto e che, in particolare, sia possibile dare un'interpretazione costituzionalmente orientata della competenza "*Inmigración*" prevista dallo Statuto catalano, secondo la quale essa non coinciderebbe con la competenza esclusiva statale di cui all'art. 149.1.12 Cost., con la conseguenza che non si darebbe contrasto fra le due norme.

Si tratta di una distinzione certamente labile sul piano lessicale⁵⁷ ma che si basa su un principio importante: il *Tribunal* si allontana consapevolmente dall'interpretazione secondo la quale la competenza esclusiva statale su

⁵⁵ Art. 35.2, LODYLE. F.J. Donaire Villa, D. Moya Malapeira, *Marco competencial y organización administrativa de la inmigración*, cit., 541, sottolineano trattarsi della prima disposizione statale che riconosce espressamente il potere estero delle CCAA.

⁵⁶ Su questa decisione, v. J.A. Montilla Martos, *Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010*, in *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 14, 2011, 152 ss.; M. Aparicio Wilhelmi, *La decisión sobre la competencias relacionada con la inmigración*, e V. Aguado i Cudolà, *La decisión del Tribunal Constitucional con respecto a las competencias sobre inmigración en el Estatuto de Cataluña de 2006*, entrambi in *Revista catalana de dret públic, Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, 2010, 349 ss.; nonché – per un quadro sintetico dell'interpretazione attuale dell'art. 149.1.12, A. Ruiz Legazpi, *La distribución competencial en materia de inmigración juvenil*, Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, 2014, 37 ss., disponibile sul sito www.gencat.cat

⁵⁷ I *votos particulares* dei giudici J. Delgado Barrio e R. Rodríguez Arribas stigmatizzano questo aspetto, sostenendo che il dato letterale non lascerebbe spazio a dubbi sull'invasione da parte dello Statuto dell'omonimo ambito di competenza legislativa esclusiva statale.

immigrazione e condizione dello straniero andrebbe letta come un titolo orizzontale e onnicomprensivo che abilita il legislatore statale a disciplinare ogni aspetto dei diritti degli immigrati, inibendo qualsiasi intervento delle CCAA in materia⁵⁸, come invece sostiene ad esempio il *voto particular* del giudice Vicente Conde Martín de Hijas⁵⁹.

Secondo il *Tribunal* la competenza sull'immigrazione contenuta nello Statuto catalano e in altri Statuti di autonomia deve essere invece interpretata alla luce delle competenze delle CCAA in materia sociale (educazione, assistenza sociale, sanità, politiche della casa, cultura, etc.): essa non va dunque intesa come attribuzione alla CA di una competenza esclusiva "completa" in materia di immigrazione – quasi ribaltando la lettera dell'art. 149.1.12 Cost. – ma, al contrario, «deve considerarsi circoscritta... alle prime azioni socio-sanitarie e di orientamento [del migrante], di modo che la esclusività che si attribuisce alla competenza autonómica, in quanto manifestazione della competenza assunta in materia di assistenza sociale, risulta limitata dalla competenza esclusiva riservata allo Stato».

Chiarito che, così interpretata, l'inclusione nello Statuto di questa competenza non realizza dunque una lesione *attuale* della competenza statale, s'intende chiaramente che una violazione del riparto costituzionale delle competenze potrebbe però potenzialmente sorgere in un momento successivo, ovvero qualora la CA utilizzasse questo titolo per trasbordare all'interno dell'ambito riservato al legislatore statale, in cui ricade ad esempio la regolazione degli ingressi e dei titoli di soggiorno⁶⁰.

La dottrina ha inoltre sottolineato come la sentenza lasci aperto un ulteriore spiraglio a un ampliamento dei margini di intervento del legislatore statale: essa afferma, infatti, da un lato che la competenza legislativa statale gode di un ruolo

⁵⁸ Particolarmente perspicuo questo passo della decisione che è opportuno riportare per intero: «la evolución del fenómeno migratorio en España impide configurar la competencia estatal ex art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria, en relación con la cual han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.). En este sentido, no puede dejar de señalarse que los Diputados recurrentes expresamente admiten en la demanda que determinadas competencias de la Generalitat (servicios sociales, sanidad, educación, vivienda, etc.) se proyectan y benefician a la población inmigrante, estimando que no existe inconveniente alguno en que se haga una expresa previsión a que esas competencias se ejercerán especialmente al servicio de la integración de los inmigrantes e incluso que se establezca la obligación por parte de las instituciones autonómicas de realizar políticas que, aunando todas esas competencias, tiendan a esa integración social».

⁵⁹ Secondo questo *voto particular* dovrebbe essere ricompresa nella materia immigrazione «tutta l'attività giuridica riferita al trattamento degli immigrati in quanto tali».

⁶⁰ Un aspetto critico della decisione è senza dubbio quello che essa – al di là dei principi enunciati – manca di delimitare in maniera chiara fino a che punto si estenda la competenza esclusiva statale e quindi, di converso, quali siano gli spazi di azione delle CCAA con riferimento ai diversi aspetti della politica migratoria: così M. Aparicio Wilhelmi, *La decisión sobre las competencias relacionada con la inmigración*, cit., 356; J.A. Montilla Martos, *Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010*, cit., 157).

preminente (*preferente*) fra quelle che concorrono alla regolazione dell'immigrazione e, dall'altro, ne definisce i limiti con un'espressione piuttosto criptica e vaga, ricomprendendovi «il regime giuridico che fa dello straniero un immigrato [lett. *que hace del extranjero un inmigrante*] e disciplina le circostanze più immediatamente legate a questa condizione». L'insieme di queste due affermazioni lascia in effetti aperta la possibilità di una applicazione ampia e indiscriminata di questa competenza statale, dissimulando una concezione potenzialmente *gerarchica* del rapporto fra competenze statali e autonome, ove queste ultime si porrebbero per lo più quali competenze *di esecuzione* rispetto alle prime⁶¹.

Per quanto riguarda, infine, la partecipazione delle CCAA nei procedimenti decisionali dello Stato, la sentenza segue una linea interpretativa più rigorosa. Da un lato, essa avalla – nel punto richiamato – la previsione statutaria che istituisce una Commissione bilaterale Stato-CA in materia di immigrazione, ove le questioni presentino uno speciale rilievo per la Catalogna; dall'altro, l'effettiva valenza di questa apertura è ridimensionata da un successivo punto della decisione, nel quale si chiarisce che è però lo Stato con propria legge a «determinare liberamente termini, forme e condizioni della partecipazione della CA», senza che i casi in cui tale partecipazione è prevista possano «impedire o menomare il libero e pieno esercizio delle competenze statali»: tramonta così la prospettiva che in virtù della sola disposizione statutaria la CA possa essere abilitata a incidere in maniera vincolante sulla politica statale dell'immigrazione⁶².

4. Le autonomie locali fra esecuzione delle politiche migratorie statali e regionali ed elaborazione di politiche proprie

4.1 Le competenze comunali in materia di immigrazione: una questione “apparentemente semplice”

In quanto apparati pubblici più vicini agli amministrati, cittadini e non, sono proprio i Comuni ad essere spesso chiamati a far fronte, da un lato, all'esigenza di integrazione sollevata dalle migrazioni e, dall'altro, alle situazioni di difficoltà o di

⁶¹ In questo senso, V. Aguado i Cudolà, *La decisión del Tribunal Constitucional con respecto a las competencias sobre inmigración en el Estatuto de Cataluña de 2006*, cit., 370. Si discute, dunque, su quali profili ricomprenda in concreto la competenza statale così delineata: M. Aparicio Wilhelmi, *La decisión sobre las competencias relacionada con la inmigración*, cit., 356, vi include la distinzione tra cittadino e straniero così come le linee generali della politica migratoria, ovvero il controllo delle frontiere e l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio statale; V. Aguado i Cudolà, *La decisión del Tribunal Constitucional con respecto a las competencias sobre inmigración en el Estatuto de Cataluña de 2006*, cit., 369, vi ricomprende anche «le condizioni minime di esercizio dei diritti e dei doveri». Si può di conseguenza affermare che – a fronte della riproposizione netta della lettera della Costituzione e della natura esclusiva della competenza statale in materia di immigrazione – dal ragionamento del *Tribunal* emerge piuttosto una ricostruzione della competenza in materia di accoglienza e integrazione sociale degli stranieri come competenza concorrente fra Stato e CCAA (J.A. Montilla Martos, *Las competencias autonómicas en inmigración tras la STC 31/2010*, cit., 168).

⁶² STC 31/2010, cit., *Fundamentos Jurídicos*, n. 111.

conflitto sociale, spesso conseguenza della mancanza “a monte” di una gestione strategica del fenomeno migratorio⁶³.

Il quadro delle competenze di questi enti si presenta però tutt'altro che chiaro, tanto che in uno dei principali contributi sul tema si premette che l'individuazione di tali competenze è una questione soltanto “apparentemente semplice”⁶⁴.

In linea di principio, infatti, nel contesto spagnolo è difficile proporsi di compiere un'analisi dettagliata delle competenze dei Comuni avente carattere generale, in ragione del significativo peso della legislazione delle CCAA, le quali, a seconda delle competenze previste dal proprio Statuto, possono decidere di volta in volta di attribuire competenze agli enti locali presenti sul territorio regionale e di delegare competenze proprie ai Comuni⁶⁵. La disciplina degli enti locali è infatti considerata materia di legislazione concorrente fra Stato e CCAA, essendo il primo chiamato a prevedere i principi – o, meglio, le basi (*bases*) – del regime giuridico di tutte le amministrazioni pubbliche, fra le quali sono ricompresi gli enti locali⁶⁶. Il legislatore statale ha a tal fine adottato la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), più volte modificata, che costituisce tuttora il punto di riferimento in materia⁶⁷.

⁶³ Di grandi responsabilità con scarse competenze parla ad esempio J. Garreta Bochaca, *Continuidad y cambios en la gestión de la inmigración*, in *Papers*, 85, 2007, part. 78 ss.

⁶⁴ F. Velasco Caballero, *Políticas y competencias locales sobre inmigración*, in S. Díez Sastre (dir.), *Inmigración y gobiernos locales*, cit., 65 ss.. In tema v. anche V. Aguado i Cudolà, *La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 1, 2003, 69 ss. e Id., *La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione*, cit., part. 828 ss.

⁶⁵ L'art. 27 prevede per Stato e CCAA la possibilità di delegare l'esercizio di proprie competenze agli ee.ll., previa accettazione dell'ente interessato e con la facoltà di riservarsi poteri di direzione e controllo.

⁶⁶ Art. 149.1.18 Cost. spagnola. In questo senso, v. il *Preámbulo* della LBRL che sottolinea allo stesso tempo le evidenti peculiarità delle amministrazioni locali all'interno dell'amministrazione pubblica in generale.

⁶⁷ L'art. 25, LBRL, che apre il Capitolo relativo alle competenze si apre con una clausola generale secondo la quale il Comune può promuovere – nell'ambito delle proprie competenze – qualsiasi attività e prestare tutti i servizi pubblici che contribuiscano a soddisfare le necessità e aspirazioni della comunità locale. La norma elenca poi una serie di competenze che i comuni dovranno esercitare «nei termini stabili dalla legislazione dello Stato e delle CCAA»: questo elenco è stato dunque interpretato principalmente come un mandato vincolante ai legislatori settoriali, statale e autonomico, a conferire competenze agli enti locali nelle materie di volta in volta regolate. All'interno di questo elenco di competenze (nella versione precedente alla modifica del 2013, di cui si dirà), ai fini dell'immigrazione spiccano le seguenti: a) sicurezza nei luoghi pubblici; d) [...] promozione e gestione delle abitazioni; h) protezione della salubrità pubblica; i) partecipazione alla gestione della medicina di base; j) cimiteri e servizi funerari; k) prestazione dei servizi sociali e di promozione e reinserimento sociale; m) attività e infrastrutture culturali e sportive; occupazione del tempo libero; n) partecipare alla programmazione dell'insegnamento e cooperare con l'amministrazione educativa nella creazione, costruzione e sostegno dei centri d'insegnamento pubblici, intervenire nei loro organi di gestione e partecipare alla vigilanza dell'adempimento dell'obbligo scolastico». Le competenze concretamente esercitate dai Comuni sono quindi la risultante di un complesso intreccio fra attribuzioni della legislazione settoriale statale, attribuzioni della legislazione settoriale autonoma, delegazioni da parte di entrambi i legislatori, oltre alle azioni intraprese autonomamente dai Comuni al di fuori di previsioni specifiche. Queste ultime avvenivano, prima del 2013, sulla base della competenza prevista dall'art. 28, che legittimava i comuni

Per quanto riguarda invece nello specifico le materie dell'immigrazione e dell'integrazione degli stranieri, la complessità è ulteriormente acuita dalla mancanza di una competenza specifica in questo senso attribuita agli enti locali⁶⁸, tanto che la dottrina ricostruisce le competenze in materia soltanto in maniera indicativa e tendenziale o, si potrebbe dire, per aree di intervento. A questo proposito, è utile ricorrere alla bipartizione di fondo che – all'interno delle politiche sull'immigrazione – porta a distinguere le politiche di controllo dell'immigrazione dalle politiche di accoglienza e integrazione, distinzione che riecheggia a sua volta quella, di ordine più generale, fra funzioni di polizia (o “d'ordine”) e servizi sociali.

Per quanto riguarda il primo gruppo, vengono in rilievo soprattutto le competenze in materia di sicurezza pubblica: mentre alla polizia nazionale sono riservate le competenze relative al «controllo dell'entrata e uscita dal territorio nazionale di spagnoli e stranieri» e «quelle previste nella legislazione sugli stranieri, ingresso e asilo, estradizione, espulsione, emigrazione e immigrazione»⁶⁹, è affidato ai corpi di polizia locale il compito di rendere effettive numerose normative di natura settoriale (fra le quali quelle in materia urbanistica, di salubrità delle abitazioni, di scolarizzazione dei minori stranieri, ecc.), nell'ambito di un rapporto diretto con le collettività di immigrati⁷⁰. I Comuni sono inoltre titolari di importanti competenze di pianificazione urbanistica, con le quali sono chiamati a far fronte ai problemi legati alla segregazione territoriale (cd.

all'esercizio di attività “complementari” a quelle svolte da altre amministrazioni, in particolare in materia di istruzione, cultura, promozione della donna, casa di abitazione, sanità e protezione dell'ambiente. A seguito dell'abrogazione di detto articolo nel 2013, azioni non espressamente prestabilite dalla legge possono essere svolte nei limiti previsti dal nuovo art. 7.4, LBRL, di cui si dirà nel par. 6.2.

⁶⁸ F. Velasco Caballero, *Políticas y competencias locales sobre inmigración*, cit., 76. Come emerge periodicamente dal dibattito tanto dottrinale quanto politico, l'esercizio di politiche sociali da parte dei Comuni in quest'ambito sarebbe certamente facilitata da una competenza propria in materia di integrazione, coperta da una dotazione finanziaria *ad hoc*. Del resto, a ogni “ondata” migratoria – come si è accennato – il livello locale è quello più sollecitato dalle questioni più concrete: sono rimaste tuttavia inascoltate le voci dottrinali che suggerivano una modifica in questo senso della LBRL (ad esempio, V. Aguado i Cudolà, *La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione*, cit., 833), tanto che i Comuni si trovano periodicamente privi di strumenti e risorse per affrontare la situazione.

⁶⁹ La normativa di riferimento è contenuta nella *Ley Orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad* (LOFCS).

⁷⁰ Art. 25.2, LBRL, e art. 53.1.d), LOFCS. La dottrina mette in luce l'importanza della forma di un tale controllo, mantenendo un atteggiamento collaborativo con le comunità straniere presenti sul territorio e approntando strumenti di comunicazione con le stesse: I. Yambrá Jora, *Policia de servei a la comunitat. Treball conjunt entre la policia i els immigrants*, in Aa.Vv., *Policia catalana i multiculturalitat*, Barcelona, 2000, 26-27. Di particolare rilievo si è rivelata la funzione di autorizzazione e controllo della vendita ambulante, trattandosi di un'attività spesso svolta da immigrati privi di migliori occasioni lavorative: alcuni regolamenti locali hanno stabilito espressamente che in occasione della concessione del relativo permesso si debbano verificare anche il permesso di soggiorno e di lavoro del richiedente; inoltre il controllo del rispetto delle norme sul commercio da parte degli organi di polizia locale, con la conseguenza che il controllo dei venditori ambulanti irregolari da parte della polizia locale diventa spesso lo strumento per individuare gli...immigrati irregolari *tout court*, nel quadro di una collaborazione tra polizia locale e nazionale (V. Aguado i Cudolà, *La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales*, cit., 76).

“ghetti urbani”⁷¹): competenze che si collocano “a metà” fra le funzioni d’ordine (controllo del territorio) e la promozione dell’integrazione, in quanto una più omogenea distribuzione sul territorio delle collettività di immigrati facilita senza dubbio l’integrazione. Fra le funzioni di pianificazione sono poi ricomprese anche quelle relative agli edifici di culto e ai cimiteri ed edifici funerari, che sollevano nuove e peculiari problematiche in un contesto di più accentuato pluralismo religioso⁷². In ultimo, la tenuta dell’anagrafe comunale – il *padrón municipal* – ha suscitato una tale densità di questioni da meritare un’apposita analisi nel paragrafo che segue.

Tratto comune delle funzioni di controllo è una pregnante regolazione da parte di fonti legislative, ovviamente sovracomunali, tanto che in questi ambiti il ruolo degli enti locali non può che essere prevalentemente di esecuzione.

Più complesso è invece il discorso relativamente ai servizi sociali volti all’integrazione dei migranti. La competenza di maggior rilievo di questo secondo gruppo è senza dubbio quella relativa all’assistenza sociale, alla quale sono ascritti numerosi servizi offerti dai Comuni quali quelli di mediazione linguistica, sociale e culturale o i servizi di base connessi alla cd. “prima accoglienza”⁷³: nell’ambito dell’assistenza sociale i Comuni si pongono tanto quali amministrazioni serventi rispetto alle politiche autonome – come attori di una più complessa “rete” di carattere regionale – quanto come ideatori ed esecutori di politiche proprie, attagliate alle esigenze della comunità di riferimento, seppure spesso influenzate dalla necessità di ricorrere a risorse provenienti da bandi statali e regionali, che ne preorientano parzialmente finalità e contenuti⁷⁴. A questa competenza, si

⁷¹ V., anche in chiave comparata, J. Ponce i Solé, *Poder local y guetos urbanos. Las relaciones entre el derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, Madrid, 2002.

⁷² La costruzione e gestione dei cimiteri costituisce un servizio pubblico obbligatorio per i Comuni ai sensi degli art. 25.2.k) e 26.1.a) LBRL. A questo proposito, alcuni accordi fra Stato e confessioni religiose hanno previsto che costituisca un diritto delle rispettive comunità la «concessione di aree riservate per le sepolture nei cimiteri municipali» così come «la costruzione di cimiteri privati, secondo quanto disposto dalla legislazione del regime locale e di sanità» (ad esempio: *Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI)*, art. 2.6, *ley 25/1992 de 10 de noviembre*; *Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España*, art. 2.5, *ley 26/1992, de 10 de noviembre*). I Comuni sono quindi tenuti a dare attuazione a questi accordi approvati con legge statale: a differenza della Costituzione italiana (art. 8), che prefigura direttamente il metodo delle “intese” con le confessioni religiose, la Costituzione spagnola – dopo aver sancito la natura aconfessionale dello Stato – si limita a disporre che «I pubblici poteri terranno conto delle convinzioni religiose della società spagnola e manterranno le conseguenti relazioni di cooperazione con la Chiesa Cattolica e le altre confessioni» (art. 16.3). La legge organica in materia prevede, in maniera specifica, che lo Stato stringa accordi con le confessioni religiose, i quali dovranno poi essere approvati dal Parlamento con legge (art. 7.1, *Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa*).

⁷³ Queste iniziative sono spesso organizzate nel quadro di collaborazioni con organizzazioni del privato sociale: V. Aguado i Cudolà, *La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales*, cit., 83.

⁷⁴ F. Velasco Caballero, *Políticas y competencias locales sobre inmigración*, cit., 98 ss. Anche secondo J. García Murcia, M.A. Castro Argüelles, *La distribución de competencias en materia de inmigración*, in *Temas laborales*, 100, 2009, 262, le azioni dei Comuni riguardo all’immigrazione non possono che concentrarsi sul profilo dell’integrazione ed essere complementari e ausiliari

aggiungono quelle relative all'educazione, specialmente quella pre-scolare, e alle politiche della casa: in entrambi gli ambiti, tuttavia, gli enti locali si raffrontano con una dettagliata legislazione settoriale⁷⁵ e – riguardo alla questione abitativa – anche con appositi piani statali e autonomici, tanto che il ruolo dell'amministrazione comunale è anche in questo caso prevalentemente di esecuzione.

Dal breve quadro sinora esposto emerge l'impressione che gli enti locali svolgano un ruolo prevalentemente esecutivo delle politiche dell'immigrazione disegnate a livello statale e autonomico e questo specialmente con riferimento alle funzioni di controllo: ciò nonostante, vi sono anche importanti spazi in cui si dispiega l'autonomia locale, tanto nell'elaborazione di politiche di accoglienza e integrazione riconducibili alla competenza in materia di assistenza sociale, quanto nell'esercizio della discrezionalità dell'amministrazione locale di fronte a questioni concrete e specifiche in cui è previsto il suo intervento.

La crisi economico-finanziaria, come vedremo, ha spinto tuttavia il legislatore statale ad adottare normative che – al fine di contenere la spesa pubblica – hanno prodotto un deciso irrigidimento del sistema delle competenze dei Comuni, e quindi del loro spazio di azione, con conseguenze significative anche rispetto ai servizi di accoglienza e integrazione degli immigrati rispetto ai quali, come detto, i Comuni non possono contare su una competenza specifica⁷⁶.

4.2 L'obbligo di registrazione anagrafica dei migranti, regolari e irregolari, e il complesso ruolo del *padrón municipal*

Come già accennato, a partire dalla LODYLE del 2000, la fruizione di alcuni servizi sociali di fondamentale importanza (primi fra tutti, l'assistenza sanitaria) è stata garantita anche ai migranti in posizione irregolare a condizione che gli stessi fossero registrati nell'anagrafe comunale, il *padrón municipal*⁷⁷: come si può immaginare, questa scelta del legislatore organico ha conferito una peculiare centralità a questo registro dal punto di vista del diritto costituzionale, in quanto l'iscrizione nello stesso trascende la mera funzione certificativa e statistica che le era tradizionalmente attribuita per divenire *condizione* per l'esercizio di diritti di primaria rilevanza.

rispetto alle politiche statali e autonome, che definiscono il (denso) contesto normativo di rango primario e organico all'interno del quale i Comuni esercitano le proprie competenze.

⁷⁵ Rispetto a questa competenza i profili più delicati sono individuati, da un lato, nel controllo sull'adempimento dell'obbligo scolastico da parte dei minori immigrati e, dall'altro, nella partecipazione alla pianificazione sulla collocazione delle scuole e sulla distribuzione della popolazione straniera nei vari istituti al fine di evitare fenomeni di "ghettizzazione scolastica" (F. Velasco Caballero, *Políticas y competencias locales sobre inmigración*, cit., 108 ss.).

⁷⁶ A questo argomento è dedicato il paragrafo 6.2.

⁷⁷ Nella versione originaria della LODYLE (2000) erano riconosciuti a tutti «*los extranjeros residentes y los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente*» l'assistenza sanitaria (art. 12) e gli aiuti in materia di diritto alla casa (art. 13) alle stesse condizioni dei cittadini spagnoli, nonché il patrocinio gratuito, ove dimostrassero di non avere le risorse per affrontare il giudizio (art. 20). Queste disposizioni sono state però modificate in senso restrittivo nel contesto della crisi economico-finanziaria: v. *infra*, par. 6.1.

In generale, l'obbligo di registrarsi presso il *padrón* grava su tutti i residenti nel territorio comunale, cittadini o stranieri, in posizione regolare o irregolare ed è finalizzata a permettere al Comune di programmare efficacemente i propri servizi, potendo prevedere la platea dei fruitori degli stessi, nonché a garantire la completezza dei dati a disposizione dell'ente statistico nazionale⁷⁸. Per entrare subito nel vivo della problematica costituzionale relativa al *padrón* bisogna subito mettere in luce il *punctum dolens*: si tratta di valutare i profili legislativi, regolamentari e di prassi amministrativa che potrebbero scoraggiare gli immigrati, regolari o irregolari, a registrarsi nel *padrón*, con il rischio che una disciplina posta a tutela del buon funzionamento dell'amministrazione finisca in realtà per limitare il godimento dei diritti fondamentali. A questo riguardo, due sono gli aspetti da prendere in considerazione: (a) i requisiti richiesti per la registrazione (*empadronamiento*) e (b) i possibili usi successivi dei dati che lo straniero conferisce all'amministrazione ai fini della registrazione.

108

Quanto al primo profilo, i requisiti posti a livello legislativo sono legati, da un lato, all'identificazione del richiedente, dall'altro, alla verifica della stabile residenza nel comune. Ai fini dell'identificazione, deve dichiararsi nome e cognome, sesso, domicilio abituale, nazionalità, luogo e data di nascita nonché, per gli stranieri in posizione regolare, numero del permesso di soggiorno (*tarjeta de residencia en vigor*) e N.I.E. (Numero di Identificazione dello Straniero) per coloro che ne siano in possesso, mentre per quelli in posizione irregolare (o privi di questi documenti) è sufficiente il numero di passaporto in vigore del Paese di origine⁷⁹. Le norme regolamentari richiedono poi una prova della legittimità del titolo di occupazione dell'abitazione, come ad esempio un contratto di compravendita o di locazione, un contratto di somministrazione di uno qualsiasi dei servizi relativi alla casa, oppure ancora una dichiarazione del fatto di vivere da un familiare o da un amico⁸⁰.

Già la lettura di questa disciplina fa sorgere una prima osservazione: è evidente che dalla possibilità di registrarsi (e di fruire quindi in condizioni di parità dei servizi pubblici ad essa subordinati) rimane esclusa una significativa categoria di stranieri, quella dei cd. "senza fissa dimora" (*sin hogar*), che rappresentano senza dubbio «un caso estremo di esclusione sociale»⁸¹. Anche l'applicazione concreta

⁷⁸ Artt. 15-18, LBRL. Sulla rilevanza del *padrón* in materia di immigrazione, V. Aguado i Cudolà, *La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)*, cit., part. 59-68; Aa.Vv., *Informe Pi i Sunyer sobre la gestió municipal de l'empadronament dels immigrants*, Barcelona, 2008; A. Solanes Corella, *Inmigración y responsabilidad municipal*, in *Documentación social*, 158, 2010, 191 ss.; I. Villaverde Menéndez, *El padrón municipal, integración social y nueva ciudadanía social. Padrón versus nación*, in S. Díez Sastre (dir.), *Inmigración y gobiernos locales*, cit. 187 ss.

⁷⁹ In nessun caso, specifica la legge, l'iscrizione dello straniero costituirà prova della legalità della sua presenza in Spagna o gli attribuirà diritti che non siano espressamente stabiliti dalla legislazione vigente (art. 18.2, LBRL).

⁸⁰ In Spagna si tratta dell'INE, *Instituto Nacional de Estadística*.

⁸¹ S. Tezanos Vázquez, M.R. Sánchez Morales, *Los inmigrantes "sin hogar" en España. Un caso extremo de exclusión social*, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 55, 2004, 45 ss. Sulla

della disciplina presenta tuttavia dei risvolti problematici, in ragione del tentativo di recupero da parte dei Comuni, titolari del *padrón*, di uno spazio di discrezionalità politico-amministrativa nell'applicazione della relativa normativa che si presenta però, tendenzialmente, di stretta legalità. In altri termini, alcuni Comuni hanno tentato di svolgere, per il tramite del *padrón*, tanto “politiche della casa” quanto “politiche dell’immigrazione”, le quali tendono a loro volta a intrecciarsi nel fenomeno dei cd. “appartamenti barcone” (*pisos pateras*), ovvero appartamenti che vengono utilizzati fittiziamente per registrare moltissimi immigrati, a volte anche dietro richiesta di corrispettivi economici.

Quanto alle politiche della casa, per evitare i fenomeni di sovraffollamento delle abitazioni, così come la trasformazione in abitazioni di luoghi insalubri (o, comunque, originariamente destinati ad altri usi), i Comuni hanno iniziato a introdurre requisiti ulteriori al “titolo di occupazione” per iscrivere le persone nel *padrón*, quali ad esempio l’attestazione di abitabilità, l’autorizzazione scritta del proprietario, specifica documentazione complementare nelle case già occupate e attestazioni di veridicità della documentazione⁸². Uno caso notevole (e assai mediatizzato) è stato quello del Comune di *Torrejón de Ardoz* che, nel 2009, aveva stabilito di esigere per l’iscrizione che in ogni abitazione fossero disponibili almeno venti metri quadrati per persona per evitare gli abusi⁸³. Va detto che queste regolazioni adottate a livello locale, per quanto non sempre ragionevoli e talvolta apertamente vessatorie, rispondono in realtà all’effettiva tendenza ad adottare comportamenti elusivi nei confronti della relativa disciplina, comportamenti ai quali la legge organica del 2009 ha cercato di rispondere a sua volta con sanzioni amministrative e penali nei confronti tanto di colui che commetta falsità gravi nelle dichiarazioni relative al *padrón*⁸⁴, quanto del proprietario che si presti a consentire dette falsità, magari dietro pagamento di somme di danaro⁸⁵.

persistenza del problema a livello sociale, v. l’inchiesta giornalistica M. Martín, S. Rosati, *Vivir sin papeles*, *El País*, 24.03.2018, disponibile sul sito www.elpais.com

⁸² Su questi profili v., nello specifico, V. Aguado i Cudolà, *Inscripció al padró municipal en casos de sobreocupació d’habitatges*, in Aa.Vv., *Informe Pi i Sunyer sobre la gestió municipal de l’empadronament dels immigrants*, Barcelona, 2008, 67-92. È opportuno ricordare che anche la competenza relativa alla salubrità della casa di abitazione deve essere esercitata nel rispetto delle disposizioni di rango primario; a questo proposito, gli art. 12.4 e 13.1 della *Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública*, configurano la competenza locale come funzione di “vigilanza” del rispetto della normativa, alla quale si aggiunge il potere di istituire sanzioni amministrative (art. 56.1). A queste si aggiungono le competenze attribuite o delegate dalle normative autonome (ad esempio, nel caso della Catalogna, *Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda*; *Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad*).

⁸³ E. Aja, *Inmigración y Democracia*, cit., 307.

⁸⁴ Secondo l’art. 53.1.c), LODYLE, costituisce “infrazione grave” commettere falsità nella dichiarazione dei dati obbligatori per completare l’iscrizione nel *padrón municipal* agli effetti previsti dalla legge medesima, sempre che i fatti non costituiscano reato, con la conseguenza che tale comportamento è punito con la multa da euro 501 a euro 10.000 (art. 55.1.b), LODYLE). Sulla necessità di interpretare questa e le successive disposizioni sanzionatorie in senso restrittivo, A. Solanes Corella, *Inmigración y responsabilidad municipal*, cit., 205 ss.

⁸⁵ Il comportamento del proprietario è, ove non remunerato, considerato “infrazione grave” dall’art. 53.2.d), LODYLE, con le conseguenze illustrate alla nota precedente e con la specificazione che in caso di più iscrizioni illecite vengono commesse tante infrazioni quante

Per quanto riguarda i tentativi veri e propri di svolgere “politica dell’immigrazione” con il *padrón* spicca, per l’attenzione suscitata nell’opinione pubblica, il caso del Comune di *Vic*, il cui sindaco aveva avanzato un’interpretazione “alternativa” dei requisiti per l’*empadronamiento*. Egli affermava in particolare che, dal momento che l’art. 25 della LODYLE richiedeva per l’ingresso in Spagna un passaporto valido *corredato dal visto*, tale requisito avrebbe potuto essere richiesto pure ai fini dell’iscrizione nel registro comunale. Questa interpretazione piuttosto originale aveva lo scopo evidente di impedire l’*empadronamiento* degli immigrati irregolari, con l’esito paradossale di rendere inapplicabili quelle norme della stessa LODYLE che garantivano prestazioni sociali anche agli irregolari purché... registrati al *padrón*. L’Avvocatura dello Stato ha stroncato questo tentativo con un proprio parere del 20 gennaio 2010, che si basava, oltre che sulla lettera delle disposizioni costituzionali e legislative, nell’interpretazione datane dal giudice costituzionale⁸⁶, anche sui provvedimenti ministeriali di attuazione che, in quest’ambito, vincolano gli enti locali fino agli aspetti di dettaglio⁸⁷. In effetti, pur riconoscendo la legittima aspirazione degli enti locali di provvedere, all’interno delle proprie competenze, alla gestione del fenomeno migratorio, sembra doversi escludere in maniera netta che quest’aspirazione possa realizzarsi tramite la regolazione di uno strumento, il *padrón*, che è affidato ai Comuni nell’interesse generale con funzioni statistiche.

Il secondo punto che su cui ci si concentra è l’utilizzo successivo dei dati acquisiti al *padrón* al momento della registrazione dello straniero, fra i quali spiccano l’identità personale, la dimora abituale e (implicitamente) la propria condizione di irregolarità, dati che – qualora entrassero nella disponibilità delle forze di polizia – giustificherebbero l’avvio di un procedimento finalizzato all’espulsione del soggetto in posizione irregolare. Ne consegue che una disciplina

sono le persone indebitamente iscritte. Il fine di lucro rende invece il medesimo comportamento un’“infrazione molto grave” ai sensi dell’art. 51.1.e), LODYLE, punita con multa da euro 10.001 a euro 100.000 (art. 55.1.c), LODYLE).

⁸⁶ Il parere dell’Avvocatura era stato richiesto dallo stesso Sindaco del Comune di *Vic* per il tramite della Delegazione del Governo spagnolo in Catalogna. L’Avvocatura, fra le molte argomentazioni, sottolinea che la LBRL e la LODYLE sottopongono all’obbligo di iscrizione al *padrón* tutti coloro che risiedono abitualmente in Spagna, un dato quindi fattuale (*residencia abitual*) e non giuridico (*residencia legal*). Il testo integrale del parere è disponibile al seguente link: https://sepam.dipc.es/files/abogacia_estado_informe_ayto_vic.pdf

⁸⁷ La finalizzazione del *padrón* all’attività statistica impone una totale uniformazione dei dati sia sul piano contenutistico che su quello del loro formato: da ciò consegue la necessità di dettare istruzioni tecniche tramite un accordo fra l’ente statistico (INE) e il Ministero delle Finanze, successivamente pubblicato con decreto della *Subsecretaria del Ministerio de la Presidencia* (Presidenza del Governo). In particolare all’epoca del caso di *Vic* era vigente la *Resolución de 21 de julio de 1997, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 4 de julio de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Territorial, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre actualización del Padrón municipal*, citata anche dal parere dell’Avvocatura dello Stato, mentre le istruzioni vigenti sono state dettate dalla *Resolución de 16 de marzo de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal*.

permissiva sull'utilizzo dei dati del *padrón* finirebbe senza dubbio per scoraggiare non soltanto l'iscrizione dei migranti in posizione irregolare, i quali rinuncerebbero alla fruizione dei diritti che ne conseguono pur di non rischiare di incorrere in un procedimento di espulsione, ma anche di quei migranti regolari che siano titolari di permessi destinati a scadere in termini brevi, i quali potrebbero temere di incorrere nelle stesse conseguenze qualora, per una ragione o per l'altra, dovessero trovarsi privi di titolo di soggiorno.

Viene in particolare considerazione a questo proposito il diritto alla protezione dei dati personali, disciplinato da apposita legge organica, la quale proibisce la cessione dei dati e il loro trattamento per finalità diverse da quelle che hanno motivato il loro ottenimento, salvo che lo consenta o prescriva una legge⁸⁸, ai fini della tutela del diritto alla riservatezza espressamente garantito dall'art. 18.4 della Costituzione⁸⁹. La riforma della LODYLE del 2003 è tuttavia intervenuta sul punto, modificando la legge sull'ordinamento locale (LBRL) con l'introduzione di due previsioni che rendono il *padrón* decisamente "permeabile" all'utilizzo da parte delle forze di polizia: la prima afferma che i dati del *padrón* saranno ceduti ad altre amministrazioni anche *senza consenso* del titolare, quando siano necessari per l'esercizio delle loro competenze ed esclusivamente in questioni per le quali la residenza o il domicilio costituiscano dati rilevanti⁹⁰; la seconda (più specifica) permette espressamente alla Direzione Generale di Polizia di accedervi «per l'esclusiva finalità dell'esercizio delle competenze stabilite dalla LODYLE relativamente al controllo e alla permanenza degli stranieri in Spagna», seppure richiedendo il rispetto «dei più elevati metodi di sicurezza», quali la registrazione dell'utente, la data, l'ora e i dati consultati per ciascun accesso⁹¹.

Questa disciplina è stata oggetto di impugnazione da parte del Parlamento basco, dando occasione a una pronuncia del *Tribunal Constitucional* che, pur

⁸⁸ In origine, art. 4.2, *Ley Orgánica* 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter Personal*. Ora, a seguito dell'adozione del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), cd. GDPR, il riferimento è costituito dalla *Ley Orgánica* 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

⁸⁹ Sul quale, in linea generale, v. STC 94/1998, de 4 de mayo, e STC, 292/2000, de 30 de noviembre.

⁹⁰ Art. 16.3, LBRL.

⁹¹ *Disposición adicional séptima*, LBRL. Veniva conseguentemente aggiunta una *Disposición adicional quinta* nella LODYLE, la quale, coordinando i due complessi normativi, afferma «1. En el cumplimiento de los fines que tienen encomendadas, y con pleno respeto a la legalidad vigente, las Administraciones públicas, dentro de su ámbito competencial, colaborarán en la cesión de datos relativos a las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo. 2. Para la exclusiva finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendadas, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística, este último en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes, facilitarán a aquéllos el acceso directo a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes, y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, de acuerdo con la legislación sobre protección de datos».

ritenendola legittima, ne ha dato un'interpretazione conforme a Costituzione⁹². In questo senso, il giudice costituzionale afferma che – essendo gli stranieri titolari, come i cittadini, del diritto fondamentale alla riservatezza – l'accesso ai dati del *padrón* da parte di altre amministrazioni deve svolgersi nel rispetto della legislazione in materia di tutela dei dati personali (con l'eccezione, legislativamente stabilita, del previo consenso dell'interessato) e del principio di proporzionalità, il quale impone che i diritti fondamentali possano essere limitati soltanto alla luce di altre esigenze di pari rilievo (nel caso di specie, il controllo dell'immigrazione) e nella misura strettamente necessaria. Secondo il *Tribunal*, deve essere dunque di volta in volta motivata la necessità dell'accesso, esplicitandone le finalità e l'inserimento in un procedimento svolto a norma della LODYLE, in modo da evitare che «si produca un uso distorto di detta facoltà con accessi indiscriminati o massivi»⁹³.

112

4.3 Democrazia locale, diritto di voto e spazi di partecipazione per gli stranieri

La democrazia locale viene spesso indicata come il contesto più idoneo per una prima inclusione degli stranieri nello “spazio politico” nella sua forma più completa, ovvero la concessione del suffragio attivo e passivo⁹⁴. Questo essenzialmente per due ordini di ragioni: a livello teorico, le elezioni locali sono comunemente ritenute di natura “amministrativa” in contrapposizione alla natura

⁹² STC 17/2013, de 31 de enero, commentata ad esempio in senso critico da L. Cotino Hueso, *La doctrina del Tribunal Constitucional con respecto de la comunicación de datos personales en la Administración y la protección de datos de los extranjeros en la sentencia 17/2013, de 31 de enero*, in *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 33, 2013.

⁹³ È lecito dubitare che – anche a fronte di queste garanzie – la sola eventualità di un accesso della polizia al *padrón* non finisca per scoraggiare in ogni caso l'iscrizione al registro da parte degli stranieri in posizione irregolare, con la conseguenza che gli stessi si ritrovano esclusi anche da altri diritti di primario rilievo costituzionale che pur il legislatore organico intendeva espressamente garantirgli. Proprio per questa ragione, secondo il *Voto particular* espresso dal giudice Pablo Pérez Tremps (con l'adesione dei giudici Adela Asua Batarrita, Encarnación Roca Trías e Fernando Valdés Dal Ré), una corretta applicazione del principio di proporzionalità avrebbe imposto di ritenere la norma costituzionalmente illegittima.

⁹⁴ Nella dottrina italiana, all'interno di un ampio dibattito, v. E. Grosso, *La titolarità del diritto di voto*, Torino, 2001; G. Zincone, S. Ardovino, *I diritti elettorali dei migranti nello spazio politico e giuridico europeo*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 5, 2004, 743 ss.; E. Bettinelli, *Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e Costituzione inclusiva*, disponibile sul sito www.astrid-online; M. Luciani, *Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali*, in Aa.Vv., *Atti del Convegno Partecipazione e Rappresentanza Politica degli Immigrati*, 1999, disponibili sul sito www.cesim.it; B. Caravita di Toritto, *I diritti politici dei “non cittadini”. Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010; T.E. Frosini, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; P. Colasante, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente*, in *Rivista AIC*, 2, 2016; M. Rubechi, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2016, part. 53 ss.; E. Laganà, *La questione aperta dei diritti politici degli “stranieri” (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, in *Consulta Online*, 1, 2017, 415 ss., e A. Ruggeri, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (cur.), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2016, 38 ss., nonché – collegandolo al principio di solidarietà, A. Ruggeri, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in L. Montanari, C. Severino (cur.), *I sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie*, cit., 80 ss.

“politica” delle elezioni degli organi dotati di potestà legislativa, quali i parlamenti nazionali e le assemblee legislative regionali⁹⁵; più concretamente, la maggiore prossimità degli enti locali alla vita e all'esperienza quotidiana delle persone, dalla quale deriva una maggiore “immediatezza” delle questioni sottoposte al dibattito pubblico e una maggiore possibilità di un impegno diretto nel confronto politico. In questo senso si muove anche il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, individuando fra i diritti derivanti dalla cittadinanza europea proprio «il diritto di voto e di eleggibilità... alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato»⁹⁶.

Anche in Spagna il riconoscimento del diritto di voto agli stranieri costituisce oggetto di dibattito sul terreno politico e dottrinale⁹⁷, dibattito che deve però confrontarsi con una disposizione costituzionale che regola esplicitamente questo profilo in senso restrittivo. L'art. 13.2 Cost. stabilisce infatti che: «Solamente gli Spagnoli saranno titolari dei diritti riconosciuti dall'art. 23 [elettorato attivo e passivo], salvo che, secondo criteri di reciprocità, possa stabilirsi con trattato o legge il diritto di suffragio attivo e passivo nelle elezioni municipali». Invero, la versione originaria del 1978 non comprendeva la possibilità di riconoscere l'elettorato passivo agli stranieri: essa è stata introdotta – previo parere favore espresso dal *Tribunal Constitucional* – per poter ratificare il Trattato di Maastricht proprio in relazione alla disciplina della cittadinanza europea appena richiamata⁹⁸.

⁹⁵ La contrapposizione fra elezioni amministrative e elezioni politiche è stata ribadita anche nella Dichiarazione 1/1992 del *Tribunal Constitucional*. Critico, ad esempio, E. Aja, *Inmigración y Democracia*, cit., 418.

⁹⁶ Art. 20, par. 2, lett. b), TFUE.

⁹⁷ Per un quadro organico, v. E. Aja, *Los derechos políticos y en particular el derecho de sufragio*, in E. Aja (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, cit., 557 ss.

⁹⁸ Com'è noto in Spagna – a prescindere dagli aggravamenti procedurali previsti dalla Costituzione al fine della propria revisione – è radicata una cultura politica “antirevisionista”, volta a garantire la maggiore stabilità possibile alla Costituzione democratica, sia per il valore simbolico della Costituzione del 1978, epilogo della transizione democratica post-franchista, sia in contrapposizione alla natura instabile e “parziale” delle Costituzioni che, specialmente nel XIX secolo, avevano caratterizzato il costituzionalismo storico spagnolo: S. Gambino, J. Lozano Miralles, F. Puzzo, J.J. Ruiz Ruiz, *Il sistema costituzionale spagnolo*, cit., 380. Di conseguenza, a partire dal 1978 si contano soltanto due revisioni costituzionali: quella in discorso, del 1992, con l'aggiunta dell'inciso “e passivo” all'art. 13 Cost., e quella del 2011 volta all'introduzione del vincolo di bilancio conformemente a quanto previsto dal *Fiscal Compact*. A seguito della stipula del Trattato di Maastricht, il Governo spagnolo ritenne di rivolgersi al *Tribunal constitucional*, il quale è abilitato dall'art. 95 Cost. a pronunciarsi – su richiesta del Governo o di una delle due Camere – sull'eventuale contraddizione fra la Costituzione e una disposizione pattizia, contraddizione che implica la necessità di operare una revisione costituzionale previa alla ratifica del trattato. Con la già richiamata *Declaración 1/1992, de 1 de julio*, il *Tribunal Constitucional* ha ravvisato detta contraddizione fra il diritto di suffragio attivo e passivo garantito al cittadino comunitario nelle elezioni locali dal Trattato di Maastricht e la limitazione dell'art. 13 Cost. al riconoscimento, in condizioni di reciprocità, del solo suffragio attivo. Chiarisce infatti il Tribunale che – fermo il potere del legislatore di stabilire «chi sono gli Spagnoli» modificando la legislazione sulla cittadinanza – questi non può legittimamente «*fragmentar, parcelar o manipular*» lo status di cittadino, riconoscendo ad esempio soltanto ad alcuni effetti agli stranieri diritti fondamentali espressamente riservati dalla Costituzione ai cittadini.

Come si vede, dopo aver riservato espressamente il suffragio attivo e passivo ai cittadini – una disposizione evidentemente restrittiva – la disposizione offre una parziale “apertura”, ma con un limite ben preciso: il principio di reciprocità. Si è già ricordato come, al momento dell’adozione della Costituzione, la Spagna non era un paese di immigrazione, bensì di emigrazione: il fine della norma era quello di mettere a disposizione del Governo spagnolo uno strumento di pressione politica, a livello internazionale, per tutelare i diritti degli Spagnoli all’estero, offrendo la possibilità di votare in Spagna ai cittadini degli Stati che avessero concesso analogo diritto agli Spagnoli residenti sul proprio territorio.

Di fatto, nella situazione attuale, il principio di reciprocità finisce per restringere fortemente la possibilità di estendere con legge il diritto di voto nelle elezioni locali per gli stranieri extracomunitari. Tale principio si concreta infatti per via interpretativa in un duplice requisito: che nel Paese d’origine vi siano elezioni libere e democratiche a livello locale secondo gli *standard* internazionali e che nelle stesse possano votare i cittadini spagnoli. Si richiede inoltre che lo straniero sia presente regolarmente in Spagna da almeno cinque anni⁹⁹. Sebbene a partire dalle elezioni amministrative del maggio 2011 sia incrementato il numero di stranieri extracomunitari muniti di diritto di voto¹⁰⁰, proprio sulla base dei criteri sopra esposti rimangono esclusi i cittadini di alcuni dei principali Paesi d’origine degli immigrati in Spagna, come ad esempio Marocco, Russia, Ucraina, Cina, Pakistan, Nigeria e Senegal, e anche di alcuni Paesi di lingua spagnola come Cuba e Repubblica Dominicana.

Peraltro, il riconoscimento del diritto di voto, sebbene ne costituisca la manifestazione più significativa, non esaurisce le forme di partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale. Ad esempio, in molti Comuni sono stati creati dei *Consejos Municipales de Inmigración* che costituiscono organi consultivi delle amministrazioni locali e favoriscono la partecipazione degli immigrati alle decisioni che li coinvolgono¹⁰¹: essi sono normalmente composti da membri dell’organo consigliere dei Comuni e da rappresentanti di comunità di immigrati assieme ad altri soggetti rappresentativi della comunità locale¹⁰².

⁹⁹ Secondo E. Aja, *Inmigración y Democracia*, 422, questa disposizione produce una significativa limitazione del numero di stranieri presenti sul territorio nazionale a cui è riconosciuto il diritto di voto a livello locale, pari al 10% del totale.

¹⁰⁰ Dal sito internet della *Junta Electoral Central* risulta che attualmente possono votare i cittadini dei seguenti Paesi: Bolivia, Capo Verde, Cile, Colombia, Corea, Ecuador, Islanda, Norvegia, Nuova Zelanda, Paraguay, Perù, Trinidad e Tobago (www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/informacion/electores).

¹⁰¹ Da un punto di vista strutturale, quest’organo si presenta in modo analogo ad altri strumenti partecipativi presenti a livello statale ed autonomico, come ad esempio il *Foro para la Integración Social de los Inmigrantes*; il *Consejo de la Inmigración de la Generalitat de Catalunya* e il *Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad de Madrid*. Si tratta di forme di democrazia partecipativa, volte a coinvolgere i destinatari delle politiche pubbliche nell’elaborazione delle stesse, a prescindere dagli *status* di cittadino o elettore: D. Moya Malapeira, *Mecanismos alternativos de participación política y administrativa de los extranjeros en España*, in E. Aja (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, cit., 597 ss.

¹⁰² Vengono poi riconosciuti agli stranieri residenti, ovviamente ove registrati presso il *padrón*, tutti i diritti di partecipazione stabiliti dalle leggi fondamentali sull’ordinamento locale,

5. La collaborazione fra livelli di governo nella gestione del fenomeno migratorio

Come osserva Vicenç Aguado, la gestione dell'immigrazione richiede che le decisioni siano adottate in forma congiunta o partecipata, rispettando gli spazi delle amministrazioni più prossime ai cittadini; «altrimenti – egli afferma – non solo si staranno condizionando gravemente le competenze regionali ma si starà limitando e compromettendo un'adeguata gestione del fenomeno migratorio, chiudendo gli occhi davanti alla realtà esistente»¹⁰³.

Dopo aver esposto le competenze di ciascun livello di governo, è necessario dunque approfondire quali siano gli strumenti collaborativi previsti per “far funzionare” in maniera virtuosa questo complesso mosaico di poteri e funzioni pubbliche, con la consapevolezza che – da un punto di vista sistematico – tanto (in astratto) il “federalismo collaborativo” costituisce il punto d'approdo degli Stati composti all'interno della forma di Stato democratico-sociale¹⁰⁴, quanto (in concreto) le forme collaborative hanno da sempre costituito un tallone d'Achille

potendo essere ascoltati in tutte le questioni che li riguardino secondo quanto dispone la normativa di attuazione (art. 6.2 LODYLE). In concreto, la disposizione va interpretata alla luce di quanto previsto dalle specifiche disposizioni della LBRL che istituiscono strumenti partecipativi: essa attribuisce in generale alcuni diritti a tutti i residenti (a prescindere dunque dallo *status civitatis*), quali ad esempio il diritto di partecipare alla gestione del comune, di utilizzare i servizi comunali, di essere informati e presentare istanze relativamente a tutte le pratiche comunali, di presentare un'iniziativa popolare (art. 8, LBRL); la medesima legge istituisce, inoltre, una fase partecipativa (*información pública y audición de los interesados*) nei procedimenti di approvazione di ordinanze e regolamenti municipali (art. 49, LBRL), e dà la facoltà agli enti locali di disciplinare ulteriori forme, mezzi e procedimenti di partecipazione (art. 69, LBRL). Si demanda inoltre agli enti stessi il compito di «favorire lo sviluppo delle associazioni per la difesa di interessi generali o settoriali dei residenti», fra le quali si contano senza dubbio anche le associazioni a tutela degli immigrati (art. 72, LBRL).

¹⁰³ V. Aguado, *La decisión del Tribunal Constitucional con respecto a las competencias sobre inmigración en el Estatuto de Cataluña de 2006*, cit., 365. Come accennato, l'art. 2ter.3 della LODYLE, introdotto nel 2009, indica la necessità di collaborazione fra Amministrazione statale, CCAA, Città di Ceuta e Melilla e Comuni per condurre efficacemente la politica d'integrazione, prefigurando i tre strumenti del Piano strategico pluriennale, della Conferenza settoriale e del Fondo statale per l'integrazione dei migranti. Non bisogna peraltro dimenticare come, nel caso spagnolo, l'esigenza di coordinamento dell'azione amministrativa in materia di immigrazione non si ponga soltanto in verticale, fra Stato, CCAA e Comuni, ma anche in orizzontale, ovvero fra i vari Ministeri chiamati ad intervenire. In quest'ambito si intrecciano principalmente le competenze di tre Ministeri: quello degli Esteri (*Asuntos Exteriores*) al quale spetta la concessione dei visti, quello dell'Interno (*Interior*), al quale fanno capo le funzioni di polizia, ovvero il controllo su ingresso e permanenza degli stranieri sul territorio statale, e quello del Lavoro (ora denominato *Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*) al quale – in un'ottica di normalizzazione della gestione dell'immigrazione – è stata affidata la politica dell'immigrazione (gestita dalla *Secretaría de Estado de Migraciones*, secondo quanto dispone, da ultimo, l'art. 1 del *Real Decreto* 903/2018, de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social). Per gli stranieri – com'è comprensibile per ragioni culturali e linguistiche – la frammentazione delle competenze fra più uffici rende assai difficile relazionarsi in maniera efficace con le Amministrazioni pubbliche e per questo l'art. 67 LODYLE prevede l'unificazione di tutti gli uffici statali presenti a livello provinciale in *Oficinas de Extranjería*, presenti in ogni capoluogo di provincia e dirette dal subdelegato del governo a livello provinciale.

¹⁰⁴ P. Carrozza, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie*, in A. Di Giovine, P. Carrozza, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2019, part. 926 ss.

del sistema spagnolo, declinandosi in una schiera di conferenze settoriali scarsamente coordinate fra loro, convocate di rado e predominante dall'Esecutivo statale¹⁰⁵.

Già si è detto degli strumenti di raccordo di natura *procedimentale*, in quanto i pareri adottati dalle amministrazioni autonome e locali nei procedimenti statali costituiscono allo stesso tempo poteri degli enti territoriali – essendo espressione della loro discrezionalità politico-amministrativa – e forme di partecipazione delle Autonomie all'azione amministrativa statale. Rimangono quindi da analizzare gli strumenti di natura organica, finanziaria e tecnico-organizzativa.

116

Come strumento di raccordo organico spicca la *Conferencia Sectorial de Inmigración*: essa ha un importante antecedente nel *Consejo Superior de Políticas de Inmigración*, introdotto nel 2000 e nel quale erano fra l'altro rappresentati anche gli enti locali¹⁰⁶. In sostituzione di quest'organo, nel 2007, il Governo ha deciso di introdurre la conferenza settoriale¹⁰⁷, poi recepita dalla Legge organica del 2009¹⁰⁸. Essa è composta dal Ministro del Lavoro, che la presiede, e dai membri degli Esecutivi regionali competenti in materia, nonché da rappresentanti delle due città di Ceuta e Melilla¹⁰⁹. La parte statale è tuttavia integrata dal titolare della *Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración* (che ha il compito di assistere la Presidenza) e dagli alti funzionari titolari degli uffici dell'amministrazione statale

¹⁰⁵ Per un approfondimento, v. J.M. Castellà Andreu e al. (cur.), *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi*, Napoli, 2018; E. Sáenz Royo, *Relaciones intergubernamentales de carácter vertical en el Estado autonómico: el ser, el deber ser y posibles retos de futuro*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, 45 ss. e X. Arbós Marín (coord.), *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*, Barcelona, 2009. Le tecniche organiche di cooperazione hanno ricevuto da ultimo una disciplina generale da parte degli artt. 145-154 della *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*, sui quali alcune considerazioni in M. Corretja Torrens, *El régimen jurídico de las administraciones públicas en clave competencial*, in J. Tornos Mas (coord.), *Estudio sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Barcelona, 2017, part. 73 ss.

¹⁰⁶ Il *Consejo* era espressamente previsto dall'art. 61 LODYLE (versione originaria del 2000). Esso venne istituito l'anno successivo con il *Real Decreto 344/2001, de 4 de abril*, il quale prevedeva che esso fosse composto da diciotto rappresentanti dell'Amministrazione statale, un rappresentante per ciascuna CA e per le Città autonome di Ceuta e Melilla e dieci rappresentanti degli Enti locali, designati dalle loro associazioni (art. 3).

¹⁰⁷ Sulla base di quanto stabilito dall'art. 4, *Ley 12/1983, de 14 de octubre*, e dall'art. 5, *Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, i quali prevedono, rispettivamente, che i rappresentanti degli Esecutivi, statale e autonomici, si riuniscano periodicamente in Conferenze settoriali, su convocazione del Ministro competente, e che tali Conferenze possano essere costituite mediante accordo scritto fra le parti, con libertà di forma istituzionale (bilaterale o multilaterale), di materia (ambito generale o settoriale) e di organizzazione interna (determinata dall'accordo o dal regolamento interno approvato dalla Conferenza stessa).

¹⁰⁸ L'art. 68 LODYLE, attualmente vigente, afferma espressamente che la Conferenza settoriale «è l'organo attraverso il quale si assicura la coordinazione delle azioni sviluppate dalle Amministrazioni Pubbliche in materia di immigrazione». Essa è retta dal Regolamento interno approvato nella prima riunione del 9 luglio 2008 e disponibile sul sito del *Ministerio de Política Territorial y Función Pública* (www.mptfp.gob.es).

¹⁰⁹ Art. 3 e *Disposición Adicional* del Regolamento interno.

competenti per le questioni di volta in volta in discussione (o designati dagli stessi), che partecipano alla Conferenza con diritto di parola ma non di voto.

Le competenze della Conferenza sono piuttosto ampie e vanno da quelle di natura maggiormente “conoscitiva” o “informativa” (analisi del fenomeno migratorio, delle normative in corso di elaborazione in materia, scambio di informazioni fra amministrazioni, organizzazione di attività di studio, formazione e divulgazione) a quelle propriamente decisorie, come la determinazione dei criteri di distribuzione dei fondi statali di sostegno alle azioni delle CCAA, delle forme di collaborazione fra livelli di governo, degli obiettivi e azioni comuni sulla politica migratoria¹¹⁰. Nella prassi, tuttavia, l'importanza di questa sede di collaborazione istituzionale risulta ridimensionata dal fatto che la norma regolamentare che ne prevede la convocazione due volte all'anno è stata sistematicamente disattesa¹¹¹, dato che in oltre dieci anni si sono tenute appena nove conferenze e la più recente, del 6 agosto 2018, è stata convocata a circa tre anni dalla precedente (8 settembre 2015). Bisogna anche registrare il fatto che sovente la disomogeneità di interessi fra CCAA impedisce alla Conferenza di raggiungere una posizione comune: così nella fase attuale la contrapposizione corre soprattutto fra le CCAA che ricevono il maggior numero di richiedenti asilo e protezione internazionale e quelle che, invece, sono più al riparo dai flussi migratori¹¹².

Dal punto di vista delle forme di collaborazione di natura finanziaria, la legge organica del 2009 ha introdotto nella LODYLE la previsione di uno specifico fondo finanziario¹¹³, dando copertura legislativa a un fondo che, in realtà, era stato già introdotto a partire dal 2005¹¹⁴: il *Fondo de Apoyo a la Acogida y la Integración de Inmigrantes y al refuerzo educativo de los mismos*, poi ridenominato *Fondo de Apoyo para la Integración de los Inmigrantes*. Esso metteva a disposizione di CCAA e Comuni una significativa quantità di risorse finanziarie, per sostenere le spese in quest'ambito ma anche per indirizzarne le politiche locali¹¹⁵. Il Fondo è stato eliminato nel 2012 su iniziativa del Governo a guida del *Partido Popular*, ma l'idea di una sua reintroduzione è riemersa di recente nel dibattito politico relativo al

¹¹⁰ Art. 1 del Regolamento interno.

¹¹¹ Art. 8.2 del Regolamento interno.

¹¹² A questo proposito, rileva il fatto che – a norma dell'art. 9.3 del Regolamento interno – gli atti della Conferenza sono adottati per assenso, oppure col voto favorevole dell'Amministrazione dello Stato e della maggioranza delle CCAA, esprimendosi in ogni caso un voto per amministrazione, a prescindere dai presenti.

¹¹³ L'art. 2ter.4 LODYLE prevede il finanziamento delle priorità individuate dal Piano strategico sull'immigrazione da parte di un fondo statale, da dotare annualmente, con eventuale co-finanziamento da parte delle Amministrazioni che ricevono le risorse finanziarie.

¹¹⁴ Il primo accordo sulla ripartizione del fondo è stato formalizzato dal Consiglio dei Ministri del 20 maggio 2005.

¹¹⁵ A titolo esemplificativo, esso contava circa 120 milioni di euro nel 2005, 200 nel 2008 e circa 70 nel 2010. Esso veniva distribuito principalmente per il finanziamento di spese di accoglienza e integrazione e in materia di educazione, garantendo una quota di base a ogni CCAA e poi modulando il trasferimento in ragione delle peculiarità di ciascun contesto. Ai Comuni doveva poi essere redistribuito il 50% dei fondi, tenendo conto che – come sottolinea l'accordo citato alla nota precedente – «è nel contesto locale che hanno luogo i processi di integrazione».

bilancio del 2019, anche per far fronte alle pressanti richieste di risorse provenienti dagli enti territoriali¹¹⁶.

La collaborazione tecnica, infine, fa fronte soprattutto alla necessità di informatizzare i procedimenti amministrativi relativi all'immigrazione per garantire l'efficace collaborazione di tutte le amministrazioni coinvolte, efficacia garantita soprattutto dall'utilizzo da parte delle diverse amministrazioni di sistemi unitari che garantiscano l'interoperabilità fra gli strumenti informatici e l'aggiornamento immediato dei dati a disposizione¹¹⁷.

6. Le competenze in materia di immigrazione nello specchio della crisi economico-finanziaria

6.1 Il livello regionale

È un'osservazione comune, e ormai quasi scontata, quella per cui la crisi economico-finanziaria che ha investito l'Europa – e in maniera particolarmente intensa i Paesi meridionali – a partire dal 2008 ha prodotto come reazione una spinta centripeta nei rapporti fra livelli di governo, anche se in misura variabile a seconda dell'esperienza considerata¹¹⁸. Si tratta qui di valutare se e in che modo

¹¹⁶ È opportuno ricordare che, a causa dell'instabilità politica che ha caratterizzato il Paese nell'ultimo anno, non è stato approvato il bilancio per il 2019, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 134.4 Cost., è risultato automaticamente prorogato il bilancio per l'anno 2018. Tuttavia, da un punto di vista politico, la volontà di finanziare nuovamente il Fondo nel bilancio 2019 era stata formalizzata con una nota di stampa del Ministero: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Gabinete de Comunicación, *Nota de Prensa. "Unos Presupuestos para un país mejor"*. *Proyecto de ley PGE 2019*, 17 de enero de 2019, disponibile sul sito: <http://prensa.empleo.gob.es>.

¹¹⁷ A questo aspetto è integralmente dedicata l'ampia *Disposición adicional quinta* della LODYLE, specificata dalla corrispondente *Disposición adicional quinta* del Regolamento (REDYLE). Sull'istituzione di un programma informatico comune: F.J. Donaire Villa, D. Moya Malapeira, *Marco competencial y organización administrativa de la inmigración*, cit., 558.

¹¹⁸ La bibliografia in argomento è vastissima. V., fra i molti, nella dottrina italiana: S. Mangiameli, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in Aa.Vv. (Associazione Italiana dei Costituzionalisti), *Spazio costituzionale e crisi economica. Atti del XXVIII Convegno annuale. Padova, 17-19 ottobre 2013*, Napoli, 2013, 55 ss.; G.G. Carboni, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in *Rivista AIC*, 2, 2014; M. Belletti, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016; L. Letizia, F. Santagata, *L'ordinamento finanziario plurilivello tra vincoli interni ed esterni. Alla ricerca di contrappesi tra esigenze di autonomia e propositi di accentramento*, in *Diritti Regionali*, 1, 2018, 70 ss.; nonché nella dottrina spagnola, sempre a titolo esemplificativo, M. Medina Guerrero, *El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal*, e E. Albertí Rovira, *El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español*, entrambi in *Revista española de derecho constitucional*, 98, 2013, 63 ss. e 109 ss.; J. Tornos Mas, *Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica*; T. de la Quadra-Salcedo Janini, *La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico*; J.J. Pérez, *Reglas fiscales y artículo 135: ¿autonomía y responsabilidad?*, tutti in E. Aja Fernández, J. García Roca, J.A. Montilla Martos, L. Díez Bueso, *Informe Comunidades Autónomas 2016*, Barcelona, 2017, rispettivamente 35 ss.; 77 ss. e 111 ss. Per una comparazione fra Italia e Spagna, se si vuole: F.E. Grisostolo, *Itinerari del riaccentramento territoriale in Italia e Spagna durante la crisi economico-finanziaria. I poteri di coordinamento finanziario dello Stato*, in M. Salerno, M. Ferrara (cur.), *Costituzione economica e democrazia pluralista*, Milano, Quaderni della Rivista *Dpce online*, 2017, pp. 93-100. Di rilievo anche il caso tedesco, sul quale v. E. D'Orlando, *La crisi economico-finanziaria e le risposte della*

questo fenomeno si sia manifestato anche in relazione alle competenze in materia di immigrazione nell'ordinamento spagnolo: il discorso, però, non può limitarsi soltanto alle ripercussioni della crisi sul modello di decentramento ma deve anche affrontare la questione, diversa ma strettamente connessa, delle conseguenze sui diritti degli stranieri e del ruolo svolto dai diversi soggetti pubblici nella protezione di questi diritti¹¹⁹.

Entrando subito nel vivo del problema, si può riportare l'opinione di avveduta dottrina, la quale ritiene che il riparto di competenze relativo all'immigrazione renda «specialmente visibile» la tensione interterritoriale fra competenze statali e autonome¹²⁰. In effetti, fin dai primi anni della crisi lo Stato ha adottato misure fortemente limitative di alcuni diritti fondamentali degli stranieri, quali il diritto all'istruzione e il diritto alla salute, incidendo su materie che rientravano però nella competenza concorrente Stato-CCAA, con la conseguenza che si è generato un abbondante contenzioso costituzionale. Vediamo i casi più rilevanti nello specifico.

Rispetto al diritto alla salute la questione si è posta in maniera assai complessa. Al fine dichiarato di garantire la sostenibilità finanziaria del sistema, il *Real Decreto-ley* 16/2012, de 20 de abril, ha escluso per gli stranieri in posizione irregolare la gratuità delle prestazioni sanitarie, con l'eccezione dei minori, delle donne in stato di gravidanza e delle cure urgenti necessarie a fronte di incidenti o patologie gravi¹²¹.

Questo decreto-legge ha suscitato due ordini di reazioni da parte delle CCAA. In primo luogo, il provvedimento è stato impugnato in via diretta dalle alcune di esse, sia per questioni formali – ad esempio, la violazione dei limiti all'uso della decretazione d'urgenza – che sostanziali, in particolare la violazione del diritto alla salute dell'immigrato in posizione irregolare. In secondo luogo, alcune

wirtschaftsverfassung: cultura della stabilità e principi democratico e sociale quali paradigmi del sistema economico, nazionale ed europeo, in G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012, 265 ss.; G. Delledonne, *Il dibattito dottrinale e l'esperienza di gestione degli stati di crisi economica in Germania*, in Aa.Vv., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 73 ss.; F. Saitto, *Economia e Stato Costituzionale. Contributo allo studio della 'Costituzione Economica' in Germania*, Milano, 2015, 217 ss.

¹¹⁹ Si accenna, in altri termini, al tema assai complesso del federalismo (o regionalismo) come strumento di tutela dei diritti, anche sociali, sul quale si ritornerà nelle Conclusioni.

¹²⁰ E. Marzal Yetano, *Crisis y competencia por la competencia: el ejemplo de la inmigración*, in *Revista de Derecho Político*, 98, 2017, 121 ss.

¹²¹ In questo modo, in realtà, la Spagna si allinea alla tendenza di altri Paesi europei nei confronti degli stranieri in posizione irregolare, ovvero quella di “appiattirsi” sugli *standard* minimi di tutela che lo Stato è tenuto a garantire sulla base dei trattati internazionali: per alcuni riferimenti, se si vuole, F.E. Grisostolo, *La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia e in Francia*, in L. Montanari, C. Severino (cur.), *I sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie. Les systèmes de welfare à l'épreuve des nouvelles dynamiques migratoires*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 177 ss., nonché i saggi a proposito di numerosi ordinamenti europei raccolti in G. Cerrina Feroni (cur.), *Sistemi sanitari e immigrazione: percorsi di analisi comparata*, Torino, 2019, fra i quali è opportuno qui segnalare, sul caso spagnolo, L. Melica, *Il sistema sanitario spagnolo e la tutela della salute degli immigrati: spunti di riflessione*, 387 ss.

CCAA hanno tentato di innalzare di propria iniziativa il livello di tutela degli immigrati in posizione irregolare all'interno del proprio sistema sanitario¹²².

Questi provvedimenti autonomici hanno dato il destro a ulteriori impugnazioni in via diretta da parte del Governo statale, a parere del quale l'estensione della tutela sanitaria agli stranieri in posizione irregolare sarebbe stata in contrasto con i principi (*bases*) della disciplina sanitaria (materia di competenza concorrente), fra i quali sarebbe rientrata la limitazione “soggettiva” posta con il decreto-legge del 2012.

Le numerose pronunce del *Tribunal Constitucional* adottate negli ultimi anni sono state chiamate a risolvere essenzialmente due quesiti:

- per quanto riguarda il decreto-legge statale, se la limitazione della gratuita accessibilità al Servizio sanitario nei confronti degli stranieri in posizione irregolare, fatte salve le eccezioni già richiamate, violi il diritto alla salute riconosciuto dalla Costituzione spagnola (art. 43);
- per quanto riguarda invece i provvedimenti autonomici, se le *bases* poste dalla disciplina statale rappresentino soltanto un “minimo comune denominatore”, che deve essere assicurato da tutte le CCAA¹²³, oppure costituiscano anche una norma strettamente vincolante, che impedisce alle Autonomie persino di *migliorare* il livello di tutela garantito agli stranieri.

Riguardo al primo punto, richiamando una sua consolidata giurisprudenza, il *Tribunal Constitucional* dimostra di svolgere uno scrutinio deferente nei confronti delle scelte del legislatore in materia di diritti sociali, formulati fra l'altro espressamente dalla Costituzione spagnola non come “diritti” soggettivi ma come “principi” che devono indirizzare la politica economica e sociale. Le distinzioni fra soggetti in una situazione amministrativa diversa sono dunque ammissibili nei

¹²² Si tratta dei seguenti provvedimenti: País Vasco, *Decreto* 114/2012, de 26 de junio, sobre el régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi; Navarra, *Decreto Foral* 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, que establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra, e *Ley Foral* 8/2013, de 25 febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra; Comunidad Valenciana, *Decreto-Ley* 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana; Extremadura, *Ley* 7/2016, de 21 de julio, medidas extraordinarias contra la exclusión social.

¹²³ Questa prima opzione sembrerebbe intrinsecamente più ragionevole non soltanto perché darebbe la possibilità alle CCAA di innalzare il livello di tutela dei diritti fondamentali – secondo una concezione degli stessi non soltanto come “nucleo duro” di garanzia minima ma anche come mandati di “ottimizzazione” o “massimizzazione” della tutela (v., *ex multis*, A. Ruggeri, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in V. Baldini (cur.), *Cos'è un diritto fondamentale? Atti del Convegno Annuale di Cassino, 10-11 giugno 2016*, Napoli 2017, 337 ss.) – ma anche perché la *ratio* sottesa al decreto-legge del 2012, ovvero la sostenibilità finanziaria, è già assicurata a livello autonomico tramite una serie di stringenti meccanismi volti ad assicurare il rispetto da parte delle autonomie territoriali dei vincoli di bilancio introdotti sulla base della normativa europea (v. i contributi citati *supra*, nota 118). Di conseguenza, se e nella misura in cui le CCAA riuscissero a trovare all'interno dei propri spazi finanziari le coperture per garantire la tutela del diritto alla salute anche agli stranieri in posizione irregolare, non si potrebbe certo affermare che verrebbe messa a repentaglio la sostenibilità finanziaria del sistema sanitario.

limiti della ragionevolezza e, nel caso di specie, il diverso grado di accessibilità alle cure degli stranieri in posizione regolare e irregolare non viene ritenuto il frutto di un'opzione arbitraria, in quanto volto a garantire la sostenibilità finanziaria del Sistema sanitario pubblico in un momento di crisi e pur sempre nel rispetto degli obblighi internazionali in materia¹²⁴.

Relativamente al riparto di competenze, allo stesso tempo, l'esito del giudizio è condizionato da un'interpretazione decisamente ampia della nozione di *bases* da parte del giudice costituzionale spagnolo. In sintesi, viene rimesso al legislatore statale in prima battuta il compito di determinare l'ampiezza della disciplina comune che deve essere rispettata su tutto il territorio nazionale, salvo il controllo successivo del *Tribunal Constitucional*¹²⁵. Nel caso di specie, il decreto-legge – proprio in ragione della già richiamata esigenza di contenimento della spesa pubblica – limita direttamente la platea *soggettiva* dei beneficiari della copertura sanitaria, lasciando alle CCAA soltanto uno spazio di azione sul profilo *oggettivo*, ovvero la possibilità di ampliare il paniere delle prestazioni offerte dal Servizio sanitario della CA, spazio di azione ritenuto sufficiente dal giudice costituzionale per parlare di un autentico potere di sviluppo normativo (*desarrollo*) da parte delle CCAA¹²⁶. I ricorsi del Governo avverso i provvedimenti autonomici volti ad estendere anche agli immigrati in posizione irregolare la copertura sanitaria sono stati dunque puntualmente accolti per violazione del decreto-legge statale del 2012, in quanto espressivo della competenza esclusiva statale in materia di «*Bases y coordinación general de la sanidad*» (art. 149.1.16 Cost.), secondo quella che viene definita dalle sentenze una forma di incostituzionalità «indiretta o mediata»¹²⁷.

Per quanto riguarda il diritto all'istruzione, il punto controverso è quello dell'istruzione non obbligatoria, specialmente nei confronti dei maggiorenni. La questione non è nuova: già la legge organica 8/2000, di modifica della LODYLE, aveva cercato di limitare l'accessibilità dell'istruzione non obbligatoria, riservandola ai “residenti”, con l'esclusione dunque degli stranieri in posizione irregolare. Sul punto si era pronunciato il *Tribunal Constitucional* con una pronuncia di incostituzionalità, affermando che – secondo la lettera dell'art. 27.1

¹²⁴ STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 10, sul ricorso presentato dal Parlamento della Navarra, sulla quale v. ad esempio L.E. Delgado del Rincón, *El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril*, in *Revista española de derecho constitucional*, 112, 2018, 287 ss. Conformemente si sono pronunciate le seguenti sentenze sui ricorsi presentati da altre CCAA: SSTC 183/2016, de 3 de noviembre; 33/2017, de 1 de marzo; 63/2017, de 25 de mayo; 64/2017, de 25 de mayo; 98/2017, de 20 de julio.

¹²⁵ La distinzione fra *bases* e *desarrollo* si presenta di per sé complessa – al pari dell'individuazione di ciò che può ritenersi norma di “principio” ai sensi dell'art. 117, comma 3, della Costituzione italiana – tanto da sostenersi che della nozione di *bases* non si può dare una ricostruzione unitaria, variando la sua estensione a seconda della materia (E. Alvarez Conde, A. García Moncó, R. Tur Ausina, *Derecho autonómico*, cit., 316).

¹²⁶ STC 134/2017, de 16 de noviembre,

¹²⁷ Queste le sentenze relative ai provvedimenti autonomici elencati alla precedente nota 122: SSTC 134/2017, de 16 de noviembre; 145/2017, de 14 de diciembre; 2/2018, de 11 de enero; 17/2018, de 22 de febrero; 18/2018, de 22 de febrero.

Cost. – il diritto all’istruzione doveva essere riconosciuto a “tutti”, a prescindere dalla cittadinanza e dalla condizione giuridica¹²⁸.

La legge organica del 2009 torna però ad intervenire sull’art. 9 della LODYLE, introducendo una formulazione che, pur riconoscendo l’universalità di tale diritto nei confronti dei minorenni, contiene un certo grado di ambiguità con riferimento ai maggiorenni. Si legge infatti che: «Gli stranieri di età superiore ai diciotto anni che si trovano in Spagna hanno diritto all’istruzione secondo quanto stabilito nella legislazione sull’istruzione. In ogni caso, gli stranieri *residenti* di età superiore ai diciotto anni avranno diritto ad accedere ai livelli d’istruzione post-obbligatoria, all’ottenimento dei titoli corrispondenti e al sistema pubblico di borse di studio alle stesse condizioni dei cittadini spagnoli» (nuovo art. 9.2).

A fronte di questa formulazione, si era fatta strada anche un’interpretazione – esplicitamente seguita da alcune CCAA¹²⁹ – secondo la quale la disposizione avrebbe reintrodotta il requisito della “residenza”, cioè la regolarità della presenza sul territorio nazionale, per gli stranieri maggiorenni, con il conseguente obbligo di richiedere il permesso di soggiorno per l’ammissione degli stessi all’istruzione post-obbligatoria. Trattandosi di materia di competenza concorrente, il Parlamento della Navarra ha quindi presentato ricorso di fronte al *Tribunal Constitucional*, affermando che la nuova formulazione della LODYLE garantirebbe parità di trattamento ai soli stranieri in posizione regolare, rendendo ineffettivo il diritto all’istruzione degli irregolari mediante un generico rinvio alla legislazione per disciplinarne l’esercizio.

Con la sua *Sentencia* 155/2015, de 9 de julio, il *Tribunal* ha ritenuto però che la corretta interpretazione della disposizione fosse diversa e costituzionalmente compatibile: a parere del giudice costituzionale, la formulazione attuale mirerebbe ad assicurare la parità di trattamento fra cittadini maggiorenni e stranieri in posizione regolare, lasciando impregiudicata la questione del trattamento degli irregolari. Anche se l’argomentare della pronuncia non è perspicuo¹³⁰, si evince che a parere del *Tribunal* la disposizione riconosce anche ai maggiorenni in posizione irregolare il diritto all’istruzione, ma non assicura necessariamente la totale parità di trattamento con i cittadini, lasciando quindi alla legislazione in materia un margine di discrezionalità. Viene tuttavia ribadito che ove questa escludesse esplicitamente gli irregolari dal diritto all’istruzione, verrebbe

¹²⁸ STC 236/2007, de 7 de noviembre.

¹²⁹ Così ad esempio la *Comunidad Valenciana* con la sua *Resolución de 22 de diciembre de 2009, de la dirección general de Ordenación y Centros Docentes por la que se deja sin efecto la Resolución de 4 de noviembre de 2009, de la misma dirección general, sobre el alumnado extranjero en la educación de naturaleza no obligatoria*, la quale – richiamata la nuova formulazione dell’art. 9 LODYLE – affermava: «A la vista del contenido del citado artículo, es necesario volver a establecer, como requisito necesario, que los extranjeros mayores de 18 años sean residentes en España para poder acceder a los estudios posobligatorios».

¹³⁰ Tanto che due giudici, Andrés Ollero Tassara e Juan Antonio Xiol Ríos, hanno deciso di formulare due *votos concurrentes* (il secondo con l’adesione dei giudici Adela Asua Batarrita e Fernando Valdés Dal-Ré) al fine di ribadire al di fuori di ogni dubbio che un’eventuale esclusione degli stranieri in posizione irregolare dal diritto all’istruzione sarebbe da considerarsi costituzionalmente illegittima.

dichiarata illegittima per aver negato in maniera incondizionata un diritto fondamentale¹³¹.

Anche se in questo modo non si addiène a una pronuncia di incostituzionalità, nondimeno si può affermare che il ricorso promosso dalla Navarra ha permesso di ottenere dal *Tribunal* una conferma del perimetro costituzionale di garanzia del diritto all'istruzione, che potrebbe contribuire a fugare le tentazioni di future limitazioni di questo diritto, soprattutto al fine di ottenere risparmi di spesa.

6.2 Il livello locale

Dalle conseguenze della crisi finanziaria non sono peraltro rimaste immuni nemmeno le competenze dei Comuni. Abbiamo già visto come questi enti non siano titolari di una competenza specifica in materia di "immigrazione" o "integrazione" tale da fondare qualsiasi politica pubblica locale ad essa connessa ma come, al contrario, operino sulla base di un *collage* di competenze. A maggior ragione, questa lacuna si è rivelata densa di conseguenze dopo l'approvazione della *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (LRSAL), di modifica della legge sull'ordinamento locale (LBRL), la quale – soprattutto in ragione delle difficoltà affrontate dalla finanza pubblica spagnola – si poneva l'obiettivo di razionalizzare l'organizzazione e l'azione degli enti locali con il fine ultimo del contenimento della spesa pubblica¹³². Questa legge ha senza dubbio irrigidito le "facoltà di manovra" dei Comuni relativamente alle competenze che non siano loro *espressamente* attribuite da una legge, di attribuzione (funzioni proprie) o di delegazione della funzione (funzioni delegate), statale o autonoma. Il nuovo articolo 7 LBRL qualifica, infatti, le funzioni esercitate al di fuori del perimetro legislativo come competenze "*distinte da quelle proprie e delegate*" – definite talora competenze "improprie" – e sottopone il loro esercizio a una duplice condizione: la non duplicazione del servizio con altro esercitato dall'amministrazione statale o regionale (cd. principio *una Administración, una competencia*) e – questione ancor più delicata – la *sostenibilità finanziaria* del suo esercizio, valutata dall'amministrazione finanziaria (nuovo art. 7.4 LBRL)¹³³. Inoltre, l'elenco delle competenze da attribuire ai Comuni contenuto nell'art. 25 LBRL è stato modificato in senso sostanzialmente restrittivo, espungendo fra

¹³¹ Così si interpreta la seguente frase, quasi un *obiter dictum* formulato in maniera ipotetica: «*El entendimiento de que se excluye de tal derecho a quienes "no sean residentes" no solo sería contraria al art. 27 CE por negar de manera incondicionada el ejercicio de un derecho fundamental, sino que, además, se contradiría con otros preceptos de la misma Ley Orgánica...*».

¹³² Per un quadro generale v., ad esempio, M. Medina Guerrero, *La reforma del régimen local*, Valencia, 2014; J.A. Santamaría Pastor (coord.), *La reforma del régimen local español*, Madrid, 2014; C. Ruiz-Rico Ruiz, *Reforma de la Administración Local y problemática jurídico constitucional*, Valencia 2017.

¹³³ Per un'illustrazione schematica, v. il rapporto della Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), *Requisitos para el ejercicio de competencias distintas de las propias y delegadas tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*, disponibile sul sito <http://femp.femp.es/>

l'altro l'ampio ambito della «k) *Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social*», ed è stato abrogato l'art. 28 LBRL che lasciava ai Comuni la possibilità di esercitare competenze “complementari”, non espressamente previste da una legge¹³⁴.

Tali previsioni hanno generato molta confusione fra gli enti locali, creando diffinità applicative causate dall'incertezza sulla qualificazione dei differenti servizi offerti dai Comuni, e – ove vi fossero dubbi sulla sussistenza della competenza comunale – una vera e propria paralisi di servizi basilari, fra i quali si contano anche quelli rivolti agli immigrati¹³⁵. Eppure era assolutamente evidente che i Comuni non avrebbero potuto smettere di erogare questi servizi, come altri servizi fondamentali, essendo per loro le relative istanze sociali «impossibili da eludere per la loro vicinanza con il cittadino» o, per quel che ci interessa, con lo straniero¹³⁶. In questo senso, si è rivelato di grande importanza il fatto che i servizi sociali – quelli che suscitavano i più delicati problemi giuridici e pratici – rientrassero prevalentemente all'interno della competenza, esclusiva o concorrente, delle CCAA: queste ultime sono infatti potute intervenire con propri provvedimenti per assicurare la massima continuità possibile ai servizi comunali. In particolare, quasi tutte le CCAA hanno approvato decreti-legge, leggi o regolamenti volti a ridisciplinare le funzioni comunali¹³⁷, disponendo in ogni caso

¹³⁴ L'art. 28, LBRL, così recitava: «*Los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente*».

¹³⁵ La situazione è descritta con grande chiarezza dal preambolo del decreto-legge catalano n. 3 del 2014: «*La situación de indefinición generada esta permitiendo que cada municipio haga una interpretación diferente, en cuanto a las materias competenciales sobre las que puede prestar servicios públicos a los ciudadanos, cuando tendrían que ser las mismas para preservar el principio constitucional de igualdad. También se pueden dar supuestos posibles de paralización o renuncia en la prestación de servicios y actividades dirigidas a los ciudadanos por entender que, con la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, el ente local ya no es competente para poderlos prestar. En muchos casos los ámbitos materiales afectados son los de naturaleza básica prestacional a los ciudadanos, como servicios sociales, enseñanza, políticas de inmigración, de ocupación y de defensa de consumidores*». Analoghi riferimenti si trovano, ad esempio, nella più recente circolare dell'Esecutivo dell'Extremadura: *Circular de 19 de febrero de 2016, de la Consejera, interpretativa para la aplicación del régimen competencial de las Entidades Locales de Extremadura*.

¹³⁶ M.A. Arias Martínez, *Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, in *Revista de Administración Pública*, 194, 2014, 379.

¹³⁷ Si tratta dei seguenti provvedimenti: Castilla y León, *Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en Castilla y León derivado de la entrada en vigor de la LRSAL*; Andalucía, *Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL*; Extremadura, *Decreto-Ley 3/2014, de 10 de junio, por el que se modifica la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura*; Cataluña, *Decreto-Ley 4/2014, de 22 de julio, por el que se establecen medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalitat y los entes locales de Cataluña a la disposición adicional novena de la LRSAL*; Murcia, *Decreto-Ley 1/2014, de 27 de junio, de medidas urgentes para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*; Islas Baleares, *Decreto-Ley 2/2014, de 21 de noviembre, de medidas urgentes para la aplicación a las Illes Balears de la LRSAL*; Comunidad Valenciana, *Decreto-Ley 4/2015, de 4 de septiembre*; Galicia, *Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la LRSAL*; La Rioja, *2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los*

che, quantomeno in via provvisoria, continuassero ad essere esercitate dai Comuni le funzioni che fossero previste come proprie prima dell'entrata in vigore della LRSAL, a meno che non fossero state nel frattempo assunte dalle CCAA¹³⁸.

Com'era tuttavia prevedibile, anche sulla LRSAL ha avuto modo di pronunciarsi il *Tribunal Constitucional* con più sentenze¹³⁹, fra le quali la più rilevante in materia di competenze dei Comuni è la *sentencia* 41/2016, *de 3 de marzo*. Essa chiarisce che l'elenco di materie di interesse comunale contenuto nell'art. 25 LBRL – nonostante qualche imprecisione terminologica – non costituisce un elenco tassativo di competenze attribuibili ai Comuni, ma solo un mandato di attribuzione che, per divenire efficace, necessita dell'intermediazione della legge settoriale statale o autonoma. In altri termini, ove un ambito sia previsto nell'elenco, il legislatore settoriale, statale o autonomo, è tenuto ad attribuire competenze sufficienti ai Comuni, mentre se esso non è previsto l'attribuzione resta il frutto di una "ponderazione" affidata al legislatore sulla pertinenza di alcuni aspetti della materia trattata ad interessi locali in maniera esclusiva o preponderante¹⁴⁰. Di conseguenza, ove una voce venga espunta dall'elenco – com'è avvenuto ad esempio per quella relativa ai "servizi sociali" – ciò non significa che sulla stessa sia esclusa la competenza comunale ma soltanto che la scelta in materia è discrezionalmente rimessa alle CCAA, riconoscendo quindi che il grado di decentramento locale è una delle opzioni politiche che rientrano nella competenza settoriale autonoma¹⁴¹. Inoltre, allontanandosi dalla terminologia del legislatore statale, il *Tribunal* afferma che esistono soltanto due tipologie di competenze comunali, proprie e delegate, e che le prime si dividono a loro volta in competenze

servicios públicos en la Comunidad autónoma de La Rioja; Comunidad de Madrid, Ley 1/2014, de 25 de julio, de adaptación del régimen local de la Comunidad de Madrid a la LRSAL; Navarra, Ley foral 23/2014, de 2 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra; Canarias, Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias; Asturias, Decreto 68/2014, de 10 de julio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la LRSAL.

¹³⁸ M. Almeida Cerredá, *El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales*, in *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 22, 2015, 259. Sembrano evidenti – da un lato – la volontà di sbarrare la strada a un'applicazione diretta e indiscriminata della riforma statale per evitare la paralisi di servizi fondamentali e – dall'altro – la sintonia di fondo con questa legge rispetto alla finalità di evitare duplicazioni privilegiando, in caso di sovrapposizione, l'amministrazione autonoma.

¹³⁹ Oltre a quella commentata in testo vi sono anche importantissime pronunce in tema di autonomia locale (principio), *governance* di area vasta, associazionismo fra comuni, etc. V. in particolare SSTC 41/2016, *de 3 de marzo*; 111/2016, *de 9 de junio*; 168/2016, *de 6 de octubre*; 180/2016, *de 20 de octubre*; 44/2017, *de 27 de abril*; 45/2017, *de 27 de abril*; 54/2017, *de 11 de mayo*; 93/2017, *de 6 de julio*; 101/2017, *de 20 de julio*; 107/2017, *de 21 de septiembre*. Per un commento organico di questa giurisprudenza si rinvia a R. Gracia Retortillo, *Racionalización y sostenibilidad de la administración local en España: una reforma frustrada. Las competencias provinciales como paradigma*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 4, 2016, 941 ss.; A. Cidoncha Martín, *La garantía constitucional de la autonomía local: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 45, 2017, 12 ss.; F. Velasco Caballero, *Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final*, in *Anuario de Derecho Municipal 2016*, Madrid, 2017, 23 ss.

¹⁴⁰ A. Cidoncha Martín, *La garantía constitucional de la autonomía local*, cit., 63 ss.

¹⁴¹ F. Velasco Caballero, *Juicio constitucional sobre la LRSAL*, cit., 43.

proprie *specifiche* e competenze proprie *generali* (quelle che la legge definisce invece “distinte dalle proprie”), ovvero competenze slegate da uno specifico ambito materiale e piuttosto aperte agli interessi e alle necessità di ciascuna comunità locale. Per l’esercizio di attività collegate a queste ultime, il legislatore statale ha legittimamente previsto un duplice requisito – rispetto della sostenibilità finanziaria e della non duplicazione con servizi già offerti da altre amministrazioni – al quale anche le CCAA si devono attenere nella legislazione sulle funzioni comunali¹⁴².

Nonostante l’azione combinata delle CCAA e del *Tribunal Constitucional* abbiano “disattivato” molto del potenziale prorompente della LRSAL¹⁴³, è evidente come la diminuzione complessiva delle risorse finanziarie a disposizione delle autonomie locali ha inficiato la loro stessa capacità concreta di porre in essere politiche di accoglienza, specialmente per quanto riguarda i Comuni maggiormente investiti dalle migrazioni degli ultimi anni¹⁴⁴.

7. Conclusioni. Immigrazione e Stato regionale in prospettiva comparata e multilivello

126

Di fronte a questo quadro complessivo del ruolo di CCAA ed enti locali nell’esperienza spagnola, sorgono spontanei alcuni quesiti sulla collocazione di questo sistema sul piano comparato, con particolare riferimento al caso del regionalismo italiano: le analogie – lo si può anticipare – sono molto forti, anche se si possono rilevare alcune diversità.

Prima di tutto, va registrata la fisiologica portata differenziatrice del pluralismo legislativo che caratterizza lo Stato federale e regionale, in quanto l’attribuzione della potestà legislativa alle autonomie regionali depotenzia per ciò solo la portata uniformatrice e accentratrice che la fonte primaria possiede in sistemi solo amministrativamente decentrati. Si pensi ad esempio al peso della legislazione sull’immigrazione nel sistema francese, che preclude interventi strutturati in materia delle Regioni, se non per ciò che concerne l’attuazione sul piano amministrativo.

In secondo luogo, di grande rilievo è il fatto che tanto in Italia quanto in Spagna la Carta costituzionale sia stata adottata in un momento storico in cui il fenomeno dell’emigrazione era certamente preponderante rispetto a quello

¹⁴² STC 41/2016, *de 3 de marzo*, FJ 11, la quale chiarisce che i pareri richiesti per l’esercizio di competenze diverse da quelle proprie “specifiche” non possono negare ai Comuni l’esercizio di competenze amministrative in ambiti di interesse prettamente locale e, qualora violino l’autonomia locale, sono comunque soggetti a ricorso innanzi al giudice amministrativo. La successiva STC 107/2017 precisa che – di fronte a una duplicazione di competenze – non deve per forza arretrare l’amministrazione locale: l’amministrazione regionale è infatti chiamata a una ponderazione sugli interessi prevalenti fra quelli regionali e quelli locali.

¹⁴³ In questo senso, ad esempio, il commento di J.A. Montilla, *Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL*, sul sito dell’*Instituto de Derecho Público* di Barcellona: <http://idpbarcelona.net>

¹⁴⁴ In questo senso, già T. de la Quadra-Salcedo Ianini, *Los derechos sociales de los extranjeros: nueva y viejas garantías*, cit., 121.

dell'immigrazione¹⁴⁵. Da qui un riparto di competenze concentrato sul controllo degli ingressi nel territorio nazionale, e quindi sul movimento delle persone, che non lasciava spazi alle autonomie¹⁴⁶.

Altro rilevante punto di contatto è costituito dal passaggio storico successivo, ossia l'intervento "dal basso" degli enti territoriali – a livello regionale e locale – a fronte del concreto porsi, a livello sociale e istituzionale, della questione dell'immigrazione. Tanto le Regioni che le CCAA hanno posto in essere politiche pubbliche sulla base delle generiche competenze in materia sociale di cui erano titolari: nel caso riparto di competenze italiano precedente alla riforma del 2001 il riferimento era costituito soprattutto dal titolo di competenza su «beneficenza pubblica ed assistenza sanitaria ed ospedaliera»¹⁴⁷, mentre ampiamente si è detto delle competenze di cui erano statutariamente titolari le CCAA, in ambiti come la sanità, l'istruzione, le politiche della casa e l'assistenza sociale.

In questo contesto si inserisce il rovesciamento del riparto di competenze operato in Italia dalla legge costituzionale n. 3 del 2001: inserendo fra le competenze legislative esclusive dello Stato quelle su «...diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» (art. 117, comma 2, lett. a) e «immigrazione» (art. 117, comma 2, lett. b), finisce sostanzialmente per introdurre un'espressione sovrapponibile a quella presente *ab origine* nella Costituzione spagnola, sollevando il medesimo problema interpretativo, ossia se il titolo potenzialmente onnicomprensivo "condizione giuridica" dello straniero attragga o meno ogni aspetto della materia nella competenza esclusiva statale. Si arriva così al quarto punto di contatto: la giurisprudenza costituzionale – pur a fronte di un riparto originariamente centralista – ha saputo aprire a un concorso di azioni statali e regionali nella materia, all'interno del quale gli enti regionali sono titolari di una significativa discrezionalità nel modulare le proprie politiche sociali e di integrazione nei confronti degli immigrati¹⁴⁸. Il punto-limite rimane il controllo degli ingressi,

¹⁴⁵ Ad esempio, gli artt. 35, comma 4 («La Repubblica... tutela il lavoro italiano all'estero») e 51, comma 2 («La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica»), della Costituzione italiana esprimevano evidentemente preoccupazioni analoghe a quelle che – come si è visto nel par. 1 – animavano i Costituenti spagnoli della transizione.

¹⁴⁶ A questo esito si giungeva per percorsi differenti in ragione della diversa tecnica di riparto delle competenze adottata nella Costituzione spagnola del 1978 e nella versione originaria del Titolo V della Costituzione italiana del 1948: quest'ultima infatti conteneva all'art. 117 un elenco delle competenze legislative regionali mentre quelle non enumerate – fra cui si annovera la materia "immigrazione" – risultavano di competenza esclusiva statale.

¹⁴⁷ Per alcuni esempi della normativa adottata in questa fase: C. Corsi, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e regioni*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, cit., 229 ss. e M. Rosini, M. Tomasi, *Il ruolo delle Regioni nella definizione ed implementazione delle politiche di integrazione dei cittadini stranieri: uno studio degli atti normativi*, in *Le Regioni*, 5-6, 2018, part. 840 ss.

¹⁴⁸ La massima di riferimento rimane quella espressa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 300 del 2005, secondo la quale: «l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie

rispetto al quale i giudici costituzionali assicurano la salda titolarità del legislatore statale¹⁴⁹: sul punto si tornerà oltre.

Va registrata, tuttavia, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, una diversa lettura della potestà legislativa concorrente: mentre la Corte costituzionale italiana ha più volte fatto salve misure regionali che innalzavano il livello di tutela dei diritti degli stranieri, ad esempio in ambito sanitario, rispetto a quanto stabilito dal legislatore statale (purché, beninteso, ciò non interferisse con il controllo dell'immigrazione)¹⁵⁰, alcune recenti pronunce del *Tribunal Constitucional* – adottate nel contesto della crisi economica – hanno riconosciuto alle norme statali il potere di limitare alcune prestazioni sociali soltanto agli stranieri in posizione regolare, riducendo così gli spazi di azione del legislatore autonomo e allontanandosi dal l'obiettivo della “miglior tutela” dei diritti fondamentali che sarebbe il più intrinsecamente coerente con i principi di fondo dello Stato democratico-sociale¹⁵¹.

Anche il sistema delle fonti mostra poi significativi punti di contatto con un rilievo peculiare delle fonti sub-primarie nella definizione organica delle politiche territoriali sull'immigrazione. Quest'ultimo aspetto presenta due versanti: il primo, fisiologico, è dato dall'ampio utilizzo della pianificazione amministrativa delle azioni da intraprendere per gestire il fenomeno migratorio, approccio necessario per dare coerenza all'azione dei diversi servizi pubblici nei confronti di un soggetto – il migrante – che presenta spesso esigenze peculiari rispetto al resto

che intersecano *ex* Costituzione competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente». Si può anche ricordare che, a differenza dei primi Statuti regionali, come nel caso spagnolo (v. *supra*, par. 3.2) anche la “seconda generazione” di Statuti regionali italiani ha cominciato a occuparsi dell'immigrazione riconoscendo esplicitamente alcuni diritti, anche partecipativi, agli stranieri (v. M. Rosini, M. Tomasi, *Il ruolo delle Regioni nella definizione ed implementazione delle politiche di integrazione dei cittadini stranieri*, cit., 835 ss.). Ciò nonostante non possono dimenticarsi le differenze di natura e funzione degli Statuti di autonomia nei due ordinamenti – in Spagna essi definiscono le competenze della CA, mentre queste ultime in Italia sono prestabilite, per le Regioni ordinarie, direttamente dal Titolo V della Costituzione – e il ridimensionamento della valenza di queste disposizioni da parte della Corte costituzionale, la quale ritiene che ad esse «non può essere riconosciuta alcuna rilevanza giuridica» (Corte cost., sent. n. 379 del 2004). Su questi aspetti v., ad esempio, P. Passaglia, «Immigrazione» e «condizione giuridica» degli stranieri extracomunitari: la Corte costituzionale precisa i termini del riparto di competenze (... e torna sulla portata delle enunciazioni di principi contenute negli statuti), in *Foro it.*, 2006, I, 352 ss.

¹⁴⁹ Anche se – come chiarito da C. Panzera, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2018, 145 – non è possibile sovrapporre il confine fra competenze statali e regionali con quello fra politiche dell'immigrazione e politiche per l'immigrazione, in ragione del fatto che non tutte le materie pertinenti all'integrazione sono di competenza regionale nonché, si può aggiungere, del potere dello Stato di dettare principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente (tali sono, ad esempio, i livelli minimi di tutela di alcuni diritti stabiliti dal Testo Unico sull'Immigrazione, D.Lgs. n. 286 del 1998, artt. 34 ss.) e di definire, all'interno della propria potestà legislativa esclusiva, «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. m).

¹⁵⁰ Ad esempio, sentt. nn. 269 del 2010, 299 del 2010 e 61 del 2011. Per un quadro complessivo sulla situazione italiana v. anche L. Ronchetti (cur.), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, 2012; E. Gianfrancesco, *Gli stranieri, i diritti costituzionali e le competenze di Stato e Regioni*, in www.amministrazioneincammino.it, 2014

¹⁵¹ V. *supra*, par. 6.1 e dottrina ivi citata.

della popolazione e che necessita in quanto tale un approccio “olistico”¹⁵²; il secondo, patologico, è dato dall'utilizzo delle fonti secondarie o dei documenti di prassi amministrativa¹⁵³ per limitare diritti garantiti a livello primario. Un punto di tensione assai delicato in entrambi gli ordinamenti si è rivelata essere la gestione delle anagrafi comunali, l'inserimento nelle quali costituisce condizione per la fruizione di numerose prestazioni¹⁵⁴.

Un ultimo punto di contatto merita di essere messo in luce: le potenzialità di tutela dei diritti dello straniero – e, si può dire, dei diritti in generale – che innesca un sistema regionale o federale di articolazione dei poteri pubblici garantito da un giudice terzo e imparziale. Si è visto come le CCAA non hanno mancato di portare più volte, anche nella più recente fase di crisi economica, le misure statali limitatrici dei diritti fondamentali degli stranieri di fronte al *Tribunal Constitucional*, come del resto hanno fatto pure alcune Regioni italiane di fronte al c.d. Decreto “Sicurezza”¹⁵⁵. Il diverso grado di efficacia delle iniziative giurisdizionali di Regioni e CCAA dipende in misura non trascurabile dalla diversa ampiezza dei vizi che possono essere dedotti nell'accesso in via principale al giudizio di costituzionalità: il *Tribunal Constitucional* ha dimostrato di conoscere ampiamente anche la lesione dei diritti sostanziali degli stranieri¹⁵⁶ mentre la Corte costituzionale italiana, in maniera più restrittiva, continua a ribadire che le Regioni non possono lamentare direttamente la violazione dei diritti fondamentali ma devono dimostrare la “ridondanza” di questa violazione sulle proprie competenze, cosicché si possa parlare quantomeno di lesione indiretta delle competenze regionali¹⁵⁷.

Il funzionamento del sistema multilivello di tutela dei diritti non si limita certamente alla “porzione” che è stata oggetto di questo studio e si estende, in verticale, fino al di là dei confini nazionali: non mancano voci dottrinali che

¹⁵² Per numerosi esempi di approccio “programmatorio” nel caso italiano, v. M. Rosini, M. Tomasi, *Il ruolo delle Regioni nella definizione ed implementazione delle politiche di integrazione dei cittadini stranieri*, cit., part. 845 ss.

¹⁵³ Con questo termine ci si riferisce a circolari, istruzioni, e – in generale – a tutti gli atti non normativi volti a fornire indicazioni agli uffici sull'interpretazione da dare ad una data disposizione o al comportamento da tenere in una determinata circostanza.

¹⁵⁴ Per quanto riguarda la Spagna, v. *supra*, par. 4.2, mentre per il caso italiano, ad esempio, E. Gargiulo, A. Maiorca, *Gli stranieri di fronte al diritto di iscrizione anagrafica*, in A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana (cur.), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017, 121 ss.

¹⁵⁵ Si tratta del decreto-legge n. 113 del 2018 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, in legge n. 132 del 2018, che era stato impugnato dalle Regioni Umbria, Emilia-Romagna, Toscana, Marche e Calabria. La Corte si è pronunciata con le sentenze nn. 194 e 195 del 2019.

¹⁵⁶ V. ad esempio le pronunce richiamate nel par. 6.1 ma anche quella relativa all'accesso alle informazioni del *padrón* analizzata nel par. 4.2.

¹⁵⁷ Questo ragionamento ha determinato, ad esempio, l'inammissibilità della gran parte delle questioni sollevate dalle Regioni sul già richiamato Decreto “Sicurezza”, pronunciata con sentenza n. 194 del 2019: per un approfondimento su quest'aspetto, si veda C. Padula, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Consulta Online*, II, 2019, 377 ss.

sottolineano la ormai piena caratterizzazione “federale” della gestione dell’immigrazione, che coinvolge tanto i livelli di governo più prossimi ai cittadini (e non) quanto ormai in misura significativa il livello sovranazionale, compreso quel tassello essenziale dell’ordine costituzionale europeo che è la giurisprudenza. A parere di chi scrive, questo sistema può esplicare le proprie potenzialità di tutela soltanto attraverso la continua ricerca di un equilibrio dinamico fra le istanze unificatrici dei livelli superiori, di governo e giurisdizionali – chiamati a stabilire garanzie comuni di tutela dei diritti fondamentali – e le potenzialità evolutive dei governi territoriali, che nel tempo si sono dimostrati in grado di intercettare con immediatezza le problematiche più concretamente poste dal fenomeno migratorio e di darvi risposte declinate in base alla realtà socio-economica di volta in volta considerata. In questo senso, sembrano poco lungimiranti – oltre che di difficile attuazione – istanze eccessivamente uniformatrici dei compiti degli enti territoriali, come quelle sottese alla LRSAL, che pretendano di predeterminare *ex ante* in maniera rigida le funzioni pubbliche da essi svolte¹⁵⁸.

Un’ultima considerazione merita di essere fatta sul confine ultimo che la giurisprudenza costituzionale, tanto spagnola quanto italiana, ha tracciato all’azione delle Regioni, ossia il controllo degli ingressi e della condizione amministrativa dello straniero sul territorio nazionale¹⁵⁹. Come detto, sono state dichiarate puntualmente incostituzionali tutte le forme di interferenza su tale aspetto da parte di fonti regionali, ivi compreso il tentativo dello Statuto catalano di prevedere una partecipazione vincolante della CA alla determinazione del contingente di lavoratori stranieri destinato alla stessa. Eppure, nonostante la riflessione scientifica sia al momento giustamente concentrata sulla gestione emergenziale dell’immigrazione proveniente dal Mediterraneo e sulla tutela dei diritti dei richiedenti asilo e protezione internazionale, è evidente che in un’ottica strutturale i territori all’interno di un medesimo Stato manifesteranno esigenze sempre più differenziate in ordine all’immigrazione: il crinale non corre soltanto fra le Regioni più ricche ed economicamente fiorenti, che necessitano di forza lavoro, e quelle depresse e caratterizzate da un alto tasso di disoccupazione, ma anche – e trasversalmente – fra le concentrazioni urbane sempre più popolate e le zone che rischiano invece lo spopolamento. Si consenta di richiamare a titolo di esempio anche il dibattito in corso nel Regno Unito, in cui la Scozia – temendo un

¹⁵⁸ A questo proposito può essere utile lanciare uno sguardo al di fuori del recinto degli studi giuridici. Gli studiosi che hanno affrontato da un punto di vista scientifico i “sistemi complessi” hanno ad esempio osservato che spesso l’innovazione e la sperimentazione, che sono la chiave di volta dell’evoluzione e del miglioramento del sistema, avvengono in periferia e non al centro, in virtù anche della possibilità di poter deviare da schemi prestabiliti (A.F. De Toni, L. Comello, L. Ioan, *Auto-organizzazioni. Il mistero dell’emergenza dal basso nei sistemi fisici, biologici e sociali*, Padova, 2011).

¹⁵⁹ Per quanto riguarda la Spagna si rinvia al par. 3.3. La Corte costituzionale italiana ha dichiarato illegittime ad esempio disposizioni regionali che fissavano requisiti ulteriori (relativi all’alloggio e al reddito) rispetto a quelli previsti dalle norme statali ed europee per esercitare il diritto al ricongiungimento familiare (sent. n. 2 del 2013) ed il rifiuto di istituire sul territorio regionale centri per l’identificazione e l’espulsione degli immigrati, c.d. CIE (sent. n. 134 del 2010).

crollò dell'immigrazione anche a seguito della Brexit – reclama la devoluzione del potere di regolare l'immigrazione sulla base delle proprie esigenze¹⁶⁰.

Simili sfide fanno presagire l'esigenza di una gestione sempre più collaborativa anche della politica dell'immigrazione, in cui gli enti territoriali siano in grado di rappresentare le reali esigenze della propria comunità, la quale presuppone tuttavia un approccio *strutturale* al fenomeno la cui necessità non sembra ancora, tuttavia, del tutto acquisita al dibattito pubblico¹⁶¹.

Francesco Emanuele Grisostolo
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Udine
grisostolo.francescoemanuele@spes.uniud.it

¹⁶⁰ Il Governo scozzese ha pubblicato uno studio (*Scotland's population needs and migration policy: Discussion paper on evidence, policy and powers for the Scottish Parliament*, 2018, disponibile sul sito www.gov.scot) all'interno del quale si evidenzia la peculiare sfida demografica che affronta la Scozia, sollecitando il Governo di Londra a rivedere in alcuni punti la propria politica dell'immigrazione o ad aprire a un sistema di visti regionalizzato. Anche l'*All Party Parliamentary Group on Social Integration* del Parlamento di Westminster ha pubblicato un documento, *Interim report into integration of immigrants*, all'interno del quale sostiene che il Regno Unito dovrebbe abbandonare l'approccio "*one size fits all*" nella politica migratoria e seguire piuttosto il modello canadese, nel quale i differenti Governi provinciali hanno la possibilità di esprimere le proprie esigenze in materia di immigrazione. Il Governo federale canadese, inoltre, incoraggia il popolamento da parte dei migranti delle zone meno popolate.

¹⁶¹ In questo senso, L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, cit., part. 64-65.

L'anomalia algerina e la sua crisi

di Emilio Minniti

Abstract: The Algerian anomaly and its crisis – The political-constitutional system of Algeria presents some peculiar characteristics and specificities, which made the evolution of the “Spring” of 2011 substantially anomalous compared to the regional context. In the same way, the recent crisis of the Algerian system appears to be linked to the deep structure of the “social pact” on which independent Algeria was built and to the balance of the forces on which the political-constitutional order has been based up to now. The current phase of instability, in which the country has fallen, does not originate from the need for a recovery of consensus of the class of government, but from the need for a “re-legitimization” of the same in the historical role of lintel of the Algerian institutional system.

Keywords: Algerian Anomaly; Pouvoir; Arab Spring; Systemic Crisis; Constitutional Reform.

133

1. Introduzione

L'attuale fase di instabilità politica che sta interessando l'Algeria, unico paese del Nordafrica assieme al Marocco ad aver “assorbito” nell'ambito del sistema politico-costituzionale esistente gli impulsi della cosiddetta “Primavera araba” del 2011, rivela il raggiungimento di un punto di rottura negli equilibri di fondo sui quali si è retto per decenni l'ordinamento algerino, nonché del “contratto sociale” che ne era alla base. Se, infatti, il recente e progressivo indebolimento del nazionalismo statale arabo ha aperto la strada alla riaffermazione di concezioni comunitaristiche proprie della tradizione islamica, che si è manifestata con l'avanzata dell'Islam popolare in tutta l'area nordafricana, l'Algeria ha rappresentato una sostanziale anomalia nell'ambito di un tale contesto evolutivo, sebbene nell'ultimo anno abbia evidenziato molteplici e strutturali fattori di crisi.

Sul piano della metodologia d'analisi appare dunque opportuno il ricorso ad un approccio comparatistico sia diacronico che sincronico¹. L'obbiettivo è quello di prendere in esame la progressiva evoluzione del sistema politico-costituzionale algerino, con particolare riferimento agli equilibri tra forze sulle quali l'ordinamento si è costituito e retto sinora, inquadrandola nel più ampio contesto

¹ Sulla metodologia comparatistica cfr. G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 21; G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, 17-23; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova, 2018; C. Sbailò, *Per un approccio concreto ed ermeneuticamente orientato al costituzionalismo islamico*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejia, G. Pavani (a cura di), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo I, Ciudad de Mexico, 2017, 673-674; G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (il metodo)*, Torino, 1994.

delle recenti vicende nordafricane, nonché nella più generale contrapposizione tra i modelli di Islam statale e Islam popolare².

La specificità algerina si è strutturata su elementi quali l'esistenza di un forte sentimento nazionale radicato nella popolazione, la memoria della sanguinosa guerra civile combattuta contro l'estremismo islamista del Fronte Islamico di Salvezza negli anni '90, il ricorso al consolidato meccanismo della "contrattazione autoritaria" nonché la forte legittimazione popolare di cui ha sempre goduto il cosiddetto *Pouvoir*; termine con il quale si identifica la triade rappresentata dai vertici militari, dal Fronte di Liberazione Nazionale e dalla figura rappresentata dal Capo dello Stato.

Allo stesso modo, le attuali tensioni sembrano originarsi, più che da una rinnovata spinta dell'Islam popolare, che vive oggi una fase di generalizzato arretramento in tutta l'area nordafricana, dall'evidente incapacità del *Pouvoir* di affrontare una fisiologica fase di successione, mantenendo al proprio interno una sostanziale unità di prospettiva politica. La ricandidatura per il quinto mandato presidenziale dell'ottantatreenne e ormai non più autosufficiente Abdelaziz Bouteflika, oltre ad aver determinato l'esplosione nel paese di ampie e ripetute proteste di piazza, ha offerto alla componente militare la possibilità di affermare una netta preminenza nella gestione della fase di transizione interna alla classe dirigente del paese. La soluzione "costituzionale" della crisi, legittimata dal ricorso all'articolo 102, che ha consentito la destituzione del Presidente attraverso la dichiarazione dello stato di impedimento³, l'indizione di nuove elezioni e l'assunzione temporanea della carica di Capo dello Stato da parte del Presidente del Consiglio della Nazione Abdelkader Bensalah, è stata infatti imposta dal Capo di Stato Maggiore dell'Esercito Ahmed Gaid Salah.

Sebbene più volte nella recente storia algerina, l'equilibrio interno al *Pouvoir* abbia fatto registrare la decisa preminenza dell'ambito militare, le proteste della popolazione non si sono arrestate dopo la destituzione di Bouteflika, ma si sono rivolte con rinnovato vigore contro la temuta instaurazione di quello che viene considerato uno "Stato militare", nonché contro lo svolgimento di elezioni in assenza di una preliminare e radicale riforma del sistema politico-costituzionale.

Si è aperta nel paese, dunque, una profonda crisi di legittimazione del sistema politico-costituzionale e dei poteri sui quali si è sinora retto, che sembrerebbe poter evolvere in due direzioni differenti e contrapposte. Da un lato, infatti, appare concreta l'ipotesi di uno sviluppo del quadro complessivo sul modello egiziano, nel quale i militari hanno da sempre condizionato la vita politica in netta contrapposizione alla società civile e al sistema dei partiti, dall'altro, l'attuale fase di instabilità potrebbe determinare una rifondazione su nuove basi del sistema

² Per un approfondimento della dimensione popolare-universalistica dell'Islam cfr C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, 2012, 116-120.

³ Successivamente alla destituzione del Presidente in carica, il conflitto interno al *Pouvoir* è proseguito con l'arresto di Said Bouteflika, fratello dell'ex Presidente, di Mohamed Mediène, ex capo del Department of Intelligence and Security, e di Athmane Tartag, coordinatore dei servizi segreti e consulente per la sicurezza di Abdelaziz Bouteflika, accusati di cospirazione e di attacco all'autorità dell'esercito e dello Stato.

politico-costituzionale algerino, riaprendo la questione del rapporto tra la polarità politica e quella religiosa nell'ambito dell'organizzazione dello spazio pubblico.

Nell'ambito di quest'ultimo scenario, sembrerebbe plausibile ipotizzare che la concezione comunitaristica propria dell'Islam popolare possa rappresentare, anche in Algeria, una valida alternativa di sistema al particolare modello di organizzazione statale affermatosi nel paese. Quella che, tuttavia, appare necessario evidenziare, è la necessità di ricondurre ogni tipo di analisi alla "specificità" delle dinamiche politico-costituzionali che sta, da sempre, alla base del sistema algerino. In più occasioni dal conseguimento dell'indipendenza dalla Francia, infatti, l'Algeria ha dimostrato, sia pure attraverso fasi straordinariamente conflittuali, di riuscire a mantenere salda la "costituzione materiale" sulla quale si edificato l'ordinamento post-coloniale.

2. Primavera Arabe e riforme costituzionali

Sebbene i regimi dei paesi arabi del mediterraneo si siano dimostrati più "longevi" rispetto a quelli militari o populistici dell'America latina del secolo scorso, nonché in raffronto a quelli comunisti dell'Europa dell'est, non si sono rivelati sufficientemente saldi dinnanzi alla progressiva riaffermazione del "paradigma comunitario islamico", che ha recentemente vissuto una fase di significativa riespansione su larga scala⁴.

Con le Primavere arabe è deflagrato un conflitto radicale tra il modello di Islam "statale", a lungo prevalente nei paesi arabi della sponda nord del mediterraneo, e un emergente l'Islam "popolare", che si riconnette a concezioni profondamente radicate nella tradizione islamica⁵. Storicamente, il processo di "statalizzazione" dell'Islam si è incentrato sull'inserimento della *Sharia*, quale primaria fonte del diritto, all'interno dei testi costituzionali. Tale sistema ha determinato un sostanziale ridimensionamento del ruolo e della capacità di influenza delle autorità religiose, in quanto, in una tale costruzione ordinamentale, il controllo di conformità delle leggi alla *Sharia* viene attribuito in via esclusiva alla Corte Costituzionale, i cui giudici risultano del tutto indipendenti dalle autorità islamiche, poiché nominati dal potere politico e dalla stessa magistratura.

Se, dunque, i processi di "statalizzazione" dell'Islam, a lungo sostenuti e incoraggiati dalle potenze occidentali, si sono rivelati in grado di escludere dal sistema le tendenze più intransigenti, i rivolgimenti degli ultimi anni hanno evidenziato come, allo stesso tempo, ne abbiano favorito la radicalizzazione. Nell'ambito delle Primavere arabe si è infatti determinata l'emersione perentoria e conflittuale dell'Islam popolare - realtà politica e culturale di cui la Fratellanza Musulmana rappresenta una delle espressioni più rappresentative⁶ - che ha travolto

⁴ Per un approfondimento generale sul tema cfr T. Le Roy, *Constitutionalism in the Maghreb: Between French Heritage and Islamic Concept*, in *Constitutionalism in the Arab World*, Oxford, 2012.

⁵ C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, 2012, 116. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr C. Sbailò, *I diritti di Dio. Le cinque sfide dell'Islam all'Occidente*, Padova, 2016, 62.

⁶ Ciro Sbailò evidenzia come il recupero della dimensione popolare-universalistica dell'Islam

i precedenti assetti politico-costituzionali in nome della dimensione popolare-universalistica dell'Islam e, dunque, dell'islamizzazione “dal basso” della società.

In questa nuova visione, il revivalismo islamico ha assunto la fisionomia di un'alternativa radicale all'Occidente e ai sistemi statali arabi, sostanziandosi di un moto di riespansione del senso di appartenenza al tradizionale paradigma comunitario⁷.

Le rivolte che hanno avuto inizio in Tunisia sul finire del 2010 hanno innescato una serie di rilevanti mutamenti in tutto il nord-africa, il cui impatto ha determinato la completa dissoluzione dell'ordine politico in Libia, il rinnovamento del sistema politico-istituzionale in Marocco, nonché l'apertura di nuovi cicli costituzionali in Tunisia e in Egitto⁸.

La differenziazione degli esiti nell'ambito di un processo simultaneo e sostanzialmente analogo nelle matrici di fondo, evidenzia i diversi livelli di solidità e di “reattività” dimostrati dai sistemi politico-istituzionali dell'area⁹. In Tunisia, paese epicentro dell'insurrezione popolare contro i regimi nordafricani, il partito islamico-popolare *Ennahda* si è distinto in una battaglia senza quartiere contro le diverse espressioni dell'Islam radicale di ispirazione *Wahabita*, legittimandosi sia di fronte al complesso della società tunisina, da sempre tra le più laiche e pluraliste dell'area magrebina, che agli occhi delle democrazie occidentali. L'ordinamento affermatosi in seguito alla caduta del regime di Ben Ali, verte sul testo costituzionale adottato nel 2014 che introduce una forma di Stato liberal-democratica e una forma di governo di tipo semi-presidenziale. La nuova Costituzione sancisce il riconoscimento dei “diritti umani fondamentali” e, contestualmente, il riferimento all'Islam quale elemento identitario del popolo

costituisca il punto di forza teorico dell'esperanza dei Fratelli Musulmani. C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, 2012, 120.

⁷ Nella concezione islamica la *Ummah* rappresenta un elemento essenziale, in quanto, sebbene risulti subordinata alle prerogative del potere esecutivo – organizzatore dello spazio pubblico – esercitato dal Califfo, conserva al contempo un'apertura verso la superiore dimensione trascendente e religiosa, poiché è la suprema legge della *Shari'ha* a governarne l'esistenza. Nella *Ummah* si determina, dunque, l'ambito di collegamento e di coesistenza tra la religione e la dimensione sociale. Il diritto secolare è esso stesso ricompreso in una sfera essenzialmente religiosa, in quanto relativo e rispondente agli interessi della *Ummah*: la legge positiva, emanata dal potere politico, denota una posizione significativamente inferiore e subordinata nel sistema delle fonti. E' dunque nelle dinamiche relative alla *Ummah* e al suo fondamentale rapporto di derivazione dalla “Rivelazione” coranica che vanno ricercati gli elementi di fondo che caratterizzano la concezione islamica dello spazio pubblico nonché – questione oggi centrale – della sua attuale proiezione geopolitica.

⁸ C. Sbailò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015, 44. Per un approfondimento sul tema cfr E. Lust, G. Soltan, J. Wichmann, *After the Arab Spring: Islamism, Secularism and Democracy in Current History*, Researchgate.net, December 2012; H. Fradkin, *Arab Democracy or Islamist Revolution?*, in *Journal of Democracy*, 2013, 5; M. Campanini, *Le rivolte arabe. Verso un nuovo modello politico?*, Bologna, 2013.

⁹ Sul tema cfr P. Häberle, *La primavera araba (2011/12) nella prospettiva della dottrina della Costituzione intesa come scienza della cultura*, in M. E. Guasconi (Ed), *Declino europeo e rivolte mediterranee*, Milano, 2012; A. Cantaro (Ed), *Dove vanno le primavere arabe*, Roma, 2013; D. Fiumicelli, M. Barbarito, *Il sistema di “checks and balances” nell'area del Maghreb. La forma di governo di Algeria, Marocco e Tunisia tra evoluzione storica e “primavere arabe”*, in *Federalismi.it*, Luglio, 2014.

tunisino, insieme alla lingua e alla cultura arabe¹⁰.

Quanto al ruolo costituzionale della legge islamica, se in un primo tempo *Ennahda* aveva sostenuto l'inserimento della *Sharia* al vertice delle fonti normative, in corrispondenza con il tradizionale modello egiziano, in seguito ha prevalso l'istintiva diffidenza dell'Islam popolare verso forme di "statalizzazione". Nell'esperienza egiziana, infatti, l'inserimento dei principi sciaraitici al vertice delle fonti costituzionali ha di fatto trasferito alla Corte Costituzionale, indipendente dalle autorità religiose in quanto costituita da giudici designati dal potere politico e dalla magistratura, il controllo di coerenza delle leggi rispetto al dettato sciaraitico. L'istituzione di una Corte Costituzionale autonoma sia dall'Esecutivo che dalle autorità religiose, che rappresenta una delle maggiori novità introdotte dal nuovo testo costituzionale tunisino, ha costituito, senza dubbio, un rilevante disincentivo in relazione a quello che poteva essere considerato un obiettivo prioritario di un partito espressione della Fratellanza Mussulmana¹¹. *Ennahda*, inoltre, ha sostenuto con successo il rafforzamento del vincolo fiduciario tra Governo e Parlamento, al fine di garantire un peso significativo a formazioni che, sebbene elettoralmente rilevanti, non riuscissero a beneficiare di un quadro di alleanze sufficiente ad affermarsi nell'ambito di un sistema semi-presidenziale. A completare un assetto ordinamentale favorevole all'espressione dei punti di forza dell'Islam popolare, *Ennahda* ha ottenuto la valorizzazione del sistema della sussidiarietà orizzontale, che avvantaggia i movimenti radicati nel sistema dell'assistenza sociale e del volontariato, nonché l'introduzione del decentramento amministrativo, modello che incrementa il peso politico delle formazioni prevalenti nei contesti non urbanizzati.

Se, dunque, la Primavera tunisina ha prodotto un mutamento sostanziale del quadro politico-costituzionale, consentendo l'integrazione dell'Islam popolare all'interno del sistema, l'evoluzione che si è avuta in Egitto ha evidenziato, viceversa, una dinamica maggiormente conflittuale ed un esito sostanzialmente differente.

I primi importanti mutamenti politici provocati della Primavera egiziana sono stati la deposizione del presidente Mubarak e l'elezione, per la prima volta nella storia dell'Egitto contemporaneo, di un Capo dello Stato non appartenente all'élite militare, nella persona del leader della Fratellanza Mussulmana Muhammad Morsi¹². Inoltre, la successiva riforma costituzionale del 2012 ha dato

¹⁰ Per un approfondimento del processo di riforma costituzionale tunisino cfr S.M.Torelli, *La Tunisia contemporanea*, Bologna, 2015, 95-97; G. Milani, *I partiti politici nella costruzione della democrazia elettorale in Tunisia* in *Nomos, le attualità del diritto*, 1/2018, 2-5; T. Groppi, *La costituzione tunisina del 2014 nel quadro del "costituzionalismo globale"* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2015; C. Gaddes, *Il processo costituente (2011-14): fasi e protagonisti* in T. Groppi, I. Spigno (Eds), *Tunisia. La primavera della Costituzione*, Roma, 2015.

¹¹ C. Sbailò, *I diritti di Dio. Le cinque sfide dell'Islam all'Occidente*, Padova 2016, 50. Per un approfondimento su tema cfr N. N. Ayubi, *Political Islam. Religion and Politics in The Arab World*, London-New York, 1991; J. Schacht, *An introduction to islamic law*, Oxford, 1964; V. Grunebaum, G. Edmund (Ed), *Theology and Law in Islam. Second Giorgio Levi della Vida Biennial Conference, otto Harrassowitz*, Wiesbaden, 1969; I. Spigno, *Egitto. Nuova proroga dello stato di emergenza iniziato nel 1981*, in DPCE Online, 3/2010.

¹² Per un approfondimento sulla storia politico-costituzionale dell'Egitto cfr M. Campanini, *Storia dell'Egitto contemporaneo. Dalla rinascita ottocentesca a Mubarak*, Roma, 2005; J.Y. Cara, C.

vita ad un modello democratico costituzionale di tipo “comunitaristico”, profondamente differente da quello occidentale che si regge sul binomio strutturale Stato-individuo e sulla completa secolarizzazione dello spazio pubblico.

Con la svolta costituzionale del 30 novembre 2012, l’Islam popolare è intervenuto su uno degli elementi qualificanti del precedente modello politico-costituzionale, attribuendo all’Università di al-Azhar, la massima autorità giuridica e d’insegnamento religioso del mondo sunnita, la decisione ultima sul controllo di conformità alla *Sharia* delle leggi, al posto della Corte Costituzionale.

Tuttavia, benché la fase di transizione si sia caratterizzata per la costante ricerca di un nuovo equilibrio tra le autorità militari, i giudici e le nuove forze affermatesi sulla scena politica, l’Islam popolare egiziano, proprio nel pieno della sua affermazione massima, si è progressivamente dilaniato in una contrapposizione durissima tra la stessa Fratellanza Musulmana e una parte consistente dei Salafiti, che ne ha duramente conteso la leadership nel processo di re-islamizzazione della società egiziana. La fase caotica e conflittuale in cui è precipitato il paese in seguito a tali sanguinose tensioni, ha consentito la decisa riaffermazione del ruolo politico dell’esercito e delle alte gerarchie militari, che hanno proceduto alla destituzione e all’arresto del Presidente Morsi¹³. Il processo costituzionale, apertosi in seguito a tali eventi e conclusosi nel 2014, ha prodotto un ordinamento dai tratti meno islamisti e comunitaristici, che ha restituito alla magistratura e al vertice politico quel ruolo preminente ed autonomo che avevano esercitato in passato¹⁴. Inoltre, il nuovo testo costituzionale ha previsto l’esercizio di una sorta di “potere di riserva” in capo all’esercito che, in caso di necessità, risulta legittimato ad espandersi sino al punto da inibire l’intero sistema delle garanzie costituzionali. L’elezione del generale al-Sisi alla presidenza, in seguito alla quale il movimento dei Fratelli Mussulmani è stato dichiarato fuori legge, sembrerebbe aver ridato continuità a quello specifico modello politico-istituzionale che ha caratterizzato la storia dell’Egitto nel corso del ‘900.

Molto meno conflittuale rispetto dell’esempio egiziano si è rivelata, al contrario, la Primavera marocchina, in quanto la tradizionale prevalenza nel paese della scuola giuridica islamica Malikita, che tra le varie scuole islamiche è quella che privilegia maggiormente il ruolo del vertice politico in relazione al compito fondamentale di applicare la *Sharia*, aveva contribuito in modo significativo all’affermazione e al radicamento di una peculiare forma di “statalizzazione” dell’Islam.

Il Regno del Marocco, governato da un diretto discendente di *Muhammad*, costituisce una moderna evoluzione del Sultanato, elemento che rappresenta un importante fattore di solidità dell’assetto ordinamentale. Storicamente, tale peculiare eredità storica e giuridica ha consentito al paese di elaborare un

Saint-Prot (Eds), *L’évolution constitutionnelle de l’Egypte, avec le texte de la Constitution de 2014*, Parigi, 2014.

¹³ Per un approfondimento in merito al ruolo esercitato dal vertice militare nell’ambito della “Primavera” egiziana cfr C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, 2012, 306.

¹⁴ A. Snoussi, *Le Gouvernement dans la nouvelle Constitution tunisienne* in R. Ben Achour (a cura di) *Les nouvelles Constitutions arabes, Tunisie, Maroc, Egypte*, Tunisi, 2015.

autonomo percorso costituzionale, non recependo passivamente, a differenza di altri Stati islamici, i modelli politico-costituzionali occidentali.

Di fronte ai primi moti di protesta che hanno caratterizzato l'avvio della tiepida Primavera marocchina, il Sovrano Mohammed VI ha prontamente istituito un'Assemblea Costituente incaricata di elaborare un complesso di riforme costituzionali, che verranno approvate da un successivo referendum popolare¹⁵.

Il processo di riforma ha rafforzato sensibilmente il carattere parlamentare della forma di governo, introducendo l'obbligo per il Re di nominare, quale Capo del Governo, un esponente del partito a cui è stato attribuito il maggior numero di seggi nelle elezioni per la Camera Bassa. La nuova Costituzione, inoltre, riconosce al Re il potere di sciogliere le Camere, ma solo successivamente alla richiesta e all'ottenimento del parere del Presidente della Corte Costituzionale, del Capo del Governo e dei Presidenti dei due rami del Parlamento. Quanto alla Corte Costituzionale, la riforma limita a sei membri la componente di nomina regia, tra i quali uno da designare su proposta del Consiglio Superiore degli Ulema, mentre l'indicazione dei rimanenti sei viene attribuita al Parlamento. La relativa rapidità con la quale si è sviluppato il processo di riforma risulta dovuta, in larga parte, ad un percorso di elaborazione che era già stato avviato negli anni precedenti l'inizio delle rivolte che hanno scosso il mondo arabo, caratterizzando il Regno del Marocco come un sistema capace di garantire una possibilità di espressione per le spinte provenienti dalla società.

Il quadro degli esiti scaturiti dal fenomeno delle cosiddette Primavere arabe appare, dunque, profondamente disomogeneo e, in relazione al caso libico, risulta ancora in via di evoluzione in una spirale di scontri amati e di divisioni politiche che non esclude, tra le varie possibili ipotesi, il rischio della frammentazione del paese in diverse realtà statali. La dissoluzione del patto comunitaristico-tribale che reggeva il paese, e che aveva trovato nella leadership di Gheddafi un solido elemento di garanzia, ha determinato la riaffermazione della conflittualità tra le numerose tribù libiche¹⁶. Il Consiglio Nazionale Transitorio, insediatosi a seguito dell'intervento militare internazionale, ha varato nell'agosto del 2011 una "Dichiarazione Costituzionale" costituita da trentasette articoli, con la quale si sancisce in chiave sciaraitica e comunitaristica, il riconoscimento di libertà e diritti fondamentali. L'Islam è adottato quale religione di Stato e al vertice del sistema delle fonti viene collocata la legge islamica, che costituisce "l'unica fonte per l'interpretazione di

¹⁵ Per un approfondimento cfr E. Stefanelli, *La Costituzione economica del Marocco: tra commitment liberista e settore pubblico dell'economia* in *Federalismi.it*, giugno, 2017, 2; D. Fiumicelli, M. Barbarito, *Il sistema di "checks and balances" nell'area del Maghreb. La forma di governo di Algeria, Marocco e Tunisia tra evoluzione storica e "primavere arabe"* in *Federalismi.it*, luglio, 2014, 34-44; D. Melloni, *La Constitution marocaine de 2011: une mutation des ordres politique et juridique marocains*, in *Pouvoirs*, vol. 145, n. 2, 2013; L. Mezzetti, *La quarta Ondata: transizioni costituzionali e consolidamento democratico nelle esperienze recenti degli ordinamenti islamici in Transizioni e democrazie nei paesi del mediterraneo e del vicino oriente*, G. D'Ignazio, N. Fiorita, S. Gambino, F. Raniolo, A. Ventura (Eds), Cosenza, 2014.

¹⁶ C. Sbailò, *Libia la posta in gioco. Un compromesso costituzionale su un bicefalismo dell'esecutivo di tipo tunisino* in *Federalismi.it*, novembre, 2018, 3; C. Sbailò, *I diritti di Dio. Le cinque sfide dell'Islam all'Occidente*, Padova 2016, 52.

ciascun articolo della Dichiarazione”.¹⁷ L’attuale violenta contrapposizione tra il governo di Tripoli guidato da Fayez Al-Serraj, riconosciuto dalla comunità internazionale, e quello di Tobruk capeggiato dal generale Khalifa Haftar riflette il conflitto tra i paesi sostenitori dell’Islam popolare, quali sono la Turchia e il Qatar, e i paesi sostenitori di un Islam statalizzato o del radicalismo wahabita, quali Egitto, Emirati Arabi e Arabia Saudita.

3. L’anomalia algerina

La storia dell’Algeria contemporanea risulta segnata dalla cruenta lotta per l’indipendenza dalla dominazione francese e dagli equilibri politici che scaturirono da quell’evento fondativo, nonché dall’esclusione dell’Islam popolare dal quadro politico con il conseguente protratto ricorso allo stato di emergenza. Il soggetto costituente del nuovo ordine post-coloniale è rappresentato dalla classe politico-militare che ha sostenuto e vinto la lotta di liberazione e che, nei decenni successivi, è rimasta saldamente alla guida della nazione. Il cosiddetto *Pouvoir* algerino, termine con il quale si fa tradizionalmente riferimento all’establishment del paese, identifica la triade composta dai vertici militari, dal Fronte di Liberazione Nazionale e dal Capo dello Stato. Una realtà complessa, sebbene essenzialmente limitata a soli tre centri di potere, che si è spesso caratterizzata per una persistente conflittualità tra il vertice politico e quello militare, oltretutto per una ricorrente tensione interna alle due componenti stesse. Il colpo di stato del colonnello Houari Boumédiène nel 1965, che rappresentava il contesto militare all’interno del Governo di Ahmed Ben Bella, costituisce il primo importante esito di una dinamica che caratterizzerà la storia dell’Algeria contemporanea fino al tempo presente. La prima Costituzione dell’Algeria post-coloniale ha istituito una Repubblica presidenziale dai marcati connotati militaristici, con un sistema monopartitico e con un manifesto orientamento socialista in relazione all’ambito economico-sociale¹⁸.

Benché il nuovo gruppo dirigente si sia proposto come difensore dell’identità islamica, quantunque in una chiave prevalentemente nazionalistica, la *Sharia* è rimasta esclusa dalle fonti costituzionali. La successiva riforma del 1976 ha reso il paese uno Stato ufficialmente socialista, sancendo l’affermazione teorica di una specifica via “algerina, araba e islamica” di fronte alle sfide della modernità¹⁹. L’identità islamica viene dunque compressa nell’ambito di un orientamento fortemente nazionalista, orientato al socialismo. Viceversa, il processo di modifica costituzionale del 1989, seguito alle cosiddette rivolte del *cous cous*, ha determinato il superamento del sistema del partito unico, la soppressione dei riferimenti al socialismo e una maggiore separazione tra i poteri costituzionali, sebbene si sia mantenuta invariata la funzione di “fulcro” del sistema esercitata dal Presidente della Repubblica. Nonostante la libertà di stampa ed il pluralismo politico vengano

¹⁷ Art. 25 della Dichiarazione Costituzionale.

¹⁸ T. Bensalah, *La République Algérienne*, Paris, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1979, 11-72; B. J. Leca, J. C. Vatin, *L’Algérie politique: Institutions et Régime*, Paris, 1975, 59-60.

¹⁹ F. Volpi, *Islam and Democracy: the failure of dialogue in Algeria*, Londra, 2003, 37.

formalmente ammessi e tutelati, contestualmente viene riconosciuta al Ministero dell'Interno la funzione di interdire l'accesso alla vita pubblica di soggetti politici di ispirazione religiosa, etnica-regionale, che adottino iniziative violente o che siano condizionati da potenze straniere.²⁰ Malgrado ciò, in occasione delle elezioni per il governo delle amministrazioni locali del 1990 e del primo turno delle elezioni legislative nazionali del 1991, le prime vere consultazioni elettorali pluraliste della storia del paese, si è registrata l'affermazione del Fronte Islamico di Salvezza, movimento nato con l'obiettivo dichiarato di instaurare uno Stato islamico, mediante un processo di re-islamizzazione della società algerina. In un tale quadro, segnato dal repentino e radicale stravolgimento degli equilibri rappresentativi nel paese, il vertice politico-militare è intervenuto annullando lo svolgimento del secondo turno elettorale e dichiarando fuori legge il FIS. In seguito alla proclamazione dello stato di emergenza, avvenuta mediante il decreto del 9 febbraio del 1992 e limitata inizialmente alla durata di un anno, migliaia di esponenti del Fronte Islamico furono arrestati, dando inizio ad una lunga ed efferata fase di guerra civile che provocò nel suo complesso oltre centocinquantamila morti.

Lo stato di emergenza, prorogato dal decreto legislativo del 6 febbraio 1993, è rimasto in vigore ininterrottamente per diciannove anni, divenendo il principale strumento di contrasto all'avanzata dei movimenti islamisti, ben oltre il termine formale della guerra civile e fino all'esplosione della Primavera del 2011.

In Algeria, dunque, il revivalismo dei movimenti espressione dell'Islam popolare si è registrato ben prima di quanto avvenuto su scala regionale con le Primavere arabe, ed i sanguinosi sviluppi di quella contrapposizione che ha visto la netta prevalenza dell'establishment, ed in particolare della componente militare, hanno certamente segnato la memoria recente del paese. Gli eventi degli anni novanta rappresentano un ulteriore elemento costitutivo dell'"anomalia" algerina, e nell'avvicendamento interno al *Pouvoir* seguito a quegli eventi, è possibile individuare la genesi di quell'equilibrio tra il potere militare e quello civile, che la recente uscita di scena di Bouteflika ha rimesso in discussione. L'efferatezza con cui la classe dirigente militare si era della contrapposta al movimento islamista, infatti, aveva reso necessario il rafforzamento della componente "civile" del *Pouvoir* algerino, in virtù della fondamentale esigenza di stabilizzare e normalizzare il paese.

Nel 1999, infatti, con l'elezione di Abdelaziz Bouteflika, primo civile dopo Ben Bella ad essere eletto a tale incarico nell'ordinamento algerino post-coloniale, si è avviato un processo di pacificazione nazionale e di importanti riforme, volte a rafforzare il consenso sociale del regime nonché ad ottenere una nuova forte legittimazione delle istituzioni. In questa prospettiva si è proceduto al rafforzamento del ruolo del Parlamento, mediante la transizione dal monocameralismo al bicameralismo, con l'introduzione di una Camera Alta sul modello della *Shura* islamica. L'indipendenza della magistratura dal potere politico è stata incrementata e, elemento di particolare rilevanza, si è determinata

²⁰ C. Sbailò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015, 66.

l'introduzione del sindacato di costituzionalità²¹. Il processo di stabilizzazione avviato con l'inizio della presidenza di Bouteflika, si è dimostrato efficace fino all'esplosione dei tumulti legati al fenomeno delle Primavere arabe, che hanno investito l'Algeria nella sua fase iniziale, ma i cui effetti risultano molto ridimensionati rispetto al generale quadro nordafricano.

Il sistema politico-istituzionale algerino, infatti, si è rivelato in grado di reggere all'urto delle rivolte assumendo, da un lato, incisive misure di carattere sociale quali l'incremento dei sussidi e degli stipendi nei settori statali, che ha determinato un'espansione della spesa pubblica di oltre il 25%, e dall'altro, avviando delle ulteriori riforme volte a garantire una più ampia partecipazione alla vita democratica. L'Esecutivo, inoltre, ha esercitato importanti pressioni sul potere giudiziario affinché assumesse un atteggiamento intransigente rispetto alle violazioni commesse dai manifestanti durante le agitazioni, salvo poi, in una fase successiva, sollecitare un ammorbidimento in chiave paternalistica e riconciliatoria²². Oltre alla tempestiva soppressione presidenziale dello stato di emergenza, infatti, il Ministero dell'Interno ha autorizzato la nascita di nuovi partiti, compresi quelli di matrice religiosa, e sono state approvate nuove norme relative al sistema elettorale e alla possibilità di accesso delle donne a ruoli politici e istituzionali di primo piano. Il percorso di progressive aperture avviato nella fase convulsa delle proteste e culminato nella riforma costituzionale del 2016, tuttavia, non ha messo in discussione, in sostanziale continuità con i processi di riforma precedenti, il ruolo preminente del Presidente della Repubblica, la cui posizione permane nettamente sovraordinata rispetto al Primo Ministro e al Parlamento²³. La riforma, infatti, benché proceda all'ampliamento di alcune delle prerogative riconosciute al Primo Ministro, tra le quali la funzione di coordinare l'azione di governo e di elaborare un proprio programma da presentare al Consiglio dei Ministri, non introduce limitazioni significative ai poteri del Presidente. Quest'ultimo continua a presiedere il Consiglio dei Ministri, esercita il comando supremo delle Forze Armate ed è responsabile della difesa nazionale, conclude trattati internazionali, firma i decreti presidenziali, nomina il Primo Ministro, i membri del Governo (art. 91), i componenti di numerosi importanti Organi Costituzionali (art. 92), dichiara lo stato di guerra, può decretare lo scioglimento anticipato dell'Assemblea Popolare Nazionale, proclama lo stato d'emergenza, d'assedio e di eccezione²⁴.

²¹ Per un ulteriore approfondimento cfr C. Sbailò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015, 67; A. Christelow, *Muslim Law Courts and the French Colonial State in Algeria*, Princeton, 1985; E. Minniti, *La riforma del Consiglio di Stato Algerino e le prerogative del Presidente della Repubblica. Nota al Parere del Consiglio Costituzionale n. 01/AL07/CC/18 in Federalismi.it*, novembre, 2018.

²² E. Minniti, *La riforma del Consiglio di Stato Algerino e le prerogative del Presidente della Repubblica. Nota al Parere del Consiglio Costituzionale n. 01/AL07/CC/18*, in *Federalismi.it*, novembre 2018, 8.

²³ F. Biagi, *Tra innovazione e continuità: la riforma costituzionale algerina del 2016* in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3/2016, 15.

²⁴ Per un approfondimento sul tema cfr D. Fiumicelli, M. Barbarito, *Il sistema di "checks and balances" nell'area del Maghreb. La forma di governo di Algeria, Marocco e Tunisia tra evoluzione*

In tale quadro di riforme, il Consiglio Costituzionale ha esercitato un ruolo di importante supporto all'attività di riforma avviata dal Presidente Bouteflika, contribuendo in modo rilevante a consolidare il suo potere politico personale²⁵. E' dunque emerso con evidenza come non si sia affermato, al di là delle competenze formalmente attribuite, un sistema centrato sul rispetto del principio della divisione dei poteri, e come ciò abbia reso ancora meno rilevanti le moderate aperture introdotte nel sistema, non intaccando in alcun modo la possibilità del *Pouvoir* di continuare ad esercitare il governo del paese.

L'espressione più netta della capacità dell'esecutivo di prevaricare le prerogative degli altri poteri dello Stato si è registrata nel 2012, in piena fase di riforma, con la nomina dell'allora Ministro della Giustizia alla presidenza del Consiglio Costituzionale. In quell'occasione, il Presidente della Repubblica ha agito in aperta e totale violazione del principio della separazione dei poteri, consentendo ad un esponente del Governo di esercitare contestualmente la funzione di Presidente della massima istituzione di garanzia costituzionale. Il quadro che si è strutturato in seguito alla Primavera algerina, non si è dunque caratterizzato per sostanziali mutamenti, lasciando irrisolta, tra le altre, la fondamentale questione della successione a Bouteflika.

4. La crisi del *Pouvoir*

A differenza di quanto avvenuto nella prevalenza dei paesi nordafricani, la Primavera algerina si è tradotta in un'evoluzione del quadro politico-costituzionale e socio-economico sostanzialmente "controllata" dall'alto, ossia da un *Pouvoir* che rappresenta ancora la diretta espressione dei soggetti protagonisti della nascita dell'Algeria indipendente. Lo schema di intervento che è stato utilizzato per contenere le spinte antisistema è quello della cosiddetta "contrattazione autoritaria", caratterizzato dalla redistribuzione in termini sociali degli utili provenienti dallo sfruttamento delle risorse petrolifere. L'attuale instabilità del quadro politico, viceversa, sebbene registri alla base il riproporsi di forti rivendicazioni di carattere sociale, sembra originarsi da una crisi interna allo

storica e "primavera arabe" in *Federalismi.it*, luglio, 2014, 43-44.

²⁵Contestualmente all'approvazione del principio dell'"alternanza democratica" nel preambolo della Costituzione del 2016, ad esempio, che ha introdotto per la Presidenza della Repubblica il limite dei due mandati (art. 88), riconoscendo tuttavia al Presidente in carica la possibilità di concorrere per il suo quinto mandato nel 2019, il Consiglio Costituzionale non ha mostrato alcuna remora nel ribaltare concettualmente una sua precedente quanto recente pronuncia. Nel 2008, infatti, il Consiglio Costituzionale si dichiarò a favore dell'eliminazione del limite dei due mandati previsto dalla Costituzione del 1996, concependolo quale inammissibile limite alla libertà d'esercizio della sovranità popolare. Negli stessi termini, ossia nell'ottica di garantire il libero esercizio della sovranità popolare, i giudici delle leggi hanno viceversa considerato opportuna la reintroduzione di tale vincolo nel 2016, riconoscendo tuttavia al Presidente in carica la possibilità di concorrere per un ulteriore mandato. Per un approfondimento sul tema cfr E. Minniti, *La riforma del Consiglio di Stato Algerino e le prerogative del Presidente della Repubblica. Nota al Parere del Consiglio Costituzionale n. 01/AL07/CC/18* in *Federalismi.it*, novembre, 2018; E. Minniti, *Condizioni e modalità di attuazione dell'eccezione di incostituzionalità nel sistema costituzionale algerino. Nota al Parere del Consiglio Costituzionale n. 01/AL07/CC/18*, in *Federalismi.it*, luglio, 2019.

stesso *Pouvoir*; dovuta all’incapacità di gestire una delicata fase di transizione, che investe il rapporto tra il vertice politico e quello militare, ponendo al contempo la necessità di un contestuale ricambio generazionale interno alle due componenti. La questione, dunque, non appare limitata esclusivamente all’esigenza di un recupero di consenso della classe di governo, bensì alla necessità di una “ri-legittimazione” della stessa nello storico ruolo di architrave del sistema politico-istituzionale algerino. Se la Primavera del 2011 era nata, essenzialmente, da una diffusa domanda di equità e di giustizia sociale, a fronte della contrazione repentina della presenza pubblica nell’economia e dell’aumento vertiginoso della corruzione a tutti i livelli, oggi è la permanenza stessa del *Pouvoir* alla guida del paese ad essere messa radicalmente in discussione.

144

Il quadro attuale sembra caratterizzarsi, dunque, per una crisi profonda e simultanea dei due pilastri sui quali si è retto finora l’ordinamento dell’Algeria indipendente, ossia l’identificazione dello Stato con la sua classe dirigente politico-militare e il sistema della “contrattazione autoritaria”²⁶. La contrapposizione interna al *Pouvoir*, infatti, vede incrinarsi quell’equilibrio che, sebbene per lungo tempo asimmetrico, aveva garantito una sostanziale stabilità al quadro politico e al governo del paese²⁷. Tra le possibili evoluzioni denota una certa concretezza quella paventata dalle ricorrenti proteste di piazza, che prospetta uno scenario sempre più simile a quello egiziano, in cui l’esercito domina, da decenni, la vita politica del paese in contrapposizione alla società civile e al complesso dei partiti.²⁸ Anche l’iniziale successo della Fratellanza Mussulmana che ha caratterizzato la prima fase della “Primavera” egiziana, infatti, ha visto l’intervento decisivo dello stato maggiore dell’esercito. Il Presidente Mubarak è stato infatti desituato dal vertice

²⁶ Il meccanismo della “contrattazione autoritaria”, che può essere considerato a pieno titolo uno degli elementi fondamentali del “patto sociale” alla base dell’Algeria indipendente, risulta indebolito da una congiuntura sfavorevole del mercato degli idrocarburi, che rappresentano più del 95% delle esportazioni e dai cui introiti dipende oltre il 60% del bilancio statale. Il governo ha tentato di arginare l’impatto economico del deterioramento dei prezzi di petrolio e gas del biennio 2015-2016, ricorrendo alle riserve di bilancio al fine di sostenere gli elevati livelli di spesa pubblica. Tuttavia, nonostante la recente ripresa del livello dei prezzi sui mercati internazionali, il Prodotto Interno Lordo algerino stenta a segnare un incremento significativo, inducendo il Fondo Monetario Internazionale a rivedere al ribasso le stime di crescita del paese nel 2019.

²⁷ La storia del *Pouvoir* è stata spesso animata da una tensione interna alle due stesse componenti militare e civile, e le ultime vicende sembrano evidenziare il riaccutizzarsi di una dialettica conflittuale che interessa non soltanto il rapporto tra il vertice politico e quello militare, ma sembra estendersi ai rapporti interni alla stessa struttura dell’esercito e degli apparati di sicurezza. Già nel 2011, una vicenda di corruzione internazionale che riguardava l’ente petrolifero statale Sonatrach, aveva evidenziato un conflitto tra il gruppo di potere che gravitava attorno al Presidente Bouteflika, del quale l’allora ministro dell’energia Chekib Khelil era uno dei principali esponenti, e quello che faceva capo al generale Mohamed Mediène, direttore dei servizi di intelligence. Il successivo deterioramento delle condizioni di salute del Presidente, colpito nel 2013 da un grave ictus cerebrale che lo ha costretto ad una prolungata assenza dalla vita pubblica, oltre ad aver alimentato seri dubbi sulla sua effettiva capacità di esercitare in autonomia le funzioni della sua carica, sembra aver compromesso quegli equilibri interni al gruppo dirigente di cui la sua figura era garante.

²⁸Le stesse parole d’ordine scandite dai manifestanti nell’ultima fase delle proteste, a favore di una repubblica effettivamente democratica e contro la prospettiva di uno “stato caserma”, sembrano evidenziare diffusa preoccupazione che si concretizzi una tale evoluzione.

militare, contesto dal quale proveniva e al quale apparteneva, con un colpo di stato incruento, in seguito al quale si è insediato il Consiglio Superiore delle Forze Armate, organismo non previsto dalla costituzione, che ha assunto il governo del paese, esercitandolo tramite decreti²⁹. L'affermazione politica dell'Islam popolare è stata dunque preceduta dalla sospensione dell'ordinamento costituzionale e dall'avvio di una fase di riforma orientata al superamento delle norme emergenzialistiche e all'introduzione di un maggiore pluralismo. Allo stesso modo, in seguito alla cruenta contrapposizione generatasi all'interno dell'Islam popolare tra la Fratellanza e i salafiti, e all'avvio delle proteste popolari contro il Morsi, è stato il vertice militare ad incaricarsi di destituire ed arrestare il Presidente espressione della Fratellanza. Una recente dottrina ha descritto la nuova costituzione egiziana, che attribuisce all'esercito un "potere di riserva" in grado di imporsi sull'intero sistema, come l'insieme di tre strutture differenti ma "fisiologicamente" inseparabili, sul modello del cervello umano³⁰. Secondo tale analisi la struttura costituzionale di base posta al centro del sistema, ossia il "cervelletto", avrebbe una natura securitaria e assicurerebbe ai vertici militari il potere di intervenire su qualsiasi attività parlamentare, giudiziaria e amministrativa in grado di interferire con la sovranità dello Stato. La seconda struttura costituzionale, articolata attorno alla prima analogamente alla "massa cerebrale", verterebbe sul patto tra l'élite militare, l'alta magistratura e le forze politiche e sociali, ad eccezione della Fratellanza Musulmana e dei Salafiti, e determinerebbe la forma di governo e la costituzione economica. Infine, la terza struttura costituzionale, corrispondente alla "corteccia cerebrale", declinerebbe in chiave universalistica e umanitaria il "patto costituzionale". Tale schema di analisi consente di evidenziare le differenze di fondo tra il modello egiziano e quello algerino, in quanto quest'ultimo si caratterizza per la presenza di un elemento, il *Pouvoir*, che occupa il centro del sistema, inglobando sia il "cervelletto" che la "massa cerebrale" dell'ordinamento. Il paventato rafforzamento del potere della componente militare comporterebbe, dunque, come già accaduto in passato, un mutamento degli equilibri interni al *Pouvoir*, ma non il suo superamento sul modello egiziano che, viceversa, rappresenterebbe un arretramento rispetto all'attuale capacità di occupazione e di controllo del centro del sistema. L'analogia con il modello egiziano, al contrario, appare più concreta in relazione ai fattori che hanno innescato la crisi di legittimità dell'ordinamento, ossia alla fondamentale incapacità di gestire la successione al vertice dello Stato che, ad ogni modo, nel caso algerino evidenzia una maggiore complessità. A differenza del "clan Mubarak", infatti, il gruppo di potere creatosi attorno al Presidente Bouteflika

²⁹ Sbailò evidenzia come la centralità del ruolo dei militari nel sistema egiziano dei pubblici poteri rappresenti un dato strutturale del sistema, e come questa si sia rafforzata con la rivoluzione del 2011, non solo sul piano sostanziale ma anche sotto l'aspetto formale. C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, 2012, 307.

³⁰ C. Sbailò, *I diritti di Dio. Le cinque sfide dell'Islam all'Occidente*, Padova, 2016, 59. Per un ulteriore approfondimento sul tema cfr. C. Sbailò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015.

rappresentava anche la componente “civile” del *Pouvoir*, ovvero il Fronte di Liberazione Nazionale, il cui ridimensionamento va ad impattare sull’equilibrio interno alla classe di governo. In secondo luogo, diversamente dal caso egiziano, in Algeria si è posta la questione del ricambio generazionale dell’élite al potere, che rappresenta ancora quella generazione che conquistò l’indipendenza nazionale, evento fondativo dal quale ha sempre tratto la sua fondamentale legittimazione. Come in occasione delle Primavere arabe del 2011, appare dunque evidente la difficoltà di inquadrare in modo sostanziale la situazione algerina sulla base di modelli evolutivi riferibili ad altri paesi dell’area. La stessa eventualità che si determini una rifondazione su nuove basi del sistema politico-costituzionale algerino, in grado di riaprire la questione del rapporto tra la polarità politica e quella religiosa nell’ambito dell’organizzazione dello spazio pubblico, nonché di ampliare i margini di affermazione della concezione comunitaristica propria dell’Islam popolare, deve essere analizzata in relazione alla capacità dimostrata dal sistema di reggere all’urto islamista negli anni novanta e di sterilizzare la Primavera del 2011³¹. In quest’ottica, le vicende dei prossimi mesi evidenzieranno quanto il possibile ricorso al meccanismo della contrattazione autoritaria, reso potenzialmente più efficace dal recente incremento del prezzo degli idrocarburi, possa nuovamente rinsaldare il “patto sociale” algerino. Ad ogni modo, a prescindere dalle possibili evoluzioni future, la natura della crisi in cui è recentemente precipitato il paese consente di mettere pienamente in luce quelle che sono le specificità di un modello politico-costituzionale tra i più complessi e longevi dell’area nordafricana.

Emilio Minniti
Facoltà di Scienza della Politica e delle Dinamiche Psico-Sociali
Università degli Studi Internazionali di Roma - UNINT
emilio.minniti@unint.eu

³¹ Nel caso in cui la crisi della peculiare forma di Stato algerina dovesse rivelarsi irreversibile, tuttavia, potrebbe aprirsi una fase utile all’affermazione di un nuovo potere costituente e di una diversa organizzazione dello spazio pubblico. Si potrebbe riavviare, dunque, quel processo interrotto sul nascere nei primi mesi del 2011, e che negli altri contesti nazionali nel Nordafrica si è tradotto in un tentativo ridefinire il rapporto tra la dimensione politica e quella religiosa nel quadro di uno Stato islamico e, in senso più ampio, della *Ummah*.

Il pluralismo normativo in Argentina e le sue ricadute sulla giurisdizione

di Laura Montanari

Abstract: Normative pluralism and its consequences on the judiciary in Argentina – The essay deals with normative pluralisms and its consequences on judicial federalism in Argentina. The Author places Argentina in a comparative context and argues that Argentinian judicial federalism is peculiar and cannot be classified within the so-called classical models of organization of the judicial power in federal states (USA and Germany). To develop the argument in the context of normative pluralism the Author employs a methodological approach that looks at four elements: i) organization of the judicial power on at least two levels; ii) competences of member states concerning the definition of judges' prerogatives; iii) involvement of Member States in the organization and regulation of the judiciary; iv) definition of a coherent system concerning the solution of cases of conflicts of laws.

Keywords: Judicial Federalism; Normative Pluralism; Judiciary; Judges' prerogatives; Conflicts of Laws.

147

1. Premessa

In Argentina le ricadute dell'articolazione territoriale del potere sulla giurisdizione presentano delle caratteristiche peculiari che rendono questa esperienza non pienamente ascrivibile a quelli che possono essere definiti come i “modelli classici” di “federalismo giudiziario”, in particolare gli Stati Uniti e la Germania.

Ciò si collega alle specificità del costituzionalismo dell'America Latina e, in particolare, di quello argentino. Per questa ragione, si è ritenuto opportuno fare qualche cenno nella prima parte del presente lavoro ai principali caratteri del modello federale accolto in Argentina, per poi approfondire i profili relativi alla giurisdizione.

A quest'ultimo riguardo, come quadro di riferimento per l'analisi verrà usata la griglia definita nel corso dei lavori della ricerca “Giurisdizione e Pluralismi” per identificare i tratti essenziali del *Judicial Federalism*: i) organizzazione su due livelli della giurisdizione; ii) competenze degli enti federati in ordine alla definizione dello *status* dei giudici; iii) partecipazione degli enti federati alle questioni relative al “governo dei giudici”; iv) definizione di un sistema coerente che permetta di superare eventuali antinomie, aspetto che verrà declinato con riferimento alla giustizia costituzionale¹.

¹ Il riferimento è al progetto di ricerca PRIN (2010-2011) su “Giurisdizione e Pluralismi” (JPs), coordinato dal prof. Roberto Toniatti dell'Università di Trento. Si rinvia alla sintesi della

2. Il federalismo argentino nell'ambito dello studio dei sistemi latinoamericani

Lo studio degli ordinamenti dell'America Latina presenta, per il comparatista, una pluralità di elementi di interesse, innanzitutto sul piano delle classificazioni e dello studio della circolazione dei modelli giuridici. La dottrina non ha mancato di interrogarsi “sull'esistenza di un sistema giuridico ibero-americano”, alla luce delle peculiarità di questa esperienza². La riflessione si deve sviluppare necessariamente su più piani: da un lato la ricerca degli elementi comuni che permettono, al di là delle peculiarità che caratterizzano i diversi Paesi dell'area, di delineare un tale sistema; dall'altro l'identificazione delle specificità che possono distinguerlo dalla tradizione giuridica europea, da cui storicamente trae origine³. Negli anni più recenti, inoltre, lo sviluppo della riflessione sui diritti dei popoli indigeni ha aggiunto ulteriori profili di complessità, confermando la difficoltà di trovare una collocazione (unitaria) delle esperienze dei Paesi latinoamericani nell'ambito delle classificazioni elaborate dai comparatisti⁴.

Molte delle ricerche su questi temi si inseriscono negli studi privatistici e sono quindi necessariamente influenzate dalla significativa attività di codificazione, sul modello europeo, che ha interessato i Paesi dell'area a partire soprattutto dalla metà dell'800. Gli aspetti pubblicistici, generalmente, vengono “risolti” con il riferimento all'esperienza degli Stati Uniti, che ha influenzato le scelte relative alla forma di governo, alla giustizia costituzionale e, per quello che

riunione gruppo di ricerca a Torino nel gennaio 2014 elaborata da Anna Mastromarino e reperibile sul sito del progetto all'indirizzo internet www.jupls.eu/

Vi è un ulteriore aspetto, che in questa sede non è possibile affrontare, che sta assumendo un rilievo sempre più significativo, quello cioè dei rapporti con i sistemi internazionali e sovranazionali. Diversi profili relativi alla “giustizia” sono oggetto di disciplina o di controllo esterno, con ricadute che possono incidere anche sul federalismo giudiziario: si pensi ad esempio alle condanne dell'Argentina da parte della Corte di San José per la situazione delle carceri, che sono oggetto di disciplina a livello provinciale. Si tratta solo di un esempio per mettere in luce gli elementi di “interconnessione” tra i diversi “tipi” di pluralismo, in questo caso normativo ed integrativo, che rendono ancora più complessa la riflessione sulle relative ricadute sul piano della giurisdizione.

² Così si intitola uno scritto del 2007 di Marzia Rosti, che prende spunto dagli studi di Mario Losano e dalla ricostruzione della riflessione della dottrina, non solo europea, sul punto: *Sull'esistenza di un sistema giuridico ibero-americano. La ricostruzione di un dibattito e le prospettive di ricerca*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 13/2007, www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/rostri1.pdf. Della stessa Autrice si possono ricordare, con specifico riferimento all'esperienza Argentina, *Modelli giuridici nell'Argentina indipendente 1810-1910*, Milano, 1999 e *Argentina*, Bologna, 2011.

³ V. al riguardo le considerazioni di G. Marini, *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2/2011, 163 ss., in particolare 163-164; v. anche Id., *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Pòlemos*, 1/2010, 31 ss. e A. Somma, *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, in M.R. Polotto, T. Keiser, T. Duve (cur.), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Global Perspectives on Legal History, Frankfurt am Main, 2015, [dx.doi.org/10.12946/gplh2](https://doi.org/10.12946/gplh2). Per l'analisi di diversi profili del costituzionalismo dell'area v. R. Dixon, T. Ginsburg, *Comparative constitutional law in Latin America*, Cheltenham, 2017.

⁴ Per alcuni richiami al ruolo del diritto indigeno nella riflessione sull'esperienza giuridica latinoamericana A. Somma, *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, cit., spec. 30 ss.

qui interessa, all'articolazione verticale del potere⁵. Tuttavia, anche in questo ambito vanno riconosciute le peculiarità della storia costituzionale dell'America Latina, che da un lato ha subito il "prestigio" delle Colonie divenute indipendenti nell'America settentrionale, ma dall'altro è stata certamente partecipe della complessa fase delle "rivoluzioni liberali" che hanno accomunato i Paesi di *civil law* e di *common law* in Europa e al di là dell'Oceano alla fine del '700⁶. Nonostante i limiti, è stato certamente significativo il coinvolgimento dei deputati sudamericani nei lavori di scrittura della Costituzione di Cadice del 1812, così come la partecipazione degli studiosi dell'area al dibattito sui più rilevanti temi costituzionalistici⁷. Ogni Paese ha ovviamente una peculiare evoluzione sul piano istituzionale, tuttavia è possibile ricercare anche in questo caso gli elementi di similitudine, che concorrono ad identificare le specificità dell'esperienza dell'America Latina. A questo riguardo, Lucio Pegoraro ha messo in luce come «L'originalità del costituzionalismo latino-americano – tale da indurre i giuristi europei e statunitensi a riflettere sull'assoluta primazia dei propri modelli di riferimento – si traduce a sua volta in proposte di grande rilievo per la storia istituzionale non solo del continente, ma anche del resto del mondo»⁸. Si possono citare, come esempi, il tema della tutela dei diritti e quello della giustizia costituzionale, dove con maggiore evidenza emergono ibridazioni dei modelli classici e soluzioni innovative⁹, nonché – più in generale - la riflessione sul "nuovo costituzionalismo" latinoamericano¹⁰.

⁵ Cfr. ad esempio J.H. Merryman, D.S. Clark, *Comparative Law: Western European and Latin American Legal System*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1978, spec. 207, dove si legge «This feature of Latin America legal system can be simply, with only partial accuracy, summarized by saying that Latin America public law is more North American than European in character». V. anche M. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, spec. 177, e L. Pegoraro, *Brevi riflessioni su alcuni profili comparatistici del costituzionalismo latino-americano*, in *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche e economiche*, vol. 6, n. 4/2010, 569 ss.

⁶ Per un'analisi dell'esperienza dell'America Latina nel contesto delle rivoluzioni liberali v. A.R. Brewer-Carias, *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución ispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008 (con particolare riferimento ai casi del Venezuela e della Colombia) e L.D. Langley, *The Americas in the age of revolution, 1750-1850*, New Haven, 1996.

⁷ Cfr. F. Fernández Segado, *España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional*, in Id., *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Madrid, 2003, 13 ss. e H. Gros Espiell, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, 143 ss. Per una ricostruzione della circolazione del pensiero giuridico nordamericano ed europeo, nonché dei principali contributi della dottrina latinoamericana v. M. Rosti, *Modelli giuridici nell'Argentina indipendente 1810-1910*, cit., *passim*.

⁸ Così L. Pegoraro, *Brevi riflessioni su alcuni profili comparatistici del costituzionalismo latino-americano*, cit., spec. 571.

⁹ Sui temi citati nel testo si possono richiamare, a titolo esemplificativo, G. Rolla, *La Evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2012, 329 ss. e M. Carbonnel, *Los derechos fundamentales en América Latina: apuntes para una discusión*, in M. Carbonnel, J. Carpizo, D. Zovatto, *Tendencias del constitucionalismo en Ibero América*, Unam-Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2009, 35 ss.

¹⁰ Anche in questo caso a titolo meramente esemplificativo si può citare D. Nolte, A. Schilling-

Con riferimento al tema di questo studio, va ricordato che l'Argentina ha introdotto, sin dalla prima Costituzione del 1853 - successivamente oggetto di modifiche sino al testo attualmente in vigore, frutto della revisione del 1994 -, un sistema federale che pur ispirandosi per molti profili a quello statunitense presenta importanti peculiarità, connesse alla storia del Paese¹¹. Le scelte dei costituenti, infatti, si inseriscono nel complesso processo di decolonizzazione e formazione del nuovo Stato argentino avviato nei territori del Vicereame del Río de la Plata sin dal maggio del 1810. In questa lunga fase, si sono confrontate visioni centraliste e visioni federaliste, in buona parte legate ai difficili rapporti con la Provincia di Buenos Aires, che solo nel 1860 è entrata a far parte della Federazione. Da un lato gli *unitarios* o *porteños*, nome che indicava gli abitanti di Buenos Aires, erano favorevoli alla creazione di un potere centrale forte, dall'altro i *federales* o *provincianos*, esponenti delle altre Province, vedevano nella scelta federale il modo per preservare le proprie peculiarità e le condizioni di autonomia conquistate durante la dominazione spagnola¹². L'incorporazione della Provincia di Buenos Aires nella Federazione si ebbe solo dopo la sua sconfitta nella *Batalla de Cepeda* del 1859 e passò attraverso una riforma della Costituzione, quella del 1860, che si caratterizzava per un rafforzamento delle garanzie dell'autonomia provinciale, di cui - con un'apparente inversione di prospettiva - la stessa Provincia di Buenos Aires si era fatta sostenitrice¹³. Tuttavia la forza di quest'ultima sul piano economico e politico determinò in realtà un'ulteriore spinta centralizzatrice, che si sarebbe completata con la riforma del 1880 sulla disciplina della capitale federale.

La ricostruzione del sistema federale non può andare distinta dall'analisi delle scelte relative alla forma di governo, anch'esse debitorie del modello

Vacaflor, *New Constitutionalism in Latin America. Promise and Practices*, Ashgate, 2012.

¹¹ V. per una ricostruzione dei principali passaggi dell'evoluzione del sistema federale A.M. Hernández, *Derecho Público Provincial*, LexisNexis, 2008, spec. Cap. III, *El Federalismo Argentino*, 55 ss.; sulla ricostruzione delle vicende storiche v. F. Ramos Mejía, *El Federalismo*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1889. Per una comparazione tra le diverse esperienze federali del Continente americano v. K.S. Rosenn, *Federalism in the Americas in Comparative Perspective*, 26 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 1 (1994), reperibile all'indirizzo internet repository.law.miami.edu/umialr/vol26/iss1/2

¹² È interessante segnalare come i liberali presenti maggiormente nelle città, e in particolare a Buenos Aires, fossero contrari alla soluzione federale, sostenuta invece dalle Province, prevalentemente conservatrici, che la consideravano uno strumento per mantenere i propri privilegi. Per un'ampia ricostruzione del percorso che ha portato alle scelte costituzionali del 1853 si rinvia per tutti a M. Rosti, *Modelli giuridici nell'Argentina indipendente 1810-1910*, cit., *passim*; v. anche G. Pisarello, *The Argentinian Senado*, in J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi, *A World of Second Chambers*, Milano, Giuffrè, 2006, 403 ss.

¹³ Alla sconfitta nella *Batalla de Cepeda* fece seguito il *Pacto de San José de Flores*, o *Pacto de Unión*, del 10 novembre del 1859, con cui la Provincia di Buenos Aires accettò di entrare nella Federazione, con riserva di proporre delle modifiche alla Costituzione del 1853, che furono approvate con la riforma costituzionale del 23 settembre 1860. Quest'ultimo intervento riveste un ruolo di rilievo nella definizione del sistema istituzionale argentino, tanto che diversi autori fanno riferimento alla Costituzione del 1853-1860: v. ad esempio G.J. Bidart Campos, *El sistema constitucional argentino*, in D. Belaunde, F. Fernández Segado, R. Hernandez Valle (coord.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, 37 ss. Per la ricostruzione dei principali passaggi v. ancora M. Rosti, *Modelli giuridici nell'Argentina indipendente 1810-1910*, cit., *passim*.

statunitense, con l'accoglimento del sistema presidenziale¹⁴. Sin dall'origine, però, secondo una linea comune alla maggior parte dei Paesi dell'America del Sud, la soluzione adottata si caratterizzava per l'attribuzione di ampi poteri al Capo dello Stato¹⁵. In questo contesto, i regimi autoritari che si sono succeduti negli anni, e che hanno caratterizzato soprattutto il XX secolo, pur senza modificare l'impianto della Costituzione, hanno condotto ad un'inevitabile torsione accentratrice e limitatrice dell'indipendenza e del bilanciamento tra i poteri dello Stato.

Tornando all'articolazione verticale dei poteri, va segnalato che la dottrina parla di un "federalismo unitario" o di una "forma mista" - riprendendo la formula di Juan Bautista Alberdi -¹⁶, volta a conciliare le diverse e contrapposte tendenze presenti nel Paese. Se la scelta federale, ispirata al modello statunitense, era vista come strumento per preservare le specificità delle diverse Province, nello stesso tempo però si ponevano le condizioni per una forte centralizzazione del potere. Oltre al ruolo del Presidente federale cui si è fatto cenno, si può pensare all'ampio catalogo di competenze attribuite alla Federazione - tra cui l'adozione dei principali codici - e al potere sostitutivo per i casi di inerzia degli enti territoriali.

In questo quadro, la scelta federale non è stata in grado di contribuire al bilanciamento tra i poteri dello Stato, permettendo così lo sviluppo di quello che è stato definitivo un "iperpresidenzialismo egemonico"¹⁷. Neppure l'importante riforma costituzionale del 1994 è riuscita a conseguire lo scopo di riequilibrare la forma di governo, né quello di rafforzare il sistema federale¹⁸. Si possono citare, a quest'ultimo riguardo, gli interventi in materia fiscale, che hanno confermato

¹⁴ V. sulla correlazione tra questi due profili A.M. Hernández, *Presidencialismo y Federalismo in Argentina*, in *Federalismi.it*, 13 gennaio 2010, spec. 10 ss.

¹⁵ Su questo tema si possono vedere, tra gli altri, J.A. Cheibub, Z. Elkins, T. Ginsburg, *Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective*, Public Law and Legal Theory, Working Paper n. 361, Chicago, 2011, reperibile all'indirizzo internet www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html.

¹⁶ Juan Bautista Alberdi (1810-1884) è uno fra i maggiori costituzionalisti argentini che, con il suo fondamentale lavoro *Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina* (pubblicazione a cura di F. Cruz, Buenos Aires, 1914, prima edizione 1852), ha influenzato la scrittura della prima Costituzione argentina, proponendo un adattamento del modello statunitense alle peculiarità del Paese, attraverso un rafforzamento del potere centrale, sia sul piano federale che rispetto al ruolo del Presidente: v. A.M. Hernandez, *El federalismo en Alberdi y la Constitución Nacional de 1853 y 1860*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) reperibile all'indirizzo internet www.acader.unc.edu.ar e R.G. Ferreyra, *Orígenes, sobres las basas de Juan Bautista Alberdi y la question federal en el tiempo*, in *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 2012, 10, n. 19, 143 ss., con la presentazione del testo a fronte.

¹⁷ Su questo tema A.-R. Dalla Vía, *Ensayo sobre la situación actual del hiperpresidencialismo*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2015, 161 ss.; v. anche S. Rose-Ackerman, D.A. Desierto, N. Volosin, *Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and Philippines*, 29 Berkeley J. Int'l Law. 246 (2011), reperibile all'indirizzo internet scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/8 e A.M. Hernández, *Hiperpresidencialismo y presupuesto*, in *Cuaderno de Federalismo XXVIII*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015, 141 ss.

¹⁸ V. tra i molti A.M. Hernández, *Federalismo, autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997; V. Bazán, *El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas*, in *Estudios Constitucionales*, 1/2013, 37 ss. e A.M. Hernández, E. Rezk, M. Capello (coord.), *Propuestas para fortalecer el federalismo argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015.

l'impronta centripeta. Rispetto ai profili oggetto di questo lavoro, un tentativo di limitare i poteri presidenziali può essere visto nell'introduzione, anche a livello federale, del *Consejo de la magistratura*, che interviene necessariamente nel procedimento di nomina dei giudici, salvo che per quelli della Corte suprema¹⁹.

3. Le ricadute dell'articolazione territoriale del potere sulla giurisdizione

Come si è accennato, il sistema federale introdotto in Argentina non è pienamente riconducibile al prototipo nord-americano, e questo emerge in modo abbastanza evidente dalle sue ricadute sulla giurisdizione. Anche in questo caso si possono cogliere influenze e ibridazioni con i modelli europei. Ciò vale non solo in chiave storica, con riferimento al ruolo svolto dalla codificazione a livello federale, ma anche in relazione all'evoluzione più recente delle garanzie di indipendenza della magistratura, che richiama l'esempio europeo dei Consigli di giustizia²⁰. Considerazioni più approfondite meriterebbe il profilo del controllo di costituzionalità, dove il modello diffuso americano è integrato da ulteriori elementi, in parte "autoctoni", che fanno discutere di un avvicinamento al modello accentrato tipico anch'esso dell'esperienza europea.

Per declinare lo studio delle ricadute del pluralismo normativo sulla giurisdizione, ci si baserà – nel prosieguo – sulla griglia richiamata in premessa.

3.1. L'organizzazione della giurisdizione

Al fine di analizzare l'organizzazione della giurisdizione, si può prendere come termine di paragone la soluzione adottata negli Stati Uniti – che abbiamo qualificato come uno dei modelli classici –, per mettere in luce similitudini e differenze²¹.

In Argentina, gli elementi essenziali della disciplina dell'organizzazione della giurisdizione sono fissati già nel testo originario della Costituzione del 1853, che presenta significative analogie con la Costituzione USA del 1787. Le norme di riferimento sono rimaste sostanzialmente invariate nel testo attualmente in vigore (dopo la riforma del 1994), cui si farà riferimento nel prosieguo anche per la numerazione degli articoli.

Viene accolta in Argentina un'organizzazione di carattere "dualista", con una duplice articolazione della giurisdizione, a livello federale e a livello provinciale, stabilita e garantita dalla Costituzione federale²².

¹⁹ Come si vedrà nel prosieguo, l'introduzione della figura dei Consigli di giustizia è avvenuta prima a livello provinciale, per poi essere accolta anche a livello federale.

²⁰ Si può rilevare come in Europa stia progressivamente emergendo un modello comune di garanzie dell'indipendenza della magistratura, che vede nei Consigli di giustizia un elemento fondamentale: sia permesso rinviare a L. Montanari, *L'indipendenza della magistratura in Europa: verso un modello comune di garanzie?*, in R. Toniatti, M. Magrassi (cur.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Trento, Università degli studi di Trento, 2011, 103 ss.

²¹ Sul caso degli Stati Uniti v. M. Comba, *Le declinazioni del pluralismo normativo nella forma di Stato multilivello: il Judicial Federalism degli Stati Uniti. Un modello (incompiuto?) di tutela pluralista dei diritti*, in *federalismi.it*, 11/2017, p. 1-11.

²² Sulla disciplina del potere giudiziario a livello provinciale v. R.L. Vigo, M. Gattinoni de Mujía (dir.), *Tratado de Derecho judicial*, Tomo II, *Derecho Judicial Argentino*, Ciudad Autónoma

L'art. 108, che apre il Titolo terzo dedicato al potere giudiziario, stabilisce che «Il Potere Giudiziario della Nazione sarà esercitato da una Corte Suprema di Giustizia e dagli altri tribunali di grado inferiore che il Congresso decida di istituire sul territorio della Nazione»²³.

È evidente l'assonanza, anche testuale, con l'articolo III, sez. 1 della Costituzione USA «Del potere giudiziario degli Stati Uniti saranno investite una Corte Suprema e le Corti inferiori che di tempo in tempo il Congresso potrà istituire e disciplinare».

Nella prima parte della Costituzione, intitolata “Dichiarazioni, diritti, garanzie”, l'art. 5 definisce i poteri delle Province e riconosce alle stesse la titolarità della funzione giurisdizionale: «Ogni provincia promulgherà una propria Costituzione nell'ambito del sistema rappresentativo repubblicano, conforme ai principi, alle dichiarazioni ed alle garanzie della Costituzione Nazionale, *in grado di assicurare l'amministrazione della giustizia*, l'organizzazione comunale e l'istruzione primaria. Rispettate tali condizioni, il Governo federale garantisce ad ogni provincia il godimento e l'esercizio delle proprie istituzioni» (corsivo aggiunto)²⁴.

Le disposizioni appena richiamate delineano, dunque, la duplice organizzazione giurisdizionale, a livello federale e a livello provinciale, cui si aggiunge la particolare situazione della città di Buenos Aires, che gode di prerogative che l'avvicinano per molti aspetti alle Province²⁵.

de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013; A.M. Hernández, *El federalismo judicial y la protección de los derechos fundamentales en la República Argentina*, in *REAF*, n. 9, ottobre 2009, 91 ss.; R.A. Vergara, *El poder judicial provincial*, in A.M. Hernández, *Derecho público provincial*, cit., 425 ss.; A. Castagnola, *La diversidad institucional de los Poderes Judiciales provinciales en Argentina desde una perspectiva histórica*, in *POSTData* 15 (2), 2010, 161 ss. e Id., *¿Cómo evolucionan nuestras instituciones? Un estudio comparado de la normativa de las Cortes Supremas provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1984 hasta 2008*, Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires, 2010.

²³ Il testo originario stabiliva, all'art. 91, che «El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación»; lo stesso è stato modificato nel 1860 con l'eliminazione dell'indicazione del numero dei giudici. Fissato a livello primario, negli anni tale numero è cambiato diverse volte, dai cinque giudici previsti dalla legge 27 del 1863 ai nove attuali, secondo quanto stabilito dalla legge 23.774 del 1991 (la legge 15.271 del 1958 aveva previsto sette giudici, mentre la legge 16.895 del 1962 aveva riportato il numero a cinque). L'assenza di una garanzia costituzionale e la conseguente facilità nell'incidere sulla composizione della Corte favorisce gli interventi del potere politico: per un'analisi della disciplina anche a livello provinciale v. l'approfondita ricerca di A. Castagnola, *¿Cómo evolucionan nuestras instituciones? Un estudio comparado de la normativa de las Cortes Supremas provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1984 hasta 2008*, cit., spec. 17 ss.

²⁴ In questo caso il numero dell'articolo è rimasto invariato, mentre quanto al contenuto è stata eliminata la previsione del controllo da parte del Congresso sulle Costituzioni provinciali, prima della promulgazione.

²⁵ La riforma costituzionale del 1994 ha riconosciuto la particolare posizione della città di Buenos Aires, capitale federale ma soprattutto centro economico e politico del Paese. V. in particolare l'art. 129 della Costituzione e, anche con particolare riferimento ai poteri in ambito giurisdizionale, le leggi 24.588 e 26.288. Per una ricostruzione critica della nuova disciplina v. L.E. Palacio, *La justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, in *La Ley*, Marzo 2002 e V. Di Pietromica, *El poder judicial de la Ciudad de Buenos Aires*, in R.L. Vigo, M. Gattinoni de Mujía (dir.), *Tratado de Derecho judicial*, Tomo II, *Derecho Judicial Argentino*, cit., 1263 ss.

Analizzando più nel dettaglio l'articolazione del sistema giurisdizionale, si può notare che lo schema è sostanzialmente analogo a livello federale e a livello provinciale, con la previsione di un doppio grado di giurisdizione cui si aggiunge la Corte suprema (variamente denominata a livello provinciale: *Corte Suprema de Justicia*, *Superior Tribunal* o *Tribunal Superior de Justicia*), come giudice di ultima istanza, oltre che giudice unico per alcune materie. Le singole Province possono poi presentare delle peculiarità, con riferimento sia alla tipologia di organi giurisdizionali – in alcune, ad esempio, sono previsti i giudici di pace – sia allo *status* dei giudici, con differenze quanto alle procedure di nomina o alla durata del mandato²⁶.

In questa sede, si può concentrare l'analisi sulla struttura prevista a livello federale²⁷. Gli organi giurisdizionali di primo grado sono costituiti dai Tribunali di prima istanza federali, creati dal presidente Mitre con la *Ley sobre el Poder Judicial de la Nación* del 1862 n. 27, che hanno sede nella capitale e nelle città più importanti delle Province. Solo nel 1902 sono state istituite le Corti d'appello federali, chiamate a decidere sulle sentenze emesse dai Tribunali di federali di prima istanza in ambito civile, penale, commerciale o stabiliti in leggi speciali. Infine, la Corte suprema di giustizia della Nazione - prevista come già ricordato dall'art. 108 della Costituzione - opera in via generale come giudice di ultimo grado a livello federale oltre ad avere giurisdizione originaria ed esclusiva in alcune materie²⁸.

Va anticipato, con riserva di approfondire questo profilo quando si analizzeranno i raccordi tra il livello statale e quello federale, che si può giungere alla Corte suprema anche attraverso il *recurso extraordinario federal*, una volta esauriti tutti i gradi di giudizio a livello provinciale, nei casi previsti dalla legge n. 48 del 1863²⁹ e in via diretta attraverso il ricorso di *amparo*, l'*habeas corpus* e l'*habeas data*, disciplinati in Costituzione con la riforma del 1994³⁰, nonché con l'azione dichiarativa ex art. 322 del codice del procedimento civile e commerciale della nazione.

Quanto alla definizione delle competenze della giurisdizione federale, il riferimento è agli artt. 116 e 117 della Costituzione, che può essere opportuno

²⁶ V. i testi citati alla nota 22.

²⁷ Su questi aspetti v., tra i molti, M.A.R. Midón, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, spec. 973 ss.; G.J. Bidart Campos, *Compendio de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2008, spec. Capítulo XLIII, *El poder judicial*; N.A. Sagüés, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires-Bogotá, Astera, 2012, 337 ss.; R.L. Vigo, M. Gattinoni de Mujía (dir.), *Tratado de Derecho judicial*, Tomo II, *Derecho Judicial Argentino*, cit.

²⁸ Per completezza va aggiunto che nel 1992 è stata istituita una Camera nazionale di cassazione penale, con sede nella capitale federale (la denominazione è stata poi modificata in Camera federale di cassazione penale: v. legge 24.121 del 1992 e legge 26.371 del 2008). La stessa ha giurisdizione sull'intero territorio nazionale ed è competente per materia in base al Codice di procedura penale e alle leggi complementari, nel caso di inosservanza o erronea applicazione di norme sostanziali o processuali nei processi che si svolgono innanzi alla giurisdizione nazionale. Si tratta un livello intermedio tra il giudice d'appello e la Corte suprema.

²⁹ Si tratta di quanto previsto dall'art. 14 della *Ley sobre la jurisdicción y competencia de los Tribunales nacionales* del 1863, n. 48: v. G.J. Bidart Campos, *Compendio de derecho constitucional*, cit., spec. Capítulo L, *El recurso extraordinario*.

³⁰ Si tratta di istituti che sono nati in via di prassi e a livello legislativo e sono stati poi espressamente disciplinati in Costituzione grazie alla riforma del 1994: v. A.R. Dalla Via, *La justicia constitucional en Argentina*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 1997, spec. 42 ss.

citare integralmente. Secondo l'art. 116 «Compete alla Corte Suprema e ai tribunali di grado inferiore della Nazione la discussione e decisione di tutte le cause riguardanti materia regolamentata nella Costituzione e nelle leggi della Nazione, con la riserva di cui al punto 12 dell'Articolo 75; come pure nei trattati in essere con paesi stranieri; altresì le cause riguardanti ambasciatori, ministri e consoli stranieri; le cause riguardanti il diritto e la giurisdizione marittima; i procedimenti in cui la Nazione sia parte; le cause nate fra due o più province; fra una provincia e gli abitanti di un'altra provincia; fra gli abitanti di varie province e fra una provincia e i propri abitanti, contro uno Stato estero o un cittadino straniero» (corsivo aggiunto). In tali ipotesi la Corte suprema, ai sensi dell'art. 117, «eserciterà la propria giurisdizione per appello nel rispetto delle norme e delle eccezioni prescritte dal Congresso; ma per tutti i casi riferiti ad ambasciatori, ministri e consoli stranieri e per quelli nei quali sia parte una provincia, eserciterà la giurisdizione originariamente ed esclusivamente». Alla luce di queste previsioni, dunque, si può affermare - riprendendo le parole di Antonio M. Hernández - che «La justicia "federal" es limitada, de excepción y exclusiva»³¹.

Non si deve trascurare il richiamo fatto dall'art. 116 alla riserva di cui al comma 12 dell'art. 75, relativo alle competenze del Congresso. Siamo di fronte, infatti, ad una delle peculiarità del federalismo argentino, in quanto tale disposizione prevede – come già accennato – che i codici siano adottati a livello federale. Tale comma stabilisce, infatti, che spetta al Congresso «*Dettare i Codici Civile, del Commercio, Penale, delle Attività Minerarie, del Lavoro e della Previdenza Sociale, in corpi unificati o separati, senza che detti codici modifichino le giurisdizioni locali; l'applicazione dei codici compete ai tribunali federali o provinciali, a seconda che le cose o le persone ricadano sotto le rispettive giurisdizioni* e, in particolare, dettare le leggi generali per tutta la Nazione sulla naturalizzazione e la nazionalità, con soggezione al principio di nazionalità naturale e opzione a beneficio della nazionalità argentina, oltre che le leggi sul fallimento, la falsificazione della moneta corrente e i documenti pubblici dello stato e inoltre le leggi necessarie per istituire il processo con la partecipazione della giuria» (corsivo aggiunto).

C'è dunque una significativa differenza rispetto al modello statunitense, dove la disciplina sostanziale è dettata prevalentemente a livello statale, differenza riconducibile – come già ricordato – alle vicende storiche del Paese e, in particolare, all'influenza esercitata dalle codificazioni europee³². In questo modo, molte materie vengono attratte, quanto all'esercizio del potere normativo, a livello federale. I codici (il c.d. *derecho común*), tuttavia, secondo quanto previsto dallo stesso art. 75, da un lato non devono modificare le giurisdizioni provinciali e, dall'altro, sono oggetto di applicazione anche da parte dei tribunali provinciali, quando sussista un criterio di collegamento che determini la giurisdizione di questi ultimi. Le norme processuali, invece, sono di competenza delle Province, con la possibilità quindi che la garanzia della effettiva e corretta applicazione della stessa

³¹ A.M. Hernández, *El federalismo judicial y la protección de los derechos fundamentales en la República Argentina*, cit., 93.

³² V. le considerazioni svolte da N. Lugones, *Antecedente Históricas, crisis y replanteo de la cuestión federal*, in *La Ley*, 1985, C1236.

norma sostanziale (perché contenuta nell'unico codice federale) avvenga secondo forme differenziate, sulla base delle diverse regole processuali che ciascuna Provincia si può dare. Non si deve dimenticare, tuttavia, che l'ultima parola sul rispetto della Costituzione federale anche nell'applicazione dei codici spetta alla Corte suprema della Nazione, con un conseguente effetto di condizionamento a livello provinciale che conferma le conseguenze centripete dell'adozione dei codici³³.

3.2. *Le competenze degli enti federati in ordine alla definizione dello status dei giudici*

La Costituzione argentina fissa le garanzie per l'indipendenza dei giudici federali, mentre la definizione dello *status* dei giudici provinciali rientra nella sfera di autonomia delle Province. In forza dell'art. 5 della Costituzione prima citato, infatti, queste sono chiamate ad "assicurare l'amministrazione della giustizia" e sono libere dunque di scegliere le modalità organizzative che ritengono più opportune³⁴. Va comunque segnalato che, nella maggior parte dei casi, si riscontra una sostanziale corrispondenza tra le soluzioni adottate a livello federale e a livello provinciale. Del resto l'autonomia provinciale riconosciuta all'art. 5 non mette in discussione il rispetto dei principi fondamentali in materia di indipendenza del Giudiziario che fanno parte della tradizione degli Stati democratici.

Per meglio analizzare questo tema, si possono distinguere alcuni profili: la nomina dei giudici; la durata della carica; l'inaffidabilità e la responsabilità; la retribuzione.

a) *La nomina dei giudici.* Per quanto riguarda il livello federale la soluzione adottata originariamente si ispirava al modello statunitense. Il potere di scelta dei giudici federali, infatti, veniva attribuito al Presidente, con l'approvazione del Senato, cioè della Camera rappresentativa delle Province. Tale procedura si applica oggi esclusivamente per i giudici della Corte suprema, mentre per gli altri giudici federali la riforma costituzionale del 1994 ha previsto l'intervento del Consiglio della magistratura. Quest'ultimo propone al Presidente una terna di candidati; la scelta del Presidente deve comunque essere approvata dal Senato³⁵.

A livello provinciale, sino agli anni '80, veniva ripresa, con poche eccezioni, la soluzione accolta nella Costituzione federale. Si distinguevano la Provincia di Chaco, che già dalla fine degli anni '50 aveva introdotto il Consiglio della magistratura che proponeva una terna di nomi all'Esecutivo, e quella di Neuquén, che nello stesso periodo aveva previsto un organo consultivo, la *Junta Calificadora*, con composizione mista³⁶. A partire dal 1986 - con quello che è stato definito il ciclo costituzionale provinciale - si è avviata una progressiva differenziazione della disciplina del Giudiziario, anche in riferimento alla procedura di nomina. Un elemento comune quasi a tutte le Province è stata però l'introduzione, a livello

³³ Tra l'altro non si deve dimenticare che la Costituzione prevede la giurisdizione federale per le controversie che coinvolgono cittadini di diverse Province, con la possibilità che in questi casi i giudici federali applichino direttamente i codici.

³⁴ V. su questi profili R.A. Vergara, *El Poder Judicial Provincial*, cit., 425 ss.

³⁵ Si vedano in particolare gli artt. 99, c. 4 e 114 della Costituzione.

³⁶ Cfr. R.A. Vergara, *El Poder Judicial Provincial*, cit., 435.

costituzionale o legislativo, del Consiglio della magistratura, chiamato ad intervenire sulle nomine dei giudici delle Corti inferiori (con esclusione delle Corti supreme), al fine di limitare il pericolo di politicizzazione delle stesse³⁷. Come si è appena ricordato, con la riforma costituzionale del 1994 quest'organo è stato previsto anche livello federale, riallineando così i sistemi, con una circolazione dei modelli che parte da una prima sperimentazione a livello provinciale³⁸.

Come si può notare, dunque, sia a livello federale che provinciale si ha una distinzione tra la procedura di nomina dei giudici delle corti di vertice, che spetta all'Esecutivo con l'approvazione dell'Assemblea rappresentativa - in particolare del Senato per i giudici federali -, e quella dei giudici delle altre corti, che vede come soluzione prevalente l'intervento del Consiglio della magistratura³⁹. Mentre la procedura di nomina dei giudici della Corte suprema federale verrà approfondita nel prossimo paragrafo al fine di indagare il ruolo assegnato alle Province, può essere opportuno svolgere qualche considerazione ulteriore sul Consiglio della magistratura.

Colpisce l'osservatore europeo la scelta fatta a livello federale – ma soluzioni analoghe si ritrovano anche a livello provinciale – di assicurare una prevalenza nella composizione dell'organo ai membri di estrazione politica, con un'evidente contraddizione rispetto all'obiettivo di rafforzare l'indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri dello Stato⁴⁰. Per vero la Costituzione si limita ad offrire, all'art. 114, alcune indicazioni di carattere generale: prevede una composizione mista dell'organo - con membri togati e membri "laici" (nel senso di non magistrati), questi ultimi di estrazione sia politica che tecnica - e richiede che sia assicurato un equilibrio tra le diverse componenti; la disciplina di dettaglio invece è rinviata alla legislazione ordinaria. Secondo quanto previsto dall'art. 2 della legge sul Consiglio della magistratura, quest'ultimo è attualmente composto di tredici membri, di cui solo tre sono giudici eletti dai propri colleghi, mentre sei

³⁷ Solo sei Province non hanno introdotto i Consigli della magistratura, mantenendo il procedimento originario di decisione dell'Esecutivo con approvazione da parte del Legislativo: v. sempre R.A. Vergara, *El Poder Judicial Provincial*, cit., 436, che propone una classificazione delle attribuzioni dei diversi Consigli della magistratura provinciali nel procedimento di nomina dei giudici, *ivi*, 439. Per un'analisi distinta delle diverse esperienze provinciali v. R.L. Vigo, M. Gattinoni de Mujía (dir.), *Tratado de Derecho judicial*, Tomo II, *Derecho Judicial Argentino*, cit., *passim*. Alcune interessanti indicazioni, infine, si possono trovare anche in A. Castagnola, *La diversidad institucional de los Poderes Judiciales provinciales en Argentina desde una perspectiva histórica*, cit., *passim*. Sulla diffusione della figura del Consiglio di giustizia in America Latina e sui problemi connessi v., in generale, L. Hammergren, *Do Judicial Council Further Judicial reform? Lessons from Latin America*, Carnegie Endowment for International Peace, Working Papers, n. 28/2002, reperibile all'indirizzo internet law.wisc.edu/gls/lhdjc.pdf.

³⁸ Si è messo in evidenza come i Costituenti federali abbiano potuto prendere come riferimento le esperienze europee, in particolare di Spagna ed Italia, ma anche quelle provinciali: M.A.R. Midón, *Manual de derecho constitucional argentino*, cit., spec. 988.

³⁹ In realtà in alcune Province la nomina della Corte suprema spetta al Legislativo che sceglie in una terna proposta dall'Esecutivo, mentre in due Province (Chaco e Tierra del Fuego) l'Esecutivo decide sulla base di una proposta del Consiglio della magistratura: v. A. Castagnola, *¿Cómo evolucionan nuestras instituciones? Un estudio comparado de la normativa de las Cortes Supremas provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1984 hasta 2008*, cit., spec. 57 ss.

⁴⁰ Si è ricordato che la creazione del Consiglio della magistratura aveva lo scopo di limitare l'"amiguismo" e il "partitismo" che di fatto condizionavano le nomine dei giudici: *Ibidem*.

sono parlamentari, tre senatori e tre deputati, scelti dai presidenti delle due Camere su indicazione dei gruppi politici, in modo che due siano espressione della maggioranza e uno della minoranza, a questi si aggiungono due rappresentanti degli avvocati, un rappresentante del potere esecutivo e un rappresentante dell'accademia⁴¹.

La creazione del Consiglio della magistratura sembra ispirarsi al modello europeo di garanzia dell'indipendenza della magistratura, che assegna un ruolo fondamentale alla presenza di organi a composizione mista chiamati a intervenire nel processo di nomina dei giudici, indicati in generale con la formula "Consigli di giustizia". Tuttavia nei diversi documenti adottati a questo riguardo - dalle organizzazioni dei magistrati, ma anche dal Consiglio d'Europa - si insiste sulla necessità che nella composizione dell'organo i magistrati siano in maggioranza o almeno in un numero pari a quello degli altri componenti⁴². La soluzione accolta nella legislazione argentina appare sotto questo aspetto problematica, poiché assicura la prevalenza alla componente di estrazione politica e limita significativamente la presenza di membri togati. Se l'obiettivo è quello di ridurre i poteri dell'Esecutivo, e in particolare del Presidente, in questo ambito, l'ampia partecipazione di parlamentari o comunque di membri laici non sembra in grado di sottrarre la scelta dei giudici federali al "gioco politico" a favore di criteri nomina maggiormente "tecnici"⁴³. Nonostante ciò, va ricordato che nel 2013 la Presidente Fernández de Kirchner aveva proposto una nuova modifica della composizione del Consiglio, volta a rafforzare ulteriormente il condizionamento politico sull'organo: pur aumentando il numero di accademici, infatti, veniva previsto che questi ultimi, così come i giudici e i rappresentanti degli avvocati, fossero tutti eletti direttamente dal popolo con un meccanismo a liste concorrenti. In questo modo - si è giustamente rilevato - tutti i componenti avrebbero avuto «direttamente o indirettamente una provenienza dalla politica dei partiti, in linea con il proposito presidenziale di riallineare il potere giudiziario alle scelte politiche del partito di governo»⁴⁴. Tale previsione è stata tuttavia dichiarata incostituzionale dalla Corte

⁴¹ La soluzione indicata nel testo è frutto della modifica introdotta dalla legge 26.080 del 2006 rispetto a quanto originariamente previsto dalla legge 24.937 del 1997, che assicurava un maggior equilibrio tra la componente politica e quella tecnica, pur stabilendo la presenza di solo cinque giudici su venti componenti.

⁴² Si veda per tutti la raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa: Recommendation of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, 17 November 2010, CM/Rec(2010)12.

⁴³ La critica della composizione del Consiglio della magistratura per la sua inidoneità a rafforzare la garanzia di indipendenza dei giudici è condivisa dalla dottrina argentina: v. ad esempio M.A.R. Midón, *Manual de derecho constitucional argentino*, cit., 995; A.M. Hernández, *El federalismo judicial y la protección de los derechos fundamentales en la República Argentina*, cit., 100; J. Horacio Gentile, *El Poder Judicial de la Constitución reformada en 1994*, ponencia presentada al XXI Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional de Santa Fe, 2014 (reperibile on line: www.profesorsgentile.com/n/ponencia-presentada-al-xxi-encuentro-de-profesores-de-derecho-constitucional-de-santa-fe.htm).

⁴⁴ La riforma era stata apportata con la legge n. 26855, in B.O. 27.05.2013, per un primo commento v. L. Cassetti, *La Corte Suprema di giustizia della Nazione argentina dichiarare incostituzionale la riforma del Consejo de la Magistratura: un punto a favore dell'indipendenza del potere giudiziario e del valore della Costituzione nel conflitto tra l'esecutivo e la magistratura*, in *Federalismi.it*, n. 18/2013, spec. 6.

suprema nella decisione *Rizzo, Jorge c. Estado Nacional* del 18 giugno 2013, che si segnala per un'interessante ricostruzione dei principi costituzionali implicati nella vicenda⁴⁵.

b) *La durata nella carica*. Anche in questo caso l'analisi può partire dal livello federale, dove la Costituzione del 1853 riprendeva il modello statunitense del mandato vitalizio: «los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Confederación conserván sus empleos mientras dure su buena conducta (...)» (art. 92, Cost. 1953). La riforma costituzionale del 1994 è intervenuta anche in questo ambito, stabilendo il limite dei 75 anni (art. 99). Raggiunta tale soglia, il giudice può chiedere di rimanere in carica, ma in questo caso il mandato si rinnova di cinque anni per volta, previa approvazione da parte del Senato. Questa riforma ha suscitato vivaci dibattiti, soprattutto per il fatto che ne era prevista l'applicazione anche per i giudici in carica, originariamente nominati a vita⁴⁶. In particolare, la nuova disciplina è stata letta come un provvedimento *ad hoc* finalizzato a mettere in discussione l'inamovibilità di un particolare giudice – il giudice Fayt – che si era scontrato in più occasioni con la Presidente de Kirchner⁴⁷. La questione è giunta alla Corte Suprema che con la decisione del 24 agosto 1999 ha ritenuto inapplicabile tale disciplina al giudice Fayt, affermando la nullità della stessa in quanto eccedeva le competenze attribuite alla Convenzione costituente nel procedimento di revisione costituzionale⁴⁸.

Sul caso si è aperto un ampio dibattito, in relazione al tema del controllo sulle leggi di revisione costituzionale e più in generale sul rapporto tra i poteri

⁴⁵ Fallos: 336:760. Sulla decisione v. ancora L. Casseti, *op. cit.*, 7 ss. e P.D. Sanabria, *Una sentencia ejemplar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Comentario al fallo "Rizzo, Jorge G. (Apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/Acción Amparo c/Poder Ejecutivo Nacional"*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, 2013, n. 5, reperibile all'indirizzo internet www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65925&print=1

Nelle riflessioni sulla garanzia di indipendenza dei magistrati, merita di essere ricordata anche la vicenda dei giudici supplenti ("subrogantes"), che negli anni più recenti hanno assunto un ruolo sempre più rilevante in Argentina, considerato il loro numero e le funzioni svolte. Gli stessi non godono, infatti, delle medesime garanzie dei giudici nominati stabilmente alla funzione e proprio per tale ragione la Corte suprema ha riconosciuto l'incostituzionalità della legge 27145 del 2015 che da ultimo recava la relativa disciplina: v. decisione del 4 novembre 2015 *Uriarte Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción mera declarativa de inconstitucionalidad*, Fallo FLP 9116/2015. Su questa vicenda v. i riferimenti in Van Zyl Smit, *Judicial Appointments in Latin America: The Implications of Tenure and Appointment Processes*, Bingham Centre for the Rule of Law, 2016, pag. 15 reperibile nel sito del Centro all'indirizzo internet www.binghamcentre.biicl.org e G. Fuentes, *Independencia del Poder Judicial. Punto final al peligroso mecanismo de designación de jueces subrogantes*, in *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2016, n. 46, 499 ss.

⁴⁶ Cfr. la Clausola transitoria 11, che prevedeva l'entrata in vigore dopo 5 anni dal 1999.

⁴⁷ Il giudice Carlos Fayt, nato nel 1918, era stato nominato alla Corte suprema nel 1983 dal Presidente Alfonsín. Negli anni più recenti vi erano stati forti contrasti con la Presidente de Kirchner, che in più occasioni aveva chiesto le sue dimissioni, contestando la capacità di svolgere l'attività professionale. Le dimissioni sono giunte solo nel 2015; il giudice Fayt è morto il 23 novembre 2016.

⁴⁸ Il giudice Fayt si era attivato in sede di contenzioso amministrativo, la questione è poi giunta alla Corte suprema attraverso il ricorso straordinario del procuratore generale: v. Fallos 322:1616. A seguito della pronuncia della Corte suprema, tutti i giudici che raggiungevano il limite d'età potevano fare ricorso per chiedere l'applicazione della disposizione.

dello Stato⁴⁹. Nel merito – anche lasciando da parte la questione dell’applicabilità ai giudici già in carica – la soluzione introdotta nel 1994 può condurre a due distinte valutazioni. Legittima appare la scelta di introdurre un limite di età per l’esercizio della funzione, soluzione adottata in molti ordinamenti e che in Argentina si ritrova anche a livello provinciale. Più problematica è invece la procedura di rinnovo, in questo caso infatti i poteri spettanti all’Assemblea sembrano mettere in dubbio la garanzia dell’indipendenza che la durata fissa (o a vita) della carica assicura. Il magistrato, infatti, può essere (o almeno apparire) condizionato nelle sue decisioni dalla ricerca del sostegno necessario per la conferma dell’incarico. Va segnalato che con la successiva decisione del 28 marzo 2017 la Corte suprema ha modificato la sua giurisprudenza, riconoscendo la legittimità della revisione costituzionale del 1994⁵⁰.

Il quadro delle soluzioni adottate a livello provinciale appare molto più articolato. Un’analisi diacronica mette in luce l’adozione di soluzioni differenti: mandati vitalizi (es. Córdoba 1923; Entre Ríos 1933; Mendoza 1965); mandati vitalizi dopo un periodo “di prova” (cioè dopo il primo rinnovo: dopo un 1 anno La Rioja 1933; dopo 6 anni San Juan 1927); mandati a termine rinnovabili (es. Jujuy 1935; Salta 1929; La Rioja 1986); mandati a termine non rinnovabili (es. 10 anni Tucumán 1907). Negli anni più recenti diverse Province hanno modificato la disciplina in oggetto, privilegiando la durata vitalizia (es. La Rioja 1998; Tucumán 1991; San Juan 1996). In un ampio studio su questi aspetti, Andrea Castagnola mette tuttavia in luce che, al di là delle previsioni normative sul mandato, nella maggior parte dei casi i giudici non rimangono in carica sino al termine previsto e quando si ammetteva la rielezione la stessa avveniva raramente, segno che «la estabilidad o inestabilidad de los jueces en el cargo non puede ser explicada por las reglas institucionales»⁵¹.

c/d) L’inamovibilità e la responsabilità. La inamovibilità è la prima garanzia di indipendenza che storicamente i giudici hanno ottenuto. In Argentina, la stessa è riconosciuta sia a livello federale che a livello provinciale. L’art. 110 Cost., riprendendo anche in questo caso il modello degli Stati Uniti, stabilisce che i giudici rimangono in carica sino a quando mantengono buona condotta. L’inamovibilità riguarda sia la sede che la funzione, in modo da permettere ai giudici di operare con la massima indipendenza “sine spe ac metu”. Non si deve dimenticare, però, l’esempio citato nel precedente paragrafo: la modifica della durata del mandato o l’introduzione di un limite di età possono ledere l’inamovibilità dei giudici in carica.

⁴⁹ V. per una ricostruzione e una valutazione critica della decisione della Corte suprema A.M. Hernández, *El caso «Fayt» y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001, che riporta in appendice anche la decisione della Corte suprema.

⁵⁰ Cfr. la decisione *Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallo CSJ 159/2012.

⁵¹ A. Castagnola, *La diversidad institucional de los Poderes Judiciales provinciales en Argentina desde una perspectiva histórica*, cit., spec. pag. 7, v. anche, per l’analisi delle diverse soluzioni, Id., *¿Cómo evolucionan nuestras instituciones? Un estudio comparado de la normativa de las Cortes Supremas provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1984 hasta 2008*, cit., spec. 45 ss.

L'esperienza statunitense ispira anche la disciplina della responsabilità dei giudici della Corte suprema, rispetto ai quali la decisione è attribuita agli organi politici: a livello federale, in particolare, la Camera dei deputati promuove l'azione e il Senato esprime il giudizio per i casi di «mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes» (art. 53 Cost.). Soluzioni analoghe si ritrovano nella maggior parte delle Province, con i necessari adeguamenti quando la forma di governo prevede un parlamento monocamerale⁵². Per i giudici di livello inferiore, a seguito della riforma costituzionale del 1994, interviene il *Jurado de Enjuiciamiento*, disciplinato all'art. 115 della Costituzione, su istanza del Consiglio della magistratura. Può essere interessante segnalare che tale figura era già stata prevista a livello provinciale, in alcuni casi con poteri di controllo anche rispetto ai giudici della Corte suprema⁵³. Tale organo è composto da due giudici, quattro parlamentari e un avvocato, che vengono sorteggiati ogni sei mesi⁵⁴. Si può notare anche in questo ambito l'integrazione di discipline riconducibili a modelli diversi: se per quanto riguarda i giudici della Corte suprema rimane il giudizio politico del Congresso, per gli altri magistrati si prevede la partecipazione di nuovi organi a composizione mista – per l'avvio della procedura e per la successiva decisione -. A ciò si aggiunga che l'art. 114 della Costituzione attribuisce al Consiglio della magistratura anche la competenza a «Ejecer facultades disciplinairas sobre magistratos»⁵⁵. Si tratta di soluzioni finalizzate a rafforzare le garanzie di indipendenza dei magistrati, anche se la prevalenza della componente politica nei collegi non manca di suscitare perplessità.

e) *La garanzia della retribuzione.* Com'è noto, una retribuzione adeguata e stabile è anch'essa condizione essenziale per affermare la dignità della funzione giurisdizionale ed assicurare ai giudici la tranquillità e l'indipendenza nell'operare concreto. Questa garanzia è fissata all'art. 110 della Costituzione federale e ripresa dalle Carte delle Province, che in alcuni casi hanno previsto delle regole al fine di determinare la retribuzione dei giudici, collegandola a quella dei membri del Governo. Il problema più grave che si è posto in Argentina è stato quello della effettività del divieto formalmente stabilito di diminuire lo stipendio fissato dalla legge. La grave inflazione che ha colpito il Paese, portando al crollo del valore della moneta, ha di fatto svuotato di contenuto questa garanzia. Al riguardo la Corte suprema con la sentenza *Bonorino Perú c. Estado Nacional* del 1985 ha riconosciuto che il mantenimento del valore nominale si traduce, in questa

⁵² Anche in questo caso si rinvia per l'analisi delle soluzioni adottate a livello provinciale ad A. Castagnola, *¿Cómo evolucionan nuestras instituciones? Un estudio comparado de la normativa de las Cortes Supremas provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1984 hasta 2008*, cit., spec. 71 ss. e R.L. Vigo, M. Gattinoni de Mujía (dir.), *Tratado de Derecho judicial*, Tomo II, *Derecho Judicial Argentino*, cit., *passim*.

⁵³ Tale soluzione si ritrova oggi nelle Province di San Luis e Tierra del Fuego: A. Castagnola, *¿Cómo evolucionan nuestras instituciones? Un estudio comparado de la normativa de las Cortes Supremas provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1984 hasta 2008*, cit., 75-76.

⁵⁴ Si rinvia per le indicazioni di dettaglio alla disciplina contenuta nella legge sul Consiglio della magistratura: v. legge 24.937, come modificata dalla legge 26.080 del 2006, artt. 22 e 23.

⁵⁵ La legge sul Consiglio della magistratura specifica quali comportamenti danno luogo a responsabilità disciplinare e le sanzioni applicabili: *Ibidem*, art. 14.

situazione, in una sostanziale riduzione dello stipendio e ha di conseguenza affermato «la incostitucionalidad de las normas que fijan o mantienen los emolumentos desactualizados»⁵⁶. La giurisprudenza successiva ha comunque cercato di tenere conto, nell'attuazione della garanzia costituzionale, del principio di solidarietà che coinvolge tutti i cittadini⁵⁷.

Da questi brevi cenni alla disciplina dello *status* dei giudici, si può notare innanzitutto una diffusa somiglianza tra le soluzioni adottate a livello federale e a livello provinciale, con una circolazione di modelli che in alcuni casi sembra fare delle Province un terreno per la sperimentazione di innovazioni, come l'introduzione dei Consigli di giustizia, che poi vengono accolte anche a livello federale. Per altro aspetto emerge anche in questo ambito l'ibridazione dei modelli: se la fonte primaria di ispirazione appare certamente il sistema statunitense, per altro aspetto le riforme più recenti sembrano ispirarsi alle soluzioni adottate in Europa. Il richiamo alla tradizione europea cui si è già fatto cenno in relazione all'adozione della codificazione federale porta con sé una visione differente anche del ruolo dei giudici, che ha reso più complesso il processo di affermazione della loro indipendenza dagli altri poteri dello Stato. Ciò vale a maggior ragione in un contesto caratterizzato da una forma di iperpresidenzialismo, che tende a pervadere tutti i poteri dello Stato. L'istituzione dei Consigli di giustizia a livello federale e provinciale può essere considerato un tentativo di rafforzare l'indipendenza dei giudici, anche se proprio per la complessità del contesto e la debolezza delle soluzioni adottate i risultati non sono soddisfacenti⁵⁸.

3.3. La partecipazione degli enti federati alle questioni relative al “governo dei giudici”

Seguendo anche questo caso il modello degli Stati Uniti, il coinvolgimento delle Province sulle questioni relative al “governo dei giudici” passa attraverso l'approvazione da parte del Senato delle nomine dei giudici federali decise dal Presidente.

L'art. 99, c. 4, Cost. prevede tra i compiti del Presidente la nomina dei magistrati, previa approvazione da parte del Senato. A seguito della riforma costituzionale del 1994 – come già ricordato – la procedura è stata differenziata. Per i giudici della Corte Suprema c'è la decisione del Presidente e l'approvazione da parte del Senato in seduta pubblica con la maggioranza dei 2/3 dei componenti presenti. Per gli altri giudici federali, è il Consiglio della magistratura a proporre

⁵⁶ V. la decisione del 15 novembre 1985, *Bonorino Perú c. Estado Nacional*, Fallos 307:3174, in particolare p.to 5, nella decisione si richiamano le ragioni della garanzia dell'intangibilità della retribuzione.; v. su questo problema E. Jimenez, *Derecho constitucional Argentino*, capitolo XXXIV, *El poder judicial de la Nación*, reperibile all'indirizzo internet www.profesorjimenez.com.ar/derecho-constitucional-argentino/, spec. p.15 ss.

⁵⁷ Cfr. su questi aspetti N.P. Sagüés, *Manual de derecho constitucional*, spec. 356 ss.

⁵⁸ Tra le molte valutazioni critiche, si richiamano le considerazioni di Antonio M. Hernández, che - mettendo in evidenza la distanza che in molti casi c'è tra il dettato normativo e la realtà nell'esperienza dei Paesi dell'America Latina – segnala dopo la riforma un aumento dell'influenza politica sulla magistratura: A.M. Hernández, *El federalismo judicial y a protección de los derechos fundamentales en la República Argentina*, cit., spec. 98 ss. In generale, sull'efficacia limitata delle riforme della giustizia in quest'area v. L. Hammergren, *Do Judicial Council Further Judicial reform? Lessons from Latin America*, cit., *passim*.

una terna vincolante di candidati al Presidente; la nomina è comunque sottoposta all'approvazione del Senato, con la maggioranza semplice dei presenti in una seduta pubblica in cui si “prenderà in esame l'idoneità dei candidati”.

Rispetto alla nomina a giudice della Corte suprema, la Costituzione prevede pochi requisiti: l'essere avvocato della Nazione, con otto anni di esercizio, e l'eleggibilità a senatore. Ciò implica una particolare ampiezza del potere di decisione del Presidente, che ha portato a valutazioni molto diverse. In alcuni casi si è riconosciuto che la scelta presidenziale ha permesso di creare un organo plurale e indipendente, come nel caso delle scelte del Presidente Mitre per la prima istituzione della Corte nel 1863 o, più recentemente, con il Presidente Alfonsín nel 1983. Ma non sono mancate considerazioni critiche; per gli aspetti che in questa sede maggiormente interessano, si è segnalato che la maggior parte dei casi i giudici vengono da Buenos Aires e quindi siano poco sensibili ai problemi e alle peculiarità delle Province⁵⁹.

L'esigenza di individuare dei criteri per la scelta dei giudici è certamente sentita, sia in relazione all'esperienza professionale nell'ambito del giudiziario, sia rispetto alla rappresentazione della complessità del Paese⁶⁰. In questa prospettiva si colloca il decreto approvato dal Presidente Nestor Kirchner nel 2003, finalizzato a disciplinare il procedimento per l'esercizio del potere presidenziale di cui all'art. 99, c. 4⁶¹. Oltre a porre delle regole di pubblicità dei nominativi che il Presidente intende prendere in considerazione per la nomina, con la corrispondente possibilità per le persone interessate di esprimere le proprie valutazioni, vengono individuati anche alcuni parametri che dovrebbero orientare la scelta. Da un lato, con riferimento alle qualità delle persone, oltre all'integrità morale, si insiste sulla preparazione tecnica, ma anche sull'attitudine dimostrata (*trayectoria y compromiso*) per la tutela dei diritti umani e dei valori democratici; dall'altro lato le nuove nomine dovrebbero favorire la differenziazione interna alla Corte, con riferimento in particolare a «*las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal*» (art. 3). Il decreto prende in considerazione, dunque, l'importanza di un coinvolgimento delle Province anche nella composizione della Corte, in modo da dare espressione all'articolazione territoriale del Paese.

⁵⁹ Cfr. A.M. Hernández, *El federalismo judicial y a protección de los derechos fundamentales en la República Argentina*, cit., pag. 93, nota 2.

⁶⁰ È il tema del *reflective judiciary*, che assume un particolare rilievo negli ordinamenti federali e in generale in quelli con un'articolazione sociale particolarmente complessa. La nomina dei giudici della Corte suprema degli Stati Uniti costituisce da questo punto di vista un esempio paradigmatico. Cfr. M. Caielli, A. Mastromarino, *Jurisdiction and Pluralisms: the Temptations of a Reflective Judiciary*, in *federalismi.it*, numero speciale, 5/2018.

⁶¹ Decreto 222/2003 sul *Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Marco normativo para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes*, Bs. As., 19/6/2003; il decreto è stato recentemente modificato dal Decreto 491/2018, *Atribuciones del poder ejecutivo nacional*, 30/05/2018. V. su questi aspetti Van Syl Smit, *Judicial Appointments in Latin America: The Implications of Tenure and Appointment Processes*, cit., spec. 27 ss.

Un'ultima considerazione può essere svolta sul ruolo del Senato nell'approvazione delle nomine dei giudici della Corte suprema. La riforma del 1994 ha innalzato a due terzi la maggioranza richiesta: apparentemente tale soluzione sembrerebbe rafforzare il potere di controllo delle Province, ma l'intervento va collocato nel contesto complessivo della riforma, che impone qualche cautela. Contemporaneamente, infatti, è stato modificato anche il numero di senatori, portandolo da due a tre per ciascuna Provincia. Gli stessi vengono eletti direttamente dal popolo, con la previsione che due siano espressione del partito di maggioranza e uno dell'opposizione. Questa soluzione sembra accentuare il carattere di rappresentanza politica del Senato, a discapito di quella territoriale, elemento che potrebbe incidere anche sul ruolo di bilanciamento rispetto ai poteri del Presidente.

Rispetto agli altri giudici federali la riforma del 1994 ha introdotto una procedura più complessa, con la previsione dell'intervento del Consiglio della magistratura, chiamato a presentare una terna di nomi al Presidente. Si è già presa in esame la composizione di tale organo, esprimendo alcune perplessità sulla prevalenza della composizione politica, che potrebbe condizionare la scelta dei candidati da proporre al Presidente. Quello che va ricordato è che anche in questo caso è richiesta la votazione del Senato, in seduta pubblica ma a maggioranza semplice. Gli elementi di pubblicità della procedura sopra ricordata dovrebbero contribuire ad una responsabilizzazione sia del Consiglio della magistratura al momento della proposta, sia dei senatori al momento del voto, rispetto al giudizio dell'opinione pubblica.

3.4. La definizione di un sistema coerente che permetta di superare eventuali antinomie

Una volta descritti i caratteri fondamentali dell'organizzazione del potere giudiziario federale e provinciale, si deve verificare la presenza di un sistema coerente che permetta di superare eventuali antinomie. Anche sotto questo profilo il caso argentino presenta delle interessanti peculiarità, che si possono cogliere analizzando i profili del controllo di costituzionalità, che costituisce il momento fondamentale di raccordo tra la giurisdizione statale e quella federale in un sistema che si basa, come si è visto, su un'organizzazione dualistica.

Il punto di riferimento è l'art. 31 Cost. che fissa il principio del primato del diritto federale: «La presente Costituzione, le leggi della Nazione che conseguentemente verranno promulgate dal Congresso e i trattati con le potenze straniere costituiscono la legge suprema della Nazione e le autorità di ogni provincia sono tenute ad attenersi alla stessa, indipendentemente da qualsivoglia contraria disposizione eventualmente contenuta nelle leggi o nelle Costituzioni provinciali, salvo che per la Provincia di Buenos Aires i trattati ratificati dopo il patto del 11 novembre 1859».

Il testo originario della Costituzione non prevedeva espressamente alcuna forma di controllo di costituzionalità. Quest'ultimo, tuttavia, si è sviluppato quasi subito nella forma del controllo diffuso seguendo il modello degli Stati Uniti, con

la decisione *Agustín de Vedia* del 1865⁶². In forza dell'accoglimento di questa soluzione, tutti i giudici, federali e provinciali, hanno il compito di svolgere il controllo sulle leggi e di disapplicarle nel caso di contrasto con la Costituzione.

Le Corti supreme, quelle provinciali e quella federale, hanno ovviamente una posizione di chiusura all'interno rispettivo ordinamento di riferimento. La Corte Suprema di giustizia della Nazione, in particolare, viene qualificata «la cabeza del Poder Judicial Federal y la intérprete final e irrevocable de la Constitución Nacional»⁶³.

Anche sotto questo aspetto, il sistema di giustizia costituzionale argentino presenta però delle significative peculiarità, che lo avvicinano per alcuni aspetti a quelli accentrati europei. Sia a livello federale che a livello provinciale, infatti, al controllo diffuso incidentale si affiancano – come già accennato – diverse forme di accesso diretto alle Corti di vertice⁶⁴. Non è possibile in questa sede approfondire la disciplina del controllo di costituzionalità in ambito provinciale, che pure offre numerosi e interessanti elementi di riflessione⁶⁵. Ci si soffermerà, invece, su quello svolto dalla Corte suprema di giustizia a livello federale, per verificare la sua incidenza sull'articolazione del potere giudiziario tra Federazione e Province.

L'istituto più interessante a questo riguardo è sicuramente il *Recurso extraordinario federal*, che può mettere a rischio l'equilibrato funzionamento dei due circuiti giurisdizionali. La disciplina è prevista all'art. 14 della legge n. 48 del 1863, che contempla tre ipotesi in cui le decisioni finali dei tribunali superiori delle Province possono essere impugnate innanzi alla Corte suprema federale: a) quando si è negata la validità di un trattato, di una legge del congresso o di una autorità esercitata a nome della Nazione; b) quando si è messa discussione la validità di una legge, di un decreto o di una autorità della Provincia per contrasto con la Costituzione nazionale, i trattati o leggi del Congresso e la decisione è stata a favore della loro validità; c) quando l'interpretazione di una clausola della Costituzione, di un trattato o di una legge del Congresso viene contestata e la decisione è contro la validità del titolo, diritto, privilegio o esenzione che si fonda su tale clausola ed è oggetto del contendere. Va ricordato che il successivo art. 15 esclude che si possa proporre ricorso con riferimento all'interpretazione e all'applicazione dei codici per il solo fatto che gli stessi sono, come si è detto, leggi del Congresso.

La dottrina ha elaborato una serie di classificazioni in relazione al ricorso straordinario federale, distinguendo tra questioni semplici e complesse, a seconda

⁶² Cfr. i riferimenti in A.R. Dalla Via, *La justicia constitucional en Argentina*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, cit.

⁶³ Cfr. A.M. Hernández, *El federalismo judicial y a protección de los derechos fundamentales en la República Argentina*, cit., pag. 94.

⁶⁴ Il riferimento è allo sviluppo delle diverse forme di *amparo*, che dopo essere emerse in via giurisprudenziale hanno trovato riconoscimento, con la riforma del 1994, all'art. 43 della Costituzione: v. per tutti F. Fernández Segado, *La creación jurisprudencial del amparo y los grandes aportes a la configuración de este instituto de garantía llevados a cabo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, in Id., *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2009, 215 ss.

⁶⁵ Cfr. S. Díaz Ricci, *Panorama y evolución del control de constitucionalidad en los estados provinciales de Argentina*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2009, n. 11, pp. 149-190.

che riguardino l'interpretazione della Costituzione, di un trattato o della legge federale, piuttosto che un conflitto tra una norma e la Costituzione (conflitto che a sua volta può essere diretto o indiretto)⁶⁶.

Nella sua giurisprudenza la Corte suprema ha introdotto, in via pretoria, due ulteriori casi di ricorso straordinario: per sentenza arbitraria (*sentencia arbitraria*) o per gravità istituzionale (*gravedad institucional*). A questo riguardo Antonio M. Hernández ha segnalato che proprio la prima ipotesi – sentenza arbitraria – è quella che determina il maggior numero di casi sottoposti alla Corte suprema⁶⁷. Si tratta di una situazione problematica, in quanto l'intervento della Corte suprema rischia di diventare un ulteriore grado di giudizio rispetto alle decisioni adottate a livello provinciale, in luogo di uno strumento finalizzato ad assicurare il primato del diritto federale. Ciò incide ovviamente anche sul modello di federalismo giudiziario, potendo condurre ad una sovrapposizione e ad una prevalenza della giurisdizione federale su quella delle Province.

Per cercare di riequilibrare questa situazione, con la legge 23.774 del 1990 è stato introdotto all'art. 280 del codice del procedimento civile e commerciale della Nazione una sorta di *writ of certiorari* che permette alla Corte di rifiutare i ricorsi straordinari quando non c'è un'offesa federale rilevante, quando le questioni sollevate sono insostenibili o prive di importanza (*trascendencia*)⁶⁸. Tale istituto è stato oggetto di critiche, in quanto suscettibile di limitare gli spazi di tutela, anche per i singoli, ma permette alla Corte di razionalizzare la propria attività, riducendo il carico di lavoro e privilegiando le questioni più rilevanti. La migliore organizzazione del lavoro della Corte è importante anche nella prospettiva della definizione dei rapporti tra il livello federale e quello provinciale. Nella sua funzione di garante del rispetto della Costituzione federale, lo è anche della divisione di competenze della stessa stabilita, con necessarie ricadute anche sul giudiziario provinciale. La Corte suprema, del resto, ha riconosciuto che «No todas las leyes de la Nación, por el simple hecho de ser tales, tendrán supremacía sobre las de las provincias; la tendrán, si han sido dictadas en consecuencia de la Constitución, es decir, en consecuencia o en virtud de los poderes que de modo expreso o por conveniente implicancia ha otorgado aquella al Congreso. Una ley nacional puede no ser constitucional frente a una ley provincial, que sí lo es; en este supuesto, tiene supremacía la segunda. La supremacía final, en tal caso, es como siempre la de la Constitución, porque ambos órdenes de gobierno, el nacional y el provincial, actúan dentro del marco de poderes que le está señalado por dicha ley fundamental»⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. G.J. Bidart Campos, *Compendio de derecho constitucional*, cit., 432 ss.

⁶⁷ Cfr. A.M. Hernández, *El federalismo judicial y a protección de los derechos fundamentales en la República Argentina*, cit., spec. 108.

⁶⁸ Si può citare il testo dell'art. 280: «Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia».

⁶⁹ Cfr. A. Dumon, *La justicia constitucional en el federalismo*, in *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, n. 2, Noviembre 2016, che cita il caso *Banco de la Provincia de Buenos Aires c.*

Sempre nella prospettiva di una equilibrata definizione dei rapporti tra i sistemi e del ruolo dei due circuiti giurisdizionali, la Corte suprema ha ulteriormente precisato che quando sorge una questione federale in un processo in corso a livello provinciale è necessario che si pronunci prima la Corte suprema della provincia⁷⁰. Si tratta di una soluzione che, al di là delle implicazioni sul piano procedurale, risulta coerente con il modello dualista di organizzazione della giurisdizione e funzionale alla sua migliore attuazione.

Senza poter ulteriormente approfondire l'analisi dei diversi istituti che si sono richiamati, è evidente che gli stessi permettono un ampio intervento della Corte suprema federale sulle questioni che sorgono a livello provinciale, ma nello stesso tempo offrono anche una serie di possibilità di *self-restraint* laddove ci si trovi di fronte a casi che non hanno una portata federale e devono quindi essere risolti a livello statale. Per altro aspetto, anche quando si configura un conflitto con la Costituzione (e con il diritto federale) saranno innanzitutto i giudici supremi provinciali a doversi pronunciare. È evidente che l'attuazione di tutti questi meccanismi pone al centro il ruolo dei giudici, in particolare di quelli della Corte suprema, e quindi, ancora una volta, la questione della garanzia dell'indipendenza del Giudiziario.

4. Il federalismo argentino nell'ambito dello studio dei sistemi latinoamericani

Nell'analisi, seppur sommaria, del federalismo giudiziario che si è svolta nei precedenti paragrafi si è cercato di mettere in evidenza le peculiarità dell'esperienza argentina, che rendono difficile ricondurla ai modelli più consolidati.

Tornando alle questioni che ci si era posti in apertura, è innegabile l'influenza esercitata in questo ambito dalla Costituzione degli Stati Uniti, rispetto alla quale si sono evidenziate assonanze anche testuali. Nello stesso tempo, e fin dall'origine, emergono però degli elementi di differenziazione che, rafforzati attraverso le riforme più recenti, fanno pensare ad un Paese ancora alla ricerca di una soluzione definitiva ed equilibrata per la disciplina del Giudiziario.

Ciò vale, innanzitutto, con riferimento ai caratteri generali e in particolare all'attuazione del principio di indipendenza. L'introduzione dei Consigli di giustizia - che pur si inserisce in una linea di evoluzione comune a livello globale⁷¹ - non sembra aver rafforzato la tutela dei magistrati rispetto alle interferenze del potere politico. Del resto si tratta di un istituto nato in Europa in ordinamenti - in particolare quello francese e quello italiano - caratterizzati da una magistratura burocratica, che doveva essere sottratta all'influenza dell'Esecutivo. In Argentina la situazione presentava delle caratteristiche differenti: da un lato, il modello di

Nación Argentina (Fallos, 186:201).

⁷⁰ Casi *Strada* del 1986 (Fallos, 308:490) e *Di Mascio* del 1988 (Fallos, 311:2478).

⁷¹ V. su questi aspetti N. Garoupa, T. Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 444, 2008.

magistratura richiamava maggiormente quello anglosassone di tipo professionale, dall'altro alcuni dei poteri che in Europa venivano esercitati dal Ministro della giustizia, qui – come in altri Paesi dell'America Latina – spettavano ai giudici di grado superiore. Le riforme risultano, dunque, più difficili da definire e da applicare, considerato tra l'altro che la composizione dei nuovi organi sembra rafforzare il ruolo della politica. Il tutto in un contesto caratterizzato da una forma di iperpresidenzialismo, che da sempre ha visto i Presidenti cercare di condizionare il Giudiziario.

Quanto più specificamente ai rapporti tra articolazione territoriale del potere e organizzazione della giurisdizione, si colgono le correlazioni con la particolare declinazione del sistema federale. Rispetto al modello statunitense, l'esperienza argentina si caratterizza per una maggiore centralizzazione, che si ripercuote anche nel settore della giustizia. Innanzitutto, i principali codici sono adottati a livello federale, con la conseguente presenza di una normativa uniforme in tutte le Province. Inoltre, come si è visto nel precedente paragrafo, sono presenti numerosi strumenti che permettono di sottoporre al controllo della Corte suprema della Nazione le decisioni adottate a livello decentrato. Per altro aspetto, sul piano organizzativo, nonostante la struttura duale accolta, vi è una sostanziale uniformità tra le soluzioni adottate a livello provinciale e a livello federale, in questo caso però dalla comparazione delle diverse esperienze sembra emergere una sorta di circolarità, in cui le Province in alcuni casi anticipano le scelte che verranno adottate poi a livello federale.

Sul piano dell'organizzazione federale dello Stato, così come sul piano della disciplina del Giudiziario e del sistema di giustizia costituzionale sembra emergere il tentativo di delineare una soluzione che a partire dai modelli più consolidati, degli Stati Uniti ed europei, risulti adeguata alle peculiarità del Paese, sul piano storico-politico e geografico. Proprio ragionando sul ricorso straordinario alla Corte suprema federale, Narciso Lugones ha affermato che «... sólo asumiendo la mezcla de ambas tradiciones – que por otra parte es una realidad histórica – es que podremos mejorarlas y superarlas»⁷².

Laura Montanari
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Udine
laura.montanari@uniud.it

⁷² N. Lugones, *Antecedente Históricas, crisis y replanteo de la cuestión federal*, cit., 714-715.

The post-Brexit negotiations and the level playing field criterion

di Massimiliano Montini

Abstract: I negoziati post-Brexit ed il criterio del level playing field – On 31 January 2020, the United Kingdom left the European Union and phase two of Brexit, which will be dedicated to the definition of the future relations between the Parties, officially started. This contribution presents the main features of the future trade relations between the UK and the EU, as they emerge from phase one of Brexit. Then, it analyzes two paradigms (market integration and trade liberalization) and four relevant models, which currently link the EU to some of its most important commercial partners, namely Norway, Switzerland, Turkey and Canada. Finally, it focuses on the “level playing field” criterion, which relates to the standards to be applied by the Parties in their future relations with regard to competition policy and State aids, environmental protection, social and labor standards, fiscal policies.

Keywords: Brexit; European Union; Withdrawal Agreement; Political Declaration; Level playing field.

169

1. Introduction

The Brexit saga, which began with the referendum of 23 June 2016, reached its first conclusion on 31 January 2020, more than three and a half years later, when the United Kingdom finally left the European Union. On that date, phase one of Brexit, characterized by the negotiations foreseen by article 50 TEU on setting out the arrangements for the withdrawal of a Member State from the Union, was over. At the same time, phase two of Brexit, regarding the negotiations between the Parties for the definition of their future relations, started. This new negotiation phase should last until the end of the transition period provided for in the Withdrawal Agreement, currently set for 31 December 2020¹.

¹ On the Brexit see among others: P. Mariani, G. Sacerdoti, *Brexit and Trade Issues*, in *EJLS Special Issue*, October 2019, 187-218; M. Montini, *Le future relazioni commerciali tra Regno Unito e Unione europea dopo la Brexit: paradigmi e modelli a confronto*, in *Federalismi.it*, 20, 2019, 29-49; F. Savastano, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino, 2019; A. Tanca, *Brexit: l'esito di una relazione problematica*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 341-360; M. Dougan, *An Airbag for the Crash Test Dummies? EU-UK Negotiations For A Post-Withdrawal "Status Quo" Transitional Regime under Article 50 TEU*, in *Common Market Law Review*, 55(3), 2018, 57-100; T. Tridimas, *Article 50: An Endgame without an End?*, in *King's Law Journal*, 27(3), 2016, 297-313; D. Dixon, *Article 50 and Member State Sovereignty*, in *German Law Journal*, 19(4), 2018, 901-940; M. Puglia, *Art. 50 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 338 ff.; P. Nicolaidis, *Withdrawal from the European Union: A Typology of Effects*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20(2), 2013, 209-219; A. Di Rienzo, *Art. 50 TUE*, in C. Curti Gialdino (a cura di), *Codice*

The negotiations for phase two look quite hard and complex. However, they do not start from the scratch. They will be rather based on what the Parties have already agreed in the Withdrawal Agreement and in the Political Declaration. Both documents are the result of the negotiations between the Parties that began in the aftermath of the withdrawal notification sent by the United Kingdom to the European Union, pursuant to article 50 TEU, on 29 March 2017. The two Parties agreed on the Withdrawal Agreement, and the related Political Declaration, on 13 November 2018. However, the British Parliament refused to ratify the two aforementioned acts despite being pledged by the Government chaired by Theresa May. As a consequence, following the appointment of a new Government chaired by Boris Johnson, in summer 2019, the negotiations between the Parties were re-opened and the two documents were revised. The new updated versions of the Withdrawal Agreement and the Political Declaration were finally adopted by the Parties on 17 October 2019.

This contribution will focus on the main features of the future trade relations between the United Kingdom and the European Union, as they emerge from the most relevant documents that marked the negotiations between the Parties in the period between the withdrawal notification sent by the United Kingdom to the European Union in March 2017 and the conclusion of the revised version of the Withdrawal Agreement and the Political Declaration which occurred in October 2019.

Subsequently, the analysis will be devoted to the description of the two paradigms that constitute the reference points in the negotiations for the definition of future commercial relations between the Parties. These paradigms represent two different, and somehow opposed, visions. They correspond on the one hand to the imperative of market integration and on the other to the one of trade liberalization. The two paradigms constitute the reference points normally used by the European Union to define its commercial relations with third countries. Therefore, the analysis of the paradigms will be followed by an examination of some of the most relevant models, which have been drawn up in implementation of the two aforementioned paradigms. These models currently link the Union to some of its most important commercial partners, located both inside and outside the European continent.

Finally, the last part of this contribution will concentrate on the question of the “level playing field” criterion, with a specific focus on the issue of the definition of the standards which may be applied by the Parties in their future relations with regard to competition policy and State aids, environmental protection, social and labor standards, fiscal policies.

dell'Unione europea operativo, Napoli, 2012, 404 ff.; G. Busia, *Revisione del Trattato, ammissione di nuovi Stati e recesso dall'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, 401 ff.; H. Hofmeister, *Should I stay or Should I go? – A Critical Analysis of the Right to withdraw from the EU*, in *European Law Journal*, 16(5), 2010, 589-603.

2. The main features of the future trade relations between the United Kingdom and the European Union

In this paragraph the main features of the future trade relations between the United Kingdom and the European Union will be presented. The analysis will focus firstly on the most relevant documents that shaped the negotiations between the Parties during phase one of Brexit, up to the conclusion of the revised version of the Withdrawal Agreement and the Political Declaration in October 2019. Then, the attention will shift to the documents containing the negotiating positions of the two Parties, published in February 2020, which marked the beginning of phase two of Brexit.

The analysis ought to start from the withdrawal notification sent from the United Kingdom to the European Union on 29 March 2017, which officially gave the start to the withdrawal procedure regulated by article 50 TEU, following the outcome of the British referendum on Leave vs. Remain of 23 June 2016².

In the letter of notification, the United Kingdom declares its intention not to remain connected to the European single market, while recognizing the indivisibility of the four freedoms of movement (goods, people, services and capital). The United Kingdom proposes a series of principles which should guide the negotiations with the European Union, making a reference to the necessity to negotiate in a constructive and respectful way and “in a spirit of sincere cooperation”. The main objective of the United Kingdom is to establish a “deep and special relationship” between the two Parties, which should include cooperation in economic and security matters³.

From the European Union's point of view, the first relevant document to be analyzed consists of the “Guidelines” of the European Council of 29 April 2017, which contain the negotiating directives adopted by the Heads of State and Government of the Member States of the Union to steer the positions of the European Commission during the subsequent negotiation phase⁴.

In the “Guidelines”, the European Council notes the positive attitude of the United Kingdom aimed at establishing a “close relationship” with the European Union after Brexit, but at the same time clearly affirms that no kind of future agreement between the Parties should create a situation equivalent to a (total or partial) participation by the United Kingdom in the European single market, as this could hinder its integrity and proper functioning⁵.

Furthermore, it clarifies that the future agreement between the Parties should include provisions aimed at protecting European companies from any competitive advantages that British companies may enjoy in the future, if the United Kingdom was to decide to lower its tax, social, environmental and regulatory measures and practices as compared to those applicable in the

² United Kingdom Notification under Article 50 TEU, data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20001-2017-INIT/en/pdf

³ *Ibidem*, 2.

⁴ Special meeting of the European Council (Art. 50) (29 April 2017) – Guidelines, EUCO XT 20004/17.

⁵ *Ibidem*, para. 18-20.

European Union. The Parties, in defining their future commercial relations, should mutually commit to ensuring the application of similar or comparable standards to the economic and commercial entities operating in competition in each other's territory⁶.

On the basis of the positions expressed by the Parties in the documents examined above and during the initial phase of the negotiations, the so-called “red lines” for the negotiations emerged, that correspond to the apparently “non-negotiable” points and thresholds adopted by each of the Parties. The relevance of such “red lines” with regard to the definition of the main features of their future commercial relations was well summarized by Michel Barnier, the chief negotiator of the European Union, in a speech held at the meeting of the European Council of 15 December 2017⁷.

According to Barnier's reconstruction, the analysis of the negotiating positions of the United Kingdom and the European Union, paired with the experience gained by the Union in the definition of various bilateral agreements with some of its most important commercial partners globally, leads to the conclusion that the only models that may realistically work as useful references for the definition of the future trade relations between the United Kingdom and the European Union are the free trade agreements concluded by the Union in recent years with Canada and South Korea⁸.

Despite the differences between the Parties and the narrow negotiation margins represented by the “red lines” mentioned above, following an intense year of negotiations, the Parties agreed on 13 November 2018 on the first version of the Withdrawal Agreement and the related Political Declaration. While the first document deals mainly with regulating relations between the Parties during the transition period, foreseen between the effective date of exit of the United Kingdom from the European Union and the deadline of 31 December 2020⁹, the second document is more relevant for the purposes of this analysis, as it contains some relevant elements on the indicative main features of the future relations between the United Kingdom and the European Union¹⁰.

In particular, the Political Declaration on the one hand takes up some of the issues corresponding to the negotiating red lines of the Parties mentioned above and on the other hand contains some indicative hints on how to shape the future trade relations between the Parties¹¹.

⁶ Ibidem, para. 20.

⁷ M. Barnier, European Commission Chief Negotiator to the Heads of State and Government at the European Council (Article 50), 15 December 2017, ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/slide_presented_by_barnier_at_euco_15-12-2017.pdf

⁸ Ibidem.

⁹ Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community (2019/C 144 I/01), Official Journal of the European Union C 144 I/1, 25 April 2019, 1–184.

¹⁰ Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom (2019/C 66 I/02), Official Journal of the European Union C 66I, 19 February 2019, 185–198.

¹¹ Ibidem, paras. 4 and 17.

More precisely, in paragraph 4 of the Political Declaration, the Parties state that their future relationships should be based “on a balance between rights and obligations that takes into account the principles of each party”. These principles seem to coincide with some of the already mentioned red lines for negotiation adopted by each of the two Parties. For the European Union, the principles of the integrity of the single market and the customs union, as well as the indivisibility of the four freedoms, are specifically mentioned. For the United Kingdom, the main principles refer to the respect for its sovereignty and the protection of its internal market, as well as to its right to develop an independent commercial policy and to end the regime of free movement of persons between the United Kingdom and the European Union, in accordance with the results of the 2016 referendum.

Subsequently, in paragraph 17 of the Political Declaration, the Parties indicate the proposed main characteristics of their future commercial relations. These consist in particular of an “ambitious, wide-ranging and balanced economic partnership”, which should firstly include a “free trade area”, in which goods can circulate freely, without quotas and without tariffs, and a facilitated investments regime. Secondly, it is stated that the partnership should give rise to “wider sectoral cooperation, where it is in the mutual interest of both Parties.” This reference indicates a common fundamental interest of the Parties not to limit their future cooperation only to the exchange of goods. However, the future sectoral cooperation between the Parties, rather than being automatic or general, should be subject to specific negotiations. The Parties also agree that the provisions of their future agreement should guarantee a “level playing field” for open and fair competition, with the aim to guarantee equal or comparable conditions to their respective economic and commercial entities.

Beyond the specific indications contained in paragraph 17, from the systemic reading of the Political Declaration it emerges that the “ambitious economic partnership” between the Parties should be based primarily on the free movement of goods and on the facilitation of investments. Only to a more limited extent, the Parties have shown their interest in the free movement of services. Furthermore, the Parties have declared their willingness to allow some limited forms of temporary entry and stay of natural persons for professional reasons only, in sectors that will have to be defined specifically. In addition to this, the Parties have declared their interest in ensuring the free movement of capital and payments associated with the movement of goods and services that will be subject to liberalization as part of their future economic partnership. Finally, with specific reference to the free movement of persons, the Parties, in view of the clear position of the United Kingdom aimed at ending the free movement of persons applicable in the European single market, stated their interest in pursuing negotiations to establish some “mobility arrangements” for persons. These should be based on the principle of non-discrimination and on the full reciprocity of rights and obligations between the Parties. Within the framework of the proposed “mobility arrangements”, the adoption of specific provisions

aimed at guaranteeing the exemption of visas for short-term visits, as well as facilitated conditions of entry and stay for specific purposes, such as research, study, training and youth exchanges, should be considered¹².

In sum, it may be noted that the Political Declaration, in its original version of November 2018, already included some hints on the main features of the future commercial relations between the Parties. However, after the resignation of Theresa May and the appointment of the new Government of Boris Johnson, the negotiations between the Parties were “reopened” in the summer of 2019. The outcome of the resumed negotiations was the conclusion of a revised version of both the Withdrawal Agreement¹³ and the Political Declaration¹⁴, which were adopted by the Parties on 17 October 2019. For the purpose of the present analysis, however, it should be underlined that the revised version of the Withdrawal Agreement, similarly to the original one, did not contain any specific element on the shaping of the future trade relations between the Parties, whereas the relevant features originally included in the Political Declaration remained substantially unchanged in its revised version. For these reasons, it is not necessary to examine in detail the new version of the Political Declaration.

The matter of the proposed main features of the future trade relations between the Parties was revived in February 2020, when the official documents on the negotiating positions of the European Union and the United Kingdom for phase two of Brexit were published.

The negotiating directives of the European Union are contained in the Council Decision of 25 February 2020¹⁵. As to their relevant content, paragraph 7 should be mentioned in the first place. It states that the main goal of the post-Brexit negotiations is to establish a new broad partnership with the United Kingdom, covering the areas of interest indicated in the Political Declaration, including trade and economic cooperation as well as some other sectors, such as cooperation in criminal matters, foreign policy, security and defense. The partnership between the Parties should form a coherent structure and should be embedded in an overall governance framework¹⁶.

With reference to the content of the planned partnership, the Union’s negotiating directives contain a series of principles on which cooperation between the Parties should be based. From the Union’s point of view, the envisaged partnership should guarantee a “balance of rights and obligations” and ensure the autonomy of the Union’s decision-making and legal order. Moreover,

¹² *Ibidem*, paras. 48–57.

¹³ Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community (2019/C 384 I/01), Official Journal of the European Union, C 384I, 12 November 2019, 1–177.

¹⁴ Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom (2019/C 66 I/02), Official Journal of the European Union, C 384I, 12 November 2019, 178–193.

¹⁵ Council Decision authorizing the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement, 25 February 2020, 5870/20 ADD 1 REV 3.

¹⁶ *Ibidem*, para. 7.

it should comply with the relevant guidelines expressed by the European Council, with a particular reference to the integrity of the single market and the customs union and the indivisibility of the four freedoms¹⁷.

The economic partnership between the Parties should be wide-ranging and should include a free trade agreement accompanied by sectoral cooperation where this will be in the interest of the Union, provided that compliance with a high “level playing field” is guaranteed in the current and future standards adopted by the Parties¹⁸. The free trade area should provide for the total absence of tariff and non-tariff obstacles and should be connected to a customs and regulatory cooperation system between the Parties. Furthermore, it should be accompanied by strong reciprocal commitments of the Parties for the enforcement of high standards in the respective competition policy¹⁹.

The negotiating positions of the United Kingdom for the post-Brexit negotiations are outlined in a document on the future relationship with the European Union issued by the British Government at the end of February 2020²⁰. From this document, it emerges that the vision of the UK with respect to the future relations with the EU aims at the establishment of a friendly cooperation between sovereign states, in which both Parties should respect one’s another legal autonomy²¹.

The United Kingdom reiterates that the reference parameters for defining the future relations between the Parties are those contained in the Political Declaration of 17 October 2019. These contemplate the conclusion of a comprehensive free trade agreement, drawn up along the lines of the recent free trade agreements concluded by the European Union with Canada and some other non-European countries. Such a free trade agreement should be accompanied by a series of other international agreements relating to specific sectors, such as fisheries, law enforcement and judicial cooperation in criminal matters, transport and energy²².

As for the specific features that the free trade agreement should have, according to the United Kingdom this should provide for liberalized access to the respective internal markets for goods originating in the territories of the two Contracting Parties and should be largely based on the relevant WTO provisions, such as those on technical barriers to trade (TBT agreement) and sanitary and phytosanitary measures (SPS agreement)²³. The agreement should also include provisions aimed at facilitating trade in services, including the entry and temporary stay of people in connection with the provision of services, as well as at promoting investments²⁴. In addition, the agreement should provide for a

¹⁷ Ibidem, para. 10.

¹⁸ Ibidem, para. 17.

¹⁹ Ibidem, para. 19–20.

²⁰ HM Government, *The Future Relationship with the EU. The UK’s Approach to Negotiations*, CP211, February 2020.

²¹ Ibidem, para. 5.

²² Ibidem, Part 2, Chapter 1.

²³ Ibidem, Part 1, Chapters 1–7.

²⁴ Ibidem, Part 1, Chapters 8–10.

pathway for mutual recognition of professional qualifications²⁵. Finally, the Parties should commit to some sort of free movement of capital and payments, as facilitative elements for promoting trade and investment²⁶. Notably, in the United Kingdom's negotiating positions there is no reference at all to the mobility of persons.

In its negotiating positions for phase two of Brexit, the United Kingdom has officially declared that it will not extend the transition period beyond 31 December 2020²⁷. According to the UK, if an agreement with the European Union will not be concluded by that date, the commercial relations between the two Parties will be governed by the provisions of the Withdrawal Agreement and will be similar to Australia's²⁸. In this regard, it should be emphasized that in the aftermath of Brexit, the United Kingdom and Australia have announced their intention to conclude a free trade agreement shortly. The precise terms of such a foreseen agreement are not known yet. In any case, what is certain is that, in the event that the United Kingdom and the European Union fail to reach a trade agreement by the end of the transition period, their trade relations will be governed by WTO rules.

With the aim to better understand the foreseeable main features of the future relations between the Parties, in the next paragraph the attention will shift to the analysis of the two most important paradigms and of some relevant models of free trade agreements concluded by the European Union in the recent past that could influence the negotiations between the United Kingdom and the European Union in phase two of Brexit.

3. Paradigms and models for the future trade relations between the United Kingdom and the European Union

In this paragraph, the two main paradigms that normally inspire the Union's relations with its trade counterparts will be examined. These paradigms correspond on the one hand to the imperative of market integration and on the other to the one of trade liberalization²⁹. Subsequently, the analysis will focus on the main features of some relevant models experimented by the European Union with its most important commercial partners, located both inside and outside the European territory. In this context, four different models will be highlighted. They have been selected on the basis of their particular relevance as possible sources of inspiration for the definition of the future commercial relations between the United Kingdom and the European Union. The relevant models are

²⁵ Ibidem, Part 1, Chapter 12.

²⁶ Ibidem, Part 1, Chapter 18.

²⁷ Ibidem, Introduction, para. 9.

²⁸ Ibidem, Introduction, para. 7.

²⁹ P. Eeckhout, *Future trade relations between the EU and the UK: options after Brexit*, European Parliament, Directorate General for External Policies of the Union, Policy Department for External Relations, PE 603.866, March 2018, 6-16, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/603866/EXPO_STU\(2018\)603866_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/603866/EXPO_STU(2018)603866_EN.pdf)

the following ones: the Norwegian model; the Swiss model; the Turkish model and the Canadian model³⁰.

The market integration paradigm has as its main objective the approximation of the technical regulation of the Parties. This objective can be achieved both through a centralized approach (which promotes harmonization “from above” of regulatory and technical standards) and through a decentralized approach (which promotes regulatory and technical convergence “from below” through the use of the principle of mutual recognition). In the context of the European internal market, the two approaches coexist. In some cases, the EU prefers to use the centralized approach (for example in the field of public health and safety of products and production processes), while in other cases European legislation allows Member States to adopt and maintain different national regulatory systems (for example with reference to some traditional products or production processes). In the latter circumstance, on the basis of the mutual recognition principle, each Member State must recognize, as equivalent to its own, the standards of the other countries and must guarantee the free circulation within its national territory of products legitimately manufactured and placed on the market in other Member States, which are based on different (but equivalent) national laws and regulations. In such cases, the possibility for a Member State to impose some limited restrictions on the free movement of goods in cases where there is the need to protect some of its fundamental national interests (the so-called “imperative requirements”) is always ensured. The relevant national interests may refer, for instance, to public health, environmental protection or consumer protection, to the extent that the requirements invoked are based on overriding public interests reasons and do not relate to fields for which European legislation has dictated a common harmonized discipline.

In the context of the European Union, the market integration paradigm experienced in the context of the European single market is also strengthened by the application of the principles of direct effect and primacy. These principles, coming into play in the event of a conflict between European and national legislation, are meant to guarantee the supremacy of European Union law. In addition, the correct functioning of the European single market is ensured by the constant monitoring of the behavior of the Member States by the European Commission and by a dispute resolution system which guarantees the uniform and correct application of European Union law.

The paradigm of market integration not only characterizes the European single market, but also strongly permeates the economic and commercial relations of the European Union with some of its neighboring European countries, which despite not being Member States, enjoy strong commercial and institutional links with the Union. In this sense, one should consider, for example, the cases of Norway, Switzerland and Turkey.

³⁰ M. Montini, *Le future relazioni commerciali tra Regno Unito e Unione europea dopo la Brexit: paradigmi e modelli a confronto*, cit., spec. 37 ff.

Some details on the main features of the market integration models that characterize the commercial relations of the European Union with the aforementioned countries will be provided below, in order to verify how the paradigm of market integration is articulated and operates in these three contexts, which share significant similarities, but also have important differences.

The Norwegian model refers to the commercial cooperation regime established under the 1993 Agreement on the European Economic Area (usually referred to as the EEA Agreement, from the English acronym European Economic Area).³¹ This is due to the fact that Norway represents the most economically relevant country among the three countries of the EFTA (European Free Trade Area), namely Norway, Iceland, Liechtenstein, which are linked by the EEA agreement to those of the European Union.

The EEA establishes a free trade area between the European internal market and the national markets of the three countries in question. In this context, customs duties are abolished for products originating in the Contracting Parties. This integration of the respective markets is accompanied by a high degree of regulatory integration between the countries involved. In fact, the three aforementioned countries have an obligation to implement the technical standards that are part of the so-called *acquis communautaire* into their national legislation. However, despite having to comply with the technical regulations and standards imposed by the European Union, they do not have the opportunity to participate in their adoption or revision, which remains a matter of exclusive EU competence. This represents an important shortcoming of the EEA Agreement, which shows a serious deficit of democratic participation in its decision-making process.³²

The integration model envisaged by the EEA Agreement is very similar to the one in place in the European internal market. In fact, it may be said that the EEA Agreement extends to the European Economic Area, in a more or less similar way, the four freedoms of movement (goods, people, services, capital) already present in the European internal market.³³

The Swiss model refers not to a specific agreement, but to a complex system of economic and commercial agreements that connect the European Union and Switzerland.³⁴ There is no general cooperation agreement between the EU and Switzerland, at least so far. In fact, a framework agreement between the Parties – called the Institutional Agreement – is currently under negotiation, and the Parties may eventually agree on its terms. There are, however, a series of sectoral agreements covering various fields, which have the main objective of

³¹ Agreement on the European Economic Area (EEA Agreement), in GUUE L 1, 3 January 1994, 3 ff.

³² H. Haukeland Fredriksen, C.N.K. Franklin, *Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on*, in *Common Market Law Review*, 52(3), 2015, 629 ff.

³³ C. Hillion, *Brexit means Br(EEA)xit: The UK withdrawal from the EU and its implications for the EEA*, in *Common Market Law Review*, 55(1), 2018, 135 ff.

³⁴ C. Sanna, *Gli accordi tra Svizzera e Unione europea: un modello per le future relazioni con il Regno Unito?*, in *Federalismi.it*, 18, 2017, 1-23; M. Condinanzi (a cura di), *Unione europea e Svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, 2012.

guaranteeing access (on a reciprocal basis) to the internal markets of the Contracting Parties. These agreements were negotiated at different times, starting with the 1972 Free Trade Agreement.³⁵ To date, the system of agreements between the European Union and Switzerland includes the 1972 Free Trade Agreement and five subsequent agreements, which deal with the following issues: free movement of persons, land transport, air transport, mutual recognition in the field of conformity assessment / technical barriers to trade, agriculture.

The original 1972 Free Trade Agreement between the European Union and Switzerland establishes a free trade area between the customs territories of the two contracting parties. It primarily focuses on the free movement of goods, based on the model of the European internal market. Within this area, industrial products and agricultural products originating in the territory of each of the Contracting Parties may circulate without the application of customs duties. The application of quantitative restrictions and measures of equivalent effect in the commercial relations between the two Parties is also prohibited. The free trade agreement between the EU and Switzerland also provides for the free movement of services and, to a more limited extent, for the free movement of persons.

The Turkish model, similarly to the Swiss one, does not consist of a single trade agreement between the Parties, but in a series of agreements and decisions that have given rise to a complex system of preferential bilateral trade relations between the European Union and Turkey (EU –Turkey Bilateral Preferential Trade Framework – BPTF).³⁶ Trade relations between the Parties have developed since the 1960s and have been marked by several stages. The first agreement concluded between the Parties was the 1963 Association Agreement between the European Union and Turkey, commonly referred to as the Ankara Agreement, which initiated the process for the establishment of a customs union between the Parties.³⁷ This agreement represents the reference basis for the economic and commercial cooperation relations between the Parties. The Ankara Agreement was then supplemented by the 1970 Additional Protocol, which set up the roadmap for the progressive elimination of tariff and non-tariff barriers to trade.³⁸ Finally, the customs union between the Parties was established a few

³⁵ *1972 Free Trade Agreement between the European Union and Switzerland*, (Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità economica europea - Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft - Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne), RS.632.401, 22 July 1972, www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19720195/index.html

³⁶ F. Hakura, *EU–Turkey Customs Union. Prospects for Modernization and Lessons for Brexit*, in *Chatham House Briefing*, December 2018, www.chathamhouse.org; K. Binder, *Reinvigorating EU-Turkey bilateral trade: Upgrading the customs union*, European Parliament Briefing PE 599.319, 2017.

³⁷ *1963 Ankara Agreement*, Agreement creating an association between the European Economic Community and Turkey (Ankara Agreement), 12 September 1963, Official Journal of the European Union, L217, 29 December 1964, 2687.

³⁸ *1970 Additional Protocol*, Additional Protocol and Financial Protocol signed on 23 November 1970, annexed to the Agreement establishing the Association between the European Economic Community and Turkey and on measures to be taken for their entry

years later, through Decision 1/95 of the EU / Turkey Association Council and entered into force from 1996.³⁹

The key feature of the trade relations between the European Union and Turkey is represented by the customs union, which provides for the elimination of customs duties and measures having an effect equivalent to the exchange of goods between the Parties, as well as for the application by Turkey in its relations trade with third countries of the European Union common customs tariff. The customs union between the EU and Turkey initially referred to industrial products only. It was extended to the coal and steel sector in 1996,⁴⁰ and to agricultural and fisheries products in 1998.⁴¹

However, the application of the customs union in question is not immune from difficulties, especially due to the asymmetrical nature of the relations between Turkey and other EU trade partners.⁴² Moreover, such a trade relation has very peculiar features, since the commercial relations between the Parties are rather advanced in the field of free movement of goods, while they are severely limited, if not completely absent, in the area of free movement of services and persons. For these reasons, it may be very difficult to replicate the provisions which shape the trade relations between the EU and Turkey in a different context.

As to the second reference paradigm mentioned above, namely the trade liberalization paradigm, its main objective is to promote the liberalization of trade between countries. This largely differs with respect to the first paradigm seen above. In fact, the trade liberalization objective is pursued by the Parties by keeping their national markets separate, rather placing them in a perspective of mutual integration.

The trade liberalization approach usually focuses on trade related to goods and extends to the progressive reduction or elimination of barriers to trade, both tariff and non-tariff ones, according to WTO rules and criteria. As regards tariff obstacles, the trend in the most advanced trade agreements is towards the total elimination of tariffs against products originating in the countries with which a Party decides to conclude a preferential trade agreement (PTA). Usually this kind of agreement creates a free trade area, established in accordance with the provisions of article XXIV of the GATT.

into force - Final Act – Declarations, Official Journal of the European Union, L 293, 29 December 1972, 3–56.

³⁹ Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Customs Union, Official Journal of the European Union, OJ L 35, 13 February 1996, 1–46

⁴⁰ Agreement between the European Coal and Steel Community and the Republic of Turkey on trade in products covered by the Treaty establishing the European Coal and Steel Community, Official Journal of the European Union, L 227, 07 September 1996, 3–34.

⁴¹ Decision No 1/98 of the Association Council of 25 February 1998 (EC-Turkey trade agreement for agricultural products), Official Journal of the European Union, L 86, 20 March 1998, 1–38.

⁴² F. Hakura, *EU–Turkey Customs Union. Prospects for Modernization and Lessons for Brexit*, cit.; K. Binder, *Reinvigorating EU-Turkey bilateral trade: Upgrading the customs union*, cit.

The elimination of non-tariff barriers is more difficult, insofar these are closely linked to the regulatory power of the various countries. Normally, according to WTO rules, not all forms of differentiated national regulation that may have a direct or indirect impact on trade are prohibited, but only the national provisions that have a clear discriminatory intent or effect against products manufactured in a different country are banned. In this sense, the legal system set up in the European single market is an exception, in which the Court of Justice generally considers inadmissible all the national provisions of the Member States which can “directly or indirectly, actually or potentially hinder” trade between the various Member States, without it being necessary to provide evidence of their effective and relevant impact on intra-European trade.

In the current global context, characterized by a general trend towards the progressive reduction and elimination of tariff obstacles in the international trade in goods, the most significant problem to be faced is the control and elimination of non-tariff barriers. In this case, it should be underlined that the system established with the European internal market constitutes an unmatched reference model at a global level, since in addition to guaranteeing the full integration of the national markets of the contracting countries, it provides for a high level of regulatory integration for the Parties. This level of regulatory integration is far more advanced than the one that can be found in any kind of bilateral free trade agreements existing worldwide, including some of the most recent ones concluded by the European Union, such as for instance those with Canada, South Korea, Japan. These agreements, in fact, provide for a very significant level of market integration, which, however, does not go as far as to establish an advanced model of regulatory integration between the Parties comparable with the European internal market.

Within the preferential trade agreements, sometimes the liberalization of trade is also extended to the services sector, with a varying intensity, depending on the specific type of agreement. In some cases, the liberalization of trade in services may be accompanied by a limited freedom of movement for persons, usually understood as a limited free movement of service providers.

In the context of the liberalization of trade in services, the question of the liberalization of tariff measures does not arise, as measures of this type are normally absent. For this reason, with reference to services, the main problem concerns the control of non-tariff measures. Free trade agreements extending to services may contain measures designed to promote the approximation of the national provisions of the Contracting Parties on services, but generally do not go as far as to undermine the general principle according to which the regulation of services constitutes a topic reserved to the national regulatory competence of each sovereign country. In fact, this matter is normally excluded from the harmonization efforts promoted at international level, both in bilateral and in multilateral contexts. The exception in this sense is represented by the European internal market, in which the regulatory integration on the free movement of

goods is also accompanied by a broad, albeit less evolved, regulatory integration on the free movement of services.

The most advanced bilateral trade agreement model that is an expression of the trade liberalization paradigm is represented by the free trade agreement concluded in 2016 between the European Union and Canada, called the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).⁴³ This agreement is the most advanced example of a free trade agreement (FTA) concluded to date by the Union.

The CETA agreement provides for the establishment of a free trade area which includes both the free movement of goods, pursuant to art. XXIV of the GATT, and the free movement of services, pursuant to art. V of the GATS. In fact, the peculiarity of this agreement lies in the coexistence, within the same legal instrument, of a “complex” free trade area, where the free movement of goods, which represents the traditional content of free trade agreements, is accompanied by the free movement of services. However, this agreement does not contain provisions relating to the free movement of persons, with the exception of temporary movements of persons who provide services in the territory of the other Contracting Party.

Chapter II of the CETA agreement regulates the free movement of goods. It provides for a gradual reduction and progressive elimination of customs duties on the import of goods originating in the other Contracting Party and the prohibition on introducing or maintaining prohibitions or restrictions on the import of goods from the customs territory of the other Party or on the export towards that territory, in line with the provisions of art. XI of the GATT. In general, all the provisions of this chapter of the agreement are largely based on the corresponding GATT rules and incorporate its fundamental principles.

As for the free movement of services, this is governed by Chapter IX of the CETA agreement, which provides for a broad regime of free movement of services between the Parties, with particular reference to some specifically identified sectors. For example, it includes legal or accounting consultancy services, as well as those provided in the transport, telecommunications and tourism sectors. Conversely, the air transport sector, as well as those of audiovisual services (for the European Union) and culture (for Canada) are excluded. Overall, it can be said that the CETA agreement is the expression of a broad agenda of liberalization of the provision of services between the Parties.

As for the movement of persons, Chapter X of the CETA agreement contains specific rules on the right of temporary entry and stay of natural persons of one Party in the territory of the other Party, provided that this occurs in connection with the provision of services. In addition, Chapter XI establishes a legal framework for the negotiation of future agreements between the Parties aimed at the mutual recognition of their professional qualifications.

⁴³ Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, (Accordo CETA), 2016, in GUUE L 11, 14 January 2017, 23-1079.

In conclusion, it can be argued that the CETA agreement, as an example of an advanced FTA agreement, which also provides for the free movement of services alongside the free movement of goods, is probably the most interesting source of inspiration for defining the future relations between the United Kingdom and the European Union.

4. The “level playing field” (LPF) criterion

In this paragraph, the question of the “level playing field” (LPF)⁴⁴ criterion will be analyzed, with a particular regard to the provisions of the Political Declaration and to negotiating positions of the Parties for the phase two of Brexit⁴⁵.

According to the Political Declaration, the LPF should be a fundamental criterion for the definition of the future commercial relations between the United Kingdom and the European Union, in order to avoid the possible negative consequences that could result from regulatory discrepancies between the Parties in the definition of competition, environmental, social and tax standards. The LPF criterion refers to a situation in which the conditions of competition for all economic operators operating in a given market are fair. This term is usually used in the context of the application of the respective national regulatory standards of the Parties to a free trade agreement to some horizontal sectors, such as those relating to business taxation, labor standards, environmental protection standards and climate change policies.

The LPF criterion may consist in the application of two different approaches: the first “softer” one corresponding to the principle of non-regression and the second “stricter” one relating to the principle of dynamic regulatory alignment of the various Contracting Parties to an international trade agreement⁴⁶. The first criterion (non-regression)⁴⁷ is a common feature in some recent free trade agreements, such as those concluded by the European Union with Canada, South Korea and Japan. The second criterion (dynamic regulatory alignment)⁴⁸ is often applied in the commercial relations of the European Union with some neighboring countries, in the context of its neighborhood policy. The main example of the application of the regulatory alignment is represented by

⁴⁴ F. Zuleeg (et al.), *Ensuring a post-Brexit level playing field*, European Policy Centre (EPC), May 2019, www.epc.eu/en/publications/Ensuring-a-post-Brexit-level-playing-field~26c1e0

⁴⁵ M. Morris, *Level playing field*, IPPR briefing, The Progressive Policy Think Tank, 18 February 2020, www.ippr.org/blog/level-playing-field-ippr-briefing

⁴⁶ D. Loud, *Defining Withdrawal: Brexit and the “Level Playing Field” for Environmental Regulations*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, blogs2.law.columbia.edu/jtl/tag/daniel-loud/

⁴⁷ M. Prieur, *Non-regression in environmental law*, S.A.P.I.E.N.S (Online), 5(2), 2012, journals.openedition.org/sapiens/1405

⁴⁸ K. Armstrong, *Regulatory alignment and divergence after Brexit*, in *Journal of European Public Policy (JEPP)*, 25(8), 2018, 1099-1117.

the provisions of the EEA Agreement, but similar examples can also be found in other recent EU agreements, such as the one with Ukraine.

The LPF issue was already present in the first period of the Brexit negotiations, which culminated with the first version of Withdrawal Agreement and the related Political Declaration concluded in November 2018. In this context, the only explicit reference to the LPF criterion was contained in the Protocol relating to Ireland / Northern Ireland annexed to the Withdrawal Agreement. In fact, in article 6 of this Protocol, it is written that in order to facilitate the exchange of goods within the common customs area during the transition phase, between the Brexit date and the deadline of 31 December 2020, the level playing field criterion will be applied between the Parties, with reference to their competition laws, their fiscal system, as well as their environmental, social and labor standards. In addition, Annex 4 to the said Protocol provides that for environmental, social and labor standards, the principle of non-regression applies, with reference to the common criteria and rules in force for the Parties at the end of the transition period provided by the Withdrawal Agreement. As for the progressive update of the relevant common standards, article 6 of the Protocol states that the Joint Committee in charge with the implementation of the future agreement between the Parties will enjoy the competence to modify the conditions of the level playing field and to adopt higher and more stringent standards.

After the resumption of negotiations between the Parties following the appointment of the Government of Boris Johnson, the reference to the level playing field criterion has been widely changed, both in its location and in its content. As for the location, the reference has been moved from the above mentioned Protocol relating to Ireland / Northern Ireland to the Political Declaration, in its revised version of October 2019. As for the content, the criterion has assumed the role of a general guideline for the regulation of the future commercial relations between the Parties after Brexit, as better explained below.

The LPF criterion is explicitly referred to in paragraph 77 of the Political Declaration, in its revised version of October 2019⁴⁹. This provision contains a commitment of the Parties to guarantee in their future relations the application of a common level playing field. This should aim at ensuring an open and fair competition system, which can guarantee to economic and commercial operators of both Parties to compete on the same terms in the future integrated market between the United Kingdom and the European Union.

The commitment to maintaining a common (high) level playing field refers to the internal regulations of the Parties regarding competition policy and state aids, social and labor standards, environmental protection and climate change, and fiscal policy. However, there is a reference in paragraph 77, according to which the precise nature of the respective commitments of the Parties on their

⁴⁹ Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom (2019/C 66 I/02), cit, para. 77.

common level of regulation will depend on the scope and depth of their future relationship and on the level of their economic connectedness. Furthermore, in paragraph 77 there is no reference to the possibility of a verification of the implementation of the LPF criterion by the governing entity that will take care of the management of the future agreement between the Parties and may resolve the related disputes.

The latter two elements could represent a very relevant weakness of paragraph 77. In fact, it seems that there are no effective guarantees that the United Kingdom will in any case respect the generic commitment contained in the Political Declaration to maintain a level playing field with the European Union. It is in fact absolutely possible that, during the phase two negotiations, the United Kingdom will try to use the provision in question in order to push towards the conclusion of a commercial agreement with the European Union more favorable to it, otherwise threatening to become a paradise of deregulation in tax, social and environmental matters, located at the gates of the European Union. Moreover, it is equally possible that, even in case a free trade agreement governing the future commercial relations between the Parties is concluded, the United Kingdom, when confronted with its implementation, may nevertheless decide to adopt a policy which tends to be less restrictive than the European one, thus putting at risk the concrete application of the level playing field criterion.

The European Union, in its negotiating position for phase two of Brexit⁵⁰, has introduced a section specifically dedicated to the issue of the level playing field⁵¹. In this section, the Union refers to the provisions of the Political Declaration, according to which “the envisaged partnership must ensure open and fair competition, encompassing robust commitments to ensure a level playing field”⁵². According to the European Union, the agreement with the United Kingdom on the future relations between the Parties should confirm the current high common standards “in the areas of State aid, competition, state-owned enterprises, social and employment standards, environmental standards, climate change, relevant tax matters and other regulatory measures and practices in these areas”⁵³.

Similarly, the standards of the Parties in the sectors indicated above should remain high and should have European Union standards as a reference point, taking into account how these will evolve in the future. Furthermore, according to the EU, the governing body of the future agreement between the Parties should have the competence to modify the joint commitments regarding the level playing field, with the power to subject new sectors to the criterion in question or to introduce stricter standards over time⁵⁴.

⁵⁰ Council Decision authorising the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement, cit.

⁵¹ Ibidem, para. 93 ff.

⁵² Ibidem, para. 94.

⁵³ Ibidem, para. 94.

⁵⁴ Ibidem, para. 94–95.

As for the United Kingdom, there is no specific reference to the level playing field criterion in its post-Brexit negotiating positions⁵⁵. However, there are relevant provisions in this sense in the sections dedicated to competition policy and to the relationship between trade and other relevant interests related to sustainable development, social and employment protection, environmental protection and fiscal policy⁵⁶.

In particular, with reference to competition policy, according to the United Kingdom, the Parties should undertake to maintain their own effective system of competition laws, without this requiring their legislative or regulatory alignment⁵⁷.

With reference to the standards for social, labor and environmental protection, the United Kingdom proposes the insertion in the agreement between the Parties of a clause aimed at establishing a mutual commitment not to lower or reduce the protection standards, in order to encourage trade and investment⁵⁸. Such a proposal is based on the principle of non-regression, as contained in many recent European Union free trade agreements (FTAs) with non-European countries, such as those concluded with South Korea and Japan. However, the limit inherent to such an approach is that the application of the non-regression principle is not conceived as an absolute obligation, but it only imposes to the Parties a reciprocal commitment conditional to the promotion of trade and investment.

On the basis of what has just been examined regarding the possible role of the LPF criterion in the context of the future economic and commercial relations between the United Kingdom and the European Union, it can be concluded that, at present, in view of the provisions of the 2019 Political Declaration and given the respective negotiating positions for phase two of Brexit, as expressed by the Parties in February 2020, it is difficult to argue that the criterion under consideration will constitute a guarantee against the possibility that one of the two Parties, more likely the United Kingdom, decides to promote a race to the bottom in the definition of the standards in the areas covered by the application of the said criterion.

5. Conclusion

In this article, the main features of the future trade relations between the United Kingdom and the European Union were firstly examined, based on the most relevant documents that marked the negotiations between the Parties between 2017 and 2019. From the analysis carried out, and in particular from the Political Declaration of 2018-2019, very precise hints on the future commercial relations between the Parties seem to emerge. The Parties, in fact, seem to be moving

⁵⁵ HM Government, *The Future Relationship with the EU. The UK's Approach to Negotiations*, cit.

⁵⁶ *Ibidem*, Part 1, chapters 21 and 25-28.

⁵⁷ *Ibidem*, Part 1, chapter 21, para. 66.

⁵⁸ *Ibidem*, Part 1, chapters 26-27, paras. 75-78.

towards the conclusion of a free trade agreement, in which a wide free movement of goods will be ensured, where there will be room for some free movement of services and a more limited chance for free movement of capital and payments, whilst the movement of persons will be greatly limited.

Subsequently, the two paradigms that normally inspire the Union's relations with its trade counterparts and which are likely to influence the definition of future trade relations between the United Kingdom and the European Union have been examined. These paradigms correspond on the one hand to the imperative of market integration and on the other hand to the one of trade liberalization. In addition, some relevant models, drawn up in implementation of the aforementioned two paradigms, which currently connect the European Union to some of its most important commercial partners have been presented and analyzed. They are the Norwegian model, the Swiss model, the Turkish model and the Canadian model.

The analysis conducted above has shown that, at the beginning of phase two of the Brexit negotiations, the Parties look inspired by the trade liberalization paradigm rather than by the market integration one. This preference emerges from the Political Declaration and it is clearly restated by the United Kingdom in its negotiating positions, whereas the European Union has a less clear-cut position. In fact, on the one side, it seems to acknowledge that the trade liberalization paradigm looks like the most appropriate one for shaping the future trade relations with the UK, while on the other side appears to be looking for a solution which takes into account the specificity of the United Kingdom as a peculiar trade partner, which is quite different from other countries with which the EU has recently concluded trade agreements shaped by the trade liberalization paradigm, such as for instance Canada, South Korea and Japan. This peculiarity of the UK vis-à-vis the EU is due to two main reasons: its geographical proximity and its nature of a former Member State. However, despite these specific circumstances, which make the UK different from any other trade partner, it emerges that the most relevant model for shaping the future EU-UK trade relations is represented by the recent CETA Agreement that connects the European Union with Canada, which is to date the most advanced example of PTA ever concluded by the Union.

Finally, the analysis conducted above has focused on the “level playing field” criterion, which may come into play in the definition of the regulatory standards of the Parties, in the field of competition policy and state aids, environmental protection, social and labor regulations and fiscal matters. It has emerged that the future application of the respective standards of the Parties in these fields could reserve some difficulties and surprises, in particular for the European Union. This is due to the fact that, despite the generic commitment of the Parties, contained in paragraph 77 of the 2019 revised Political Declaration, to promote the application of a common level playing field in their future relations, there are no real guarantees that the United Kingdom, after Brexit, will be able to resist to the temptation to become a champion of deregulation. In

other words, it is not possible to exclude that the UK will not tend to deregulate in the fiscal, social and environmental sectors, with the intent, or in any case with the effect, to create a competitive advantage for its economic and commercial operators.

In order to minimize such risk, the European Union should carefully conduct the negotiations during phase two of Brexit, focusing on two main objectives. In the first place, the EU should try to steer the application of the level playing field criterion towards a dynamic regulatory alignment approach rather than simply towards a non-regression commitment. In the second place, the European Union should aim to guarantee a proper application of the level playing field criterion by trying to make the UK agree on the insertion in the trade agreement between the Parties of a clause empowering the Joint Committee or a similar body in charge with monitoring the application of the agreement with some specific competence for the periodical review and update of the pertinent standards as well as the resolution of the relevant disputes between the Parties. If this will occur, the application of the level playing field criterion may become a meaningful instrument to create a truly “ambitious, wide-ranging and balanced economic partnership” between the EU and the UK, as stated in the Political Declaration. Otherwise, the planned trade agreement between the Parties runs the risk of being not very dissimilar to the other PTAs which already connect the EU with some of its relevant non-European trading partners.

Some considerations on moral rights in the USA and in the EU today

di Laura Moscatti*

Abstract: Alcune considerazioni sui diritti morali negli Stati Uniti e nell'Unione europea oggi – The USA joined the 1886 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works only in 1989, with the Berne Convention Implementation Act (BCIA). Thirty years later, the Copyright Office published in April 2019 an extensive study about the American protection of moral rights. The document is studied in comparison with the European Directives and in particular with the Copyright Directive definitively approved a few days before the Copyright Office document. While in the USA the limited interest in moral rights seems to be increasing, in Europe the protection of moral rights risks being waned as it is handed down to individual countries with the explicit declaration that it is not the subject matter of the Directives.

189

Keywords: Moral rights; Berne Convention; USA; EU; Canada.

1. The Berne Convention Implementation Act (BCIA) 30th relevant anniversary

In 2019 the USA celebrated the 30th anniversary of joining the Berne Convention with a renewed interest in moral rights which is worth dwelling on. The BCIA of 1988 ratified the US adhesion to the Berne Convention a century after its promulgation. This included the protection of the right to attribution and to integrity provided by article 6 bis of the Convention¹.

Although the Copyright Act of 1976² did not include an explicit recognition of moral rights, the Congress, after a specific in-depth examination, considered that the US legal system already met the standards required by the Berne Convention. This suitably ensures an appropriate level of safeguard without any need for specific integrations³.

*The US Copyright Office Report was issued in April 2019 while I was visiting at Columbia Law School hosted by Prof. Jane Ginsburg whom I deeply thank. I also express my gratitude to Dr. Loris Mirella, Director of the IP Trade Policy Division of Global Affairs Canada, for the Canadian suggestions. For a more extensive analysis of moral rights, see L. Moscatti, *Origins, Evolution and Comparison of Moral Rights between Civil and Common Law Systems*, forthcoming in *European Business Law Review*, 1 (2021).

¹ *Berne Convention Implementation Act of 1988*, 17 U.S.C. 101.

² Codified in Title 17 of the *United States Code: Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*.

³ It is interesting to note that in the latter part of the Eighties the WIPO Director-General Arpad Bogsch himself considered the level of protection of moral rights already provided by

Thirty years after the BCIA in April 2019 upon the initiative of the Congress, the Copyright Office published a Report discussing the level of protection of moral rights in the USA and examining possible proposals of amendments⁴. In fact, since 2014 the demand for a review of moral rights legislation has been growing significantly given the fact that court decisions in the application of the Supreme Court decision in *Dastar v. Twentieth Century Fox* had mitigated its scope⁵.

More precisely, the dispute concerned a television series titled “Crusade in Europe” produced on behalf of Fox, based on a 1948 book by Dwight Eisenhower. The television series aired in 1949 but Fox did not renew the copyright and the TV show entered into the public domain in 1977. In 1988, Fox reacquired the television rights from the author of the book. However, in 1995 Dastar purchased the videotapes of the show aired in 1949, copied the tapes, trimmed the footage to approximately half of the original length and sold the product with a partially modified title. Fox sued Dastar, specifically claiming the reverse passing off in violation of the Lanham Act, due to the failure of Dastar to credit the earliest creators of the original television series.

The Supreme Court stated that once a copyrighted work falls into the public domain, anyone can freely use the work, even without the attribution to the creator. According to the interpretation of the Supreme Court, the promoters of the tangible product sold in the market are to be considered as the originators, instead of the person or the entity who created the ideas contained in the 'good'.

The US legislation prior to the adhesion to the Berne Convention acknowledged the right of attribution and integrity through a patchwork of federal and State laws, such as the Lanham Act, the Copyright Act, and the laws on privacy⁶.

Since acceding the Convention, there have been some other relevant regulatory developments. I make specific reference to the promulgation in 1990 of the Visual Artists Rights Act (VARA) that protects the right of attribution and the right of integrity of visual arts' authors⁷ and to the addition in 1998 of the section 1202 (Integrity of Copyright Management Information [CMI]) to the Copyright Law as part of the Digital Millennium Copyright Act⁸. Furthermore, the acknowledgment of the Right of Publicity⁹ intended to secure a minimum

the US legal system to be adequate: D. Gervais, *Le droit moral aux États-Unis*, in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2013, 287-288.

⁴ United States Copyright Office, *Authors, Attributions, and Integrity: Examining Moral Rights in the United States. A Report of the Register of Copyrights*, April 2019.

⁵ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003) and the remarks of J. C. Ginsburg, *The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law*, in 41 *Houston L. Rev.* 263 (2004).

⁶ United States Copyright Office, *Authors, Attributions, and Integrity*, cit., 24-25.

⁷ Visual Artists Rights Act (VARA), 17 U.S.C. § 106A.

⁸ Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Pub. L. No. 105-304, 122 Stat. 2860, 2872-2874 (1998), codified as amended at 17 U.S.C. § 1202.

⁹ See J. E. Rothman, *The Right of Publicity. Privacy Reimagined for a Public World*, Cambridge-London, 2018; United States Copyright Office, *Authors, Attributions, and Integrity*, cit., 110, n. 626.

level of protection even in this field, appeared in the same period. Moreover, in 1996 the World Intellectual Property Organization (WIPO) concluded the treaty WPPT which in article 5 safeguards the “moral rights for performers”¹⁰.

Nevertheless, courts have also contributed to the safeguard of moral rights, and in particular of the right of attribution with an extensive application of the Lanham Act¹¹. However, the already mentioned Supreme Court’s decision of 2003 put a hold on this extensive interpretation highlighting the uncertainty of the authors’ position. More recent rulings show that the path of moral rights recognition in the USA is still unsure, as shown for example in relation to the open source licenses¹². In fact, the Federal Court for the Northern District of California, in so far as attribution and integrity of the work, indirectly protects the rights of the author who are thereby receiving renewed attention¹³.

The position of the WTO by promulgating TRIPs – in particular the article 9 that reflects articles 1-21 of the Berne Convention, specifying that the member states have no obligation towards the rights recognized in article 6 bis – is identified by some scholars as a loophole to avoid the application of article 6 bis. In this way, the thesis regarding the marginalization and elusion of the protection of moral rights was reinforced and also corroborated by the position of the Congress. According to the opinion of the aforementioned scholars, the Congress affirmed, in a questionable manner, that the existing US laws regarding the protection of moral rights are sufficient for the application of the protection provided by the Berne Convention. This has substantially impeded the direct application of article 6 bis, thus blocking the main protection issues foreseen in the article.

Moreover, it is considered that the right of attribution is not guaranteed in a systematic way by the American legislation, with the exception of VARA. In this way, the USA are uncompliant with the provisions described in article 6 bis of the Berne Convention, and this 'violation' remains substantially non-penalized¹⁴.

The Copyright Office, however, gives a very different perspective on the topic. In the first place, the Office shares the evaluations of the Congress on the adequacy of the protection of the moral rights assured by national regulation, as we will see in the analysis of the 2019 Report. Secondly, the Copyright Office deems the exclusion of article 6 bis to be normal, given that TRIPs concerns aspects that are mostly economical, while moral rights are not included in this field.

¹⁰ WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) (1996), art. 5.

¹¹ Lanham (Trademark) Act of 1946, codified as amended at 15 U.S.C.

¹² *Jacobsen v. Katzer*, 535 F.3d 1373 (Fed. Circ. 2008). On more recent developments, see J. C. Ginsburg, *The Most Moral of Rights: The Right to Be Recognized as the Author of One’s Work*, in 8 *J. Intern. Comm. L.* 44 (2016).

¹³ United States Copyright Office, *Study on Moral Rights of Attribution and Integrity*, in 82 *Federal Register* 7870 (2017).

¹⁴ J. C. Ginsburg, *The Most Moral of Rights*, cit., 49.

In the 30 years since the promulgation of the BCIA, significant technological innovations¹⁵ have changed the context of moral rights in the US and some new business practices have emerged, relying in part on the current legal framework. On one hand, the development of the internet for buying and licensing works of authorship has resulted in original works being more accessible, but their attribution and integrity are more easily subject to manipulation. On the other hand, digital technologies themselves have helped authors against some of these threats to their attribution and integrity interests. Following recent technological transformations, the US Congress has promoted a number of initiatives related to moral rights and has encouraged their protection¹⁶.

According to a recent study preparatory to the pamphlet we are examining¹⁷, the Copyright Office believes that the US legal patchwork could be improved in some areas while providing significant safeguards. The Congress believes that the degree of protection of moral rights should be strengthened and rationalized to avoid undermining the moral rights of authors and artists.

On the basis of the multitude of changes that have occurred in the thirty years examined, the analytical assessments of the protection level of the rights of attribution and integrity in the USA display different opinions among the interested parties. The Copyright Office believes that specific aspects of moral rights, already protected by the existing regulatory patchwork and useful for authors and performers, need additional safeguarding for individual creators. The Congress, in turn, hopes for additional steps to further improve the protection of moral rights through possible amendments on the current legislative framework.

The Copyright Office identifies three general principles that must be considered as essential: the harmonization with the First Amendment, with the *fair use* doctrine¹⁸ and with the provision of a time limit to copyright, which is requested by article 1, Section 8, of the Constitution¹⁹, on the basis of a full appreciation of the principle of public domain. Moreover, an adequate protection of attribution and integrity rights requires differentiated protection to respect the heterogeneity between creative industries and other categories, with the consequent need for different types of safeguards in the various sectors of human ingenuity.

¹⁵ See now in particular, M. K. Sinha, V. Mahalwar (Eds), *Copyright Law in the Digital World. Challenges and Opportunities*, Singapore, 2017; P. Torremans (Ed.), *Research Handbook on Copyright Law*, 2nd ed., Cheltenham-Northampton, 2017; T. Pistorius (Ed.), *Intellectual Property Perspectives on the Regulation of New Technologies*, Cheltenham, 2018; J.E. Cohen, L. Pallas Loren, R.L. Okediji, M.A. O'Rourke, *Copyright in a Global Information Economy*, 5th ed., Aspen, 2019.

¹⁶ I am referring to the presentations given at a recent conference: *Authors, Attribution, and Integrity. A Symposium on Moral Rights*, April 18, 2016, Washington (DC), published in 8 *J. Intern. Comm. L.* (2016).

¹⁷ United States Copyright Office, *Study on Moral Rights*, cit.

¹⁸ Now codified in Section 107 of Copyright Law.

¹⁹ *U.S. Constitution*, Article I Section 8, Clause 8, Patent and Copyright Clause of the Constitution: “[The Congress shall have power] To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”.

In particular, by ensuring the right to free expression, Copyright Law combined together with the First Amendment protects and promotes freedom of speech and originality of expression. In this sense, increasing the level of protection of moral rights could potentially create tensions with the right to freedom of speech.

The *fair use* doctrine aims at balancing the ability of authors to control the utilization of works under copyright with the right to freedom of speech²⁰. *Fair use* promotes the purposes of copyright law by encouraging a broad ‘marketplace of ideas’, which should stimulate authors to create new works and foster the existing ones. While *fair use* allows to criticize, to comment on and to parody an original work, the moral right of integrity protects the author against any derogatory action that could damage his honor and reputation.

The Copyright Office wonders whether a potential strengthening of the legislation on the protection of moral rights could be compatible with both the First Amendment and the *fair use* doctrine, or if it is preferable to ensure a correct balance of the current regulations.

The Berne Convention states that moral rights must be maintained at least until the expiry of the economic rights, leaving to the adherent countries open options to provide for a specific term²¹. Some countries choose to limit them up to the duration of the economic rights, while others recognize them as perpetual. In the USA the provision of a term to moral rights is due to the strong relevance of the concept of public domain, considered essential for the progress of science. In the opinion of the Copyright Office, moral rights should last for the life of the author or at least until the end of the economic ones, as in Canada and not in perpetuity according to the tradition of the civil law countries.

Within the context of this Report, the Copyright Office took into account the opinions of many writers, musicians and artists, who pointed out the importance of both moral and economic rights. The Office believes that the existing regulatory patchwork is able to adequately respond to many of the concerns expressed and that the possible adoption of a new extensive regulation on moral rights should nevertheless take into consideration the demands of authors.

Moreover, some part of the legal science assumes that the US legal framework grants an appropriate level of protection to moral rights²². Other scholars differently state that the same patchwork leaves many areas that are not sufficiently safeguarded. For all of these reasons, the Copyright Office concludes

²⁰ See *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) and the related considerations in Copyright Office, *Study on Moral Rights*, cit., p. 30-31. On the more recent directions of the *fair use* doctrine see the draft *Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed?* presented by Jane Ginsburg on the 11-5-2019 within the workshop series of Columbia Law School.

²¹ Berne Convention, art. 6 bis. 2.

²² See Computer & Communications Industry Association (CCIA), *Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office’s Jan. 23, 2017, Notice of Inquiry* at 2 (3-30-2017); National Music Publishers’ Association (NMPA), *Reply Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office’s Jan. 23, 2017, Notice of Inquiry* at 4 (5-15-2017).

that it would be desirable to follow the same path the Congress took thirty years ago, without radical changes that could be harmful to the current legislation²³.

In particular, the Office suggests only three minor modifications to the VARA, which consist in clarifying the definition of ‘work of visual art’ with regard to commercial works, in amending the ‘recognized stature’ requirement in order to guide the interpretation of the courts. It also recommends a new section 1202A of the Copyright Law that will more adequately protect authors and copyright owners against removal or alteration of the already mentioned CMI for the purpose of concealing the author attribution information. Finally, the Office urges the Congress to consider the enactment of a federal law on the Right of Publicity, to overcome the uncertainties and ambiguities caused by differences between state laws in this matter.

2. The role of Canada and the ghost of moral rights in the EU Directives

In North America, Canadian copyright must also be taken into consideration given that it is closer to the European civil law model²⁴. Canada is in fact the first country in this area to have specifically protected moral rights with the Act of 1931²⁵, that incorporates the article 6 bis of the Berne Convention²⁶. Moreover, Canadian legislation offers a higher level of protection of moral rights than the USA, as shown by a Supreme Court ruling²⁷ prior even to the adoption of the Copyright Act of 1895.

Canadian protection covers the life of the author and 50 years after his death, and the same term is applied for the economic exploitation rights, given the fact that moral and economic rights are assimilated²⁸. Furthermore, the protection of moral rights for performers has been introduced with a forefront approach. Performers are now placed on the same level as authors²⁹. This close connection

²³ J. T. Pilch, *Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office’s Jan. 23, 2017*, Notice of Inquiry at 1 (3-30-2017); International Federation of Journalists (IFJ), *Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office’s Jan. 23, 2017*, Notice of Inquiry at 6 (3-30-2017).

²⁴ See T. Scassa, *Canadian Copyright Law in Transition*: atrip.org/wp-content/uploads/2016/06/Scassa-Copyright-Law-in-Canada.pdf; M. Goudreau, *Intellectual Property Law in Canada*, 3rd ed., Alphen Aan Den Rijn, 2017; D.J. Gervais, *The Emergence and Development of Intellectual Property Law in Canada*, in *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford, 2018, 265-290. More generally see the important *Cahiers de propriété intellectuelle* for the roots and developments of Canadian copyright.

²⁵ Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1931, c. 8, s. 5; on which see U. Suthersanen, Y. Gendreau (Eds.), *A Shifting Empire. 100 Years of the Copyright Act 1911*, Cheltenham-Northampton, 2013, 239-41.

²⁶ On the historical roots of moral rights in Canada, see M. Goudreau, *Le droit moral au Canada*, in *Revue générale de droit*, 1994, 403-428; J.A. Français, *Le droit moral comparé: entre problématique classique et moderne*, in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2000, 315-352; P. E. Moysse, *Le droit moral au Canada: facteur d’idées*, in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2013, 141-172.

²⁷ See *Snow v. The Eaton Centre Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (Ont. H.C.).

²⁸ I am referring to Copyright Act, 1985, art. 14.1/14.2, which offers protection to all authors with the exception of performers. For the law in force, see Copyright Act (consolidation), R.S.C., 1985, c. C-42, updated to 22 May 2019.

²⁹ In line with the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), since 2012 also moral rights for musical performers being safeguarded: Bill C-11, art. 17.1 (3).

between moral and economic rights is highlighted by an important decision³⁰, in which the Court demonstrates the difficulty of identifying the boundary between the two components of the copyright³¹.

Today new paths are under the focus of Canadian scholars and courts, that can also be extended to the safeguard of moral rights. In this perspective, the two worlds of civil law and common law seek convergent solutions. That is to be said in particular about the treatment of orphan works and the parasitism. The first are protected by author's rights, but the authors or other entitled individuals are unknown or cannot be identified³². The so-called orphan works find specific consideration in Canada regarding the construction of the discipline, above all of the identification and attribution phases³³.

Parasitism came about in the world of trademarks and industrial patents, with attitudes that thrive on the success of the creator by copying parts of his work. The repeated accustomed extraction or reuse of parts of someone else's work has also been developed within the author's rights. This phenomenon was identified in the middle of the last century in France and Italy³⁴ and treated in depth by French legal science and case law in the 1990s³⁵. They rebuilt the context mostly in correlation to unfair competition. Recently it is limited in France to some references in casebooks³⁶, and seems to have a renewed interest in Canada³⁷.

³⁰ *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34. See D. J. Gervais, *L'affaire Théberge*, in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2002, 217-239; Id., *The Purpose of Copyright Law in Canada*, in 2 *Un. Ottawa L. & Technological J.* 315 (2005); O. Fischman Afari, *Copyright Infringement without Copying. Reflections on the Théberge Case*, in 39 *Ottawa L. Rev.* 23 (2007-2008).

³¹ On the Canadian copyright in the international context, see B.C. Doagoo, M. Goudreau, M. Saginur, T. Scassa (Eds), *Intellectual Property for the 21st Century: Interdisciplinary Approaches*, Toronto, 2014.

³² M. Bouchard, *Le régime canadien des titulaires de droits d'auteur introuvables*, in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2010, 485-511 and all the traceable material within the institutional website of the Copyright Board of Canada available in cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/index-e.html.

³³ I am referring to the workshop *The Canadian Unlocatable Copyright Owners Regime* of 18.04.2019 organized during my visit to Ottawa by Copyright Board of Canada that I thank very much.

³⁴ See respectively Y. Saint-Gal, *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires*, in *Revue internationale de la propriété industrielle et artistique*, 1956, 19-106; R. Franceschelli, *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, 265-293. The notion has been deepened and taken up by various countries: *La concurrence parasitaire en droit comparé*, Genève, 1981.

³⁵ See M. L. Finel, *Le parasitisme en droit français*, Thèse, Paris I, 1993; P. Le Torneau, *Le parasitisme : agissements parasitaires et concurrence parasitaire, protection contre les agissements et la concurrence parasitaires, sauvegarde du savoir-faire, des informations, des données et des connaissances des entreprises*, Paris, 1998; F. Jacquand, *Conditionnement de produit, concurrence déloyale et parasitisme*, Thèse, Paris II, 1999; J.-J. Frion, *L'agissement parasitaire*, Thèse, Nantes, 2001.

³⁶ See for example M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4th ed., Paris, 2019, 41-44.

³⁷ On the development of the Canadian legal science and case law regarding the important decision on parasitism of the Quebec Court of Appeal in the case of *Groupe Pages jaunes Cie c. 4143868 Canada inc.*, 2011 QCCA 960, see M. Goudreau, *Le parasitisme sanctionné en Cour d'appel*, in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2011, 1397-1405; and the results reported by the international association APRAM (*Association des Praticiens du Droit des Marques et des Modèles*): available in apram.com/reunions/Documentation-pour-la-conf%C3%A9rence-du-24-avril-2013.pdf.

At present, one of the most controversial points of the European directives lies in the lack of provisions for the harmonization of moral rights. In the past few decades, following some restrictive examples (e.g. the United States up to recent developments), the European interest in the protection of moral rights seems to vanish and their legislative destinies, according to what the 1998 Green Book provides for³⁸, are entrusted to the sole national legislations³⁹.

It is worth reminding that during the Rome Conference in 1928 the American delegates proposed that moral rights linked to the individual person were to be protected by each country and not at the international level⁴⁰. This is confirmed by the silence following the Directive on copyright of April 2019⁴¹ and by the explicit statement appearing in its official drafting papers: “Moral rights are not harmonized at the EU level”⁴².

It is difficult to come to an agreement with the thesis now put forward in the common law world, according to which the lack of interest of the European Union in moral rights is justified by the complexity of their harmonization⁴³. This point of view, in fact, does not consider that the duration and the *droit de suite* have been instead matters of the directives.

Nonetheless, there are hints of strong interest among scholars from all over the world who, 20 years on, under the aegis of ALAI (International Literary and Artistic Association), agreed to further reflect and make new proposals on the future of moral rights in the digital world⁴⁴. It must be noted that the European

³⁸ Commission of the European Communities, *Follow-up the Green Paper. Working Programme of the Commission in the Field of Copyright and Neighbouring Rights* (COM [90] 5684 final).

³⁹ See *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, art. 19. On that position see in particular L. Moscati, *Tradizione storica e nuove frontiere della proprietà intellettuale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2011, 212-216; M. Bertani, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, 256-265; M.-Ch. Janssens, *Invitation for a 'Europeanification' of moral rights*, in P. Torremans (Ed.), *Research Handbook on Copyright Law*, cit., 200-233; and now M. Mallia, *La tutela dei diritti degli autori nell'Unione europea: occasioni mancate e prospettive future*, in *Attualità del diritto d'autore. Studi in onore di Giorgio Assumma*, Roma, 2018, 414-417. Contrary L.C. Ubertazzi, *La disciplina UE dei diritti morali d'autore*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore*, 2016, 349-411, who considers the impact of EU law on national disciplines relating to moral rights to be important.

⁴⁰ S. Ricketson-J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford, 2006, II, 239.

⁴¹ See *Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market and amending directives 96/9/EC and 2001/29/EC*, data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-51-2019-INIT/it/pdf.

⁴² See *Commission Staff Working Document, Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, 1/3, 6.

⁴³ See E. Schéré, *Where is the Morality? Moral Rights in International Intellectual Property and Trade Law*, in 41 *Fordham Intern. L.J.*, 784 (2018).

⁴⁴ F. Brison, S. Dusollier, M.-C. Janssens, H. Vanhees (Eds), *Moral Rights in the 21st Century. Le Droit Moral au 21^{ème} Siècle. Los Derechos Morales en el Siglo 21. The Changing Role of the Moral Rights in an Era of Information Overload / Le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante. La evolución de los derechos morales en un contexto e sobrecarga de información*, Brussels, 2015. See also the volumes 25/1 of 2013 (*Les Cahiers de propriété intellectuelle*) and 14/4 of 2019 (*Journal of Intellectual Property Law Practice*), just appeared, almost entirely dedicated to moral rights in various countries of the world.

Copyright Code (ECC) or Wittem Project of 2010⁴⁵, which was designed to become a reference model for future legislations in Europe, gives plenty of leeway to the protection of moral rights during the author's lifetime⁴⁶. On the contrary, it provides that the right of divulgation ceases upon the death of the author⁴⁷ and that the subsequent rights of integrity and attribution granted to the heirs shall be regulated in a separate legislative text, yet to be specified⁴⁸.

It has been argued that such a draft has brought about an unprecedented recognition of moral rights in Europe and namely in the United Kingdom, always "reluctant" to accept their implementation⁴⁹. Indeed, neither the French *Code de la propriété intellectuelle*⁵⁰ nor the Italian Act of 1941 provide for any time limitation for the protection of moral rights⁵¹, as well as other civil law countries⁵². Under the Berne convention, in particular article 6 bis, protection is granted at least until the expiration of the economic rights, after which national legislations apply. As a matter of fact, it was agreed that moral rights were to be protected after the death of the author⁵³ ever since the resolutions of the Rome diplomatic conference, following the Italian delegation proposal.

The solutions proposed by the ECC rapporteurs, and the remaining part of the draft as well, rely on the willingness to harmonize the two systems⁵⁴. The inspiring model seems to be the Canadian copyright because it establishes the same term for both economic and moral rights and the French *droit d'auteur*, although with the introduction of a limited time span of protection, yet to be defined, for the heirs' rights. At any rate, it is a clear departure from the *droit d'auteur* system, that historically has always considered moral rights as perpetual and associated with the concept of *personne morale*.

Today, the directives face technological challenges from the digital world, and the international systems of protection are often unable to meet the new requirements and seek to reopen the debate on author's rights.

3. For a transcontinental right?

A specific attention is worth giving to the important Chinese Copyright Law of 2010, which is linked to the civil law system with the same emphasis on the

⁴⁵ *The Wittem Project. European Copyright Code*, April 2010 (ECC), available in www.copyrightcode.eu. For the first comments in the world of common law and civil law, see respectively J.C. Ginsburg, "European Copyright Code" – *Back to First Principles (with some additional detail)* in 58 *J. Copyright Soc'y USA* 265 (2010-2011); L. Moscati, *Tradizione storica e nuove frontiere della proprietà intellettuale*, cit., 202-205.

⁴⁶ ECC, ch. 3.

⁴⁷ ECC, art. 3.2.

⁴⁸ ECC, art. 3.2-3.4.

⁴⁹ J. C. Ginsburg, "European Copyright Code", cit., 268-269.

⁵⁰ *Code de la Propriété Intellectuelle*, art. 121.1-121.9.

⁵¹ Act of 22 April 1941, n. 633, art. 20-23.

⁵² For an overview see A. Lucas-Schloetter, *Rapport général: le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur*, in *Moral Rights in the 21st Century*, cit., 64-67.

⁵³ See *Actes de la Conférence de Rome*, cit., 349.

⁵⁴ ECC, nt. 22.

protection of the author⁵⁵. Its most relevant feature concerns the safeguard of moral rights⁵⁶, which are not studied as much as in other countries. These rights are protected on the basis of the constitutional law and are aimed at the promotion of culture and science⁵⁷. The term *authorial* is used instead of *moral*, even if in the context of the dualist theory, as in the civil tradition.

In particular, article 10 analyses all the faculties of moral rights (attribution, divulgation, integrity, alteration, repentance, etc.) in line with European countries, namely Italy and France, where moral rights are deeply protected, compared to the US common law system. It is worth reminding that the rights of authorship, attribution, integrity, are unlimited in China⁵⁸ as well as in the mentioned civil law countries and that publication rights and those relative to artistic and musical works are limited to the lifetime of the author and for five years after his death⁵⁹.

In the moment in which a specific interest in the protection of moral rights emerges in the USA, we hope that in Europe market motivations will not prevail over those of the authors, who without any adequate protection and favorable financial support are likely to put their own creativity at risk. We also hope that the voice of the legal science will be heard and its long-standing efforts to globally revise intellectual rights will be acknowledged, to enforce the principles enshrined in the Universal Declaration of Human Rights and in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Beyond the lack of interest in moral rights, it seems that the European Union is hardly keeping pace by missing those new prospects that can represent the path of the second decade of the 21st century and at the same time safeguard moral and property rights.

Laura Moscati
Dip.to di Scienze giuridiche
Sapienza Università di Roma
laura.moscati@uniroma1.it

⁵⁵ *Copyright Law of the People's Republic of China* (Promulgated by the Standing Committee of the National Congress on February 26th, 2010 and entered into force on April 1st, 2010). See in particular Y. Guo, *Modern China's Copyright Law and Practice*, Singapore, 2017; J. Wang, *Conceptualizing Copyright Exceptions in China and South Africa. A Developing View from the Developing Countries*, Hong Kong, 2018.

⁵⁶ See H. Zhonglin, *Author's Moral Rights in UK and China. Development and Protection of IPR in China* (2002), available in www.chinaiprlaw.com/english/forum/forum22.htm; Y. Wan, *Moral Rights of Authors in China*, in 58 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 455 (2010-2011); H. Hansen Kalschuer, *About "Face": Using Moral Rights to Increase Copyright Enforcement in China*, in 39 *Hastings Const. L. Quart'y* 513 (2012); J. Chen, *Étude sur les droits moraux dans la Loi chinoise sur le droit d'auteur*, in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2013, 173-185.

⁵⁷ *The Constitution Law of People's Republic of China*, art. 47: "The State encourages and assists creative endeavors conducive to the interests of the people that are made by citizens engaged in education, science, technology, literature, art, and other cultural work".

⁵⁸ *Copyright Law of the People's Republic of China*, cit., art. 20.

⁵⁹ *Ibid.*, art. 21.

Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano

di Alberto Oddenino

Abstract: Algorithmic decision making and international perspectives of valorization of human intervention – This contribution investigates the effectiveness as well as the actual and potential role of human intervention in algorithmic decision-making. Moving from an assessment of the ever-increasing power of algorithms, coped with the peculiarities of algorithmic decision making when compared to human reasoning, the analysis focuses on the right not to be subject to a purely automatic algorithmic decision. This right, formally provided in its legal dimension in art. 22 GDPR, is evaluated in terms of effectiveness as well as in its potential evolution beyond its current scope of application as a global standard for algorithmic decision making. A more explicit acknowledgement seems important as a tool to protect human autonomy in the ongoing process of establishment of an international regulatory framework for artificial intelligence.

199

Keywords: Artificial Intelligence; Automated Decisions; Human Intervention; Human Rights; Human Autonomy.

1. Introduzione: l'affermazione crescente del potere algoritmico

La rivoluzione digitale basata sulla elaborazione algoritmica dei dati incide profondamente su ogni profilo della nostra società, tanto in dimensione individuale quanto in dimensione collettiva. Si tratta, come è stato ben argomentato, di una nuova era della storia umana¹ che, se è capace di portare grandi benefici in campo non solo economico², appare al contempo suscettibile di modificare profondamente i processi decisionali, innovandone le logiche e rimodulando i rapporti di potere,

¹ Sul punto il riferimento è al concetto di 'Iperstoria' come nuova era dello sviluppo umano, che è descritta in L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, spec. 1-26 e 99-111, ove l'accento è posto sulla progressiva perdita di centralità dell'uomo nel corso delle successive rivoluzioni della storia umana: copernicana, darwiniana, freudiana e, da ultimo, ad opera di quella che l'autore definisce la 'quarta rivoluzione' basata sull'intelligenza artificiale, che fa dell'uomo un organismo informazionale. E' su queste premesse che il contributo intende innestarsi per proporre, attraverso una valorizzazione di precetti giuridici, il recupero almeno parziale di una dimensione maggiormente 'umanista'.

² Il termine 'economia globale dei dati' è divenuto di uso comune: non a caso già da tempo il *World Economic Forum* ha anche classificato i dati come fattori di produzione (*World Economic Forum, Report 2011: Personal Data, The Emergence of a New Asset Class*). In effetti, e a ben vedere, i dati, il loro flusso e la loro aggregazione sono essenziali per l'economia digitale e dell'informazione dal momento che rappresentano la principale opportunità post-industriale di crescita economica.

con un importante impatto non solo sulla privacy e sui diritti umani, ma anche, e più in generale, sul modello economico e di sviluppo umano³.

Sullo sfondo di questo tema problematico, vi è la natura stessa degli algoritmi e la questione relativa al loro potere e alla loro pretesa neutralità. Il tema, vasto e variegato, può essere affrontato da molte prospettive anche extra-giuridiche. Se è vero, tuttavia, che attraverso gli algoritmi si evidenziano connessioni e si determinano inferenze assai rilevanti per adottare decisioni suscettibili di incidere significativamente sulle sfere individuali, il tema non può non rientrare pienamente nel perimetro di azione del diritto⁴. Ciò è ancor più vero se si considera che gli algoritmi incorporano scelte non scontatamente neutrali, che segnano la fase della loro concezione e perpetuano, talora amplificandoli, i limiti cognitivi e valoriali dei dati su cui si innesta la loro operatività. Ciò rimanda al problema, delicato ed ampio, di ripensare lo stesso concetto di discriminazione all'epoca degli algoritmi⁵ e di elaborare strumenti per contrastare specificamente la discriminazione algoritmica⁶. Questo tema deve poi essere letto in connessione con il sostrato materiale di operatività degli algoritmi, ossia il fenomeno Big Data, tema a sua volta vasto e complesso su cui non indugeremo in questa sede, facendo rinvio ad ampia letteratura in materia che dà conto della dimensione e pervasività del fenomeno, nonché delle esigenze di una sua efficace regolazione giuridica⁷.

Ciò che interessa sottolineare, nell'economia del presente lavoro, è che il potere algoritmico si appalesa come potere vieppiù basato su una automaticità di decisione che, se è suscettibile di incidere fortemente sulle sfere individuali, presenta tuttavia caratteristiche di difficile contestabilità e quindi di altrettanto difficile reversibilità⁸. La sfida, che si presenta come giuridica e tecnologica

³ Su questi ultimi profili cfr. la penetrante critica di S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a human future at the new frontier of power*, New York, 2019, in cui sono evidenziate molte delle problematiche indotte da quello che è efficacemente definito come 'modello capitalistico di sorveglianza'.

⁴ In tema si veda da ultimo l'illuminante saggio di M. Durante, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Milano, 2019, ove l'analisi muove proprio dal presupposto di una crescente tendenza a delegare decisioni e compiti ad agenti artificiali.

⁵ Sul punto cfr. di recente l'ampia ricostruzione, in termini di rischi e di opportunità, condotta in J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathan, C.R. Sunstein, *Discrimination in the Age of Algorithms*, NBER Working Paper n. 25548, February 2019.

⁶ In tema cfr. di recente P. Hacker, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law*, in 55 *CMLR* 1143 (2018).

⁷ In questo senso cfr. già A. Mantelero, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 135 ss. Per una prospettiva internazionalistica in relazione alla tutela dei diritti cfr. l'ampio studio di G. Della Morte, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani*, Napoli, 2018. In tema si veda altresì in generale C. Focarelli, *La Privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015 e più specificamente il recente contributo di Fernanda Faini in questa rivista (F. Faini, *Big data, algoritmi e diritto*, in *DPCE online*, 2019, 1869 ss.). In tema di Big Data cfr. altresì V. Zeno Zencovich, *Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution"*, Napoli, 2017 e sia consentito altresì rinviare alla *Special Issue: Data Flow, Big Data and International Economic Law* (a cura di A. Oddenino) in *Diritto del Commercio internazionale*, 2017, 775-879, che compendia quattro contributi dedicati a vari profili di rilevanza del fenomeno *Big Data* nella prospettiva del diritto internazionale economico, specificamente focalizzati sull'impatto sistemico, sul tema del flusso transfrontaliero, sul problema della proprietà e sull'impatto in materia di diritto della concorrenza.

⁸ Sul punto cfr. M. Durante, *Potere Computazionale*, cit., p. 231 ss.

insieme, è pertanto quella di predisporre, in chiave preventiva o rimediale, meccanismi idonei a bilanciare il portato automatico del potere algoritmico con le istanze di tutela dell'umano. Per questo il contributo suggerisce di concentrarsi sul diritto all'intervento umano, e sulla sua attuale normativizzazione, con lo scopo di indagare le prospettive di riequilibrio del potere algoritmico proprio attraverso una valorizzazione dell'intervento umano che vada al di là dello spazio normativo che è ad oggi ad esso riconosciuto .

Muovendo da una preliminare considerazione delle peculiarità dei processi decisionali algoritmici rispetto al ragionamento umano, l'analisi si concentra sul diritto a non essere sottoposti a decisioni algoritmiche totalmente automatizzate. Tale diritto è vagliato nell'effettività della sua portata, attualmente formalizzata all'art 22 GDPR, ma anche nella sua possibile proiezione come standard, non solo europeo ma globale, in materia di decisioni algoritmiche. Per questo viene approfondita, nella parte conclusiva, la possibilità che il diritto all'intervento umano sia declinato in modo più ampio come volano a tutela del principio di autonomia umana, anche nel più ampio quadro degli attuali tentativi di regolazione internazionale dell'intelligenza artificiale.

2. La peculiarità dei processi decisionali algoritmici rispetto al ragionamento umano

La definizione di algoritmo in termini di *'qualunque schema o procedimento matematico di calcolo; più precisamente, un procedimento di calcolo esplicito e descrivibile con un numero finito di regole che conduce al risultato dopo un numero finito di operazioni, cioè di applicazioni delle regole'*⁹ è certamente suscettibile di abbracciare il fenomeno in tutta la sua ampiezza e nella moltitudine delle sue manifestazioni¹⁰, che comprendono svariate, e più o meno sofisticate, forme di intelligenza artificiale¹¹.

Con particolare riferimento ai processi decisionali automatizzati, rilevano i cd. algoritmi predittivi, basati su funzioni di 'apprendimento automatico' (*machine learning*): con tale termine si intende ogni strumento che sia in grado di impiegare dati esistenti per trarne non solo conoscenza attuale ma anche modelli e capacità di previsione¹². L'elemento qualificante dell'algoritmo basato sul *machine learning*

⁹ La definizione tratta dal vocabolario Treccani (www.treccani.it/vocabolario/algoritmo/) sembra sottolineare, e non appare un caso per quanto si analizzerà criticamente di seguito, la definitezza e quindi conoscibilità dei vari passaggi computazionali.

¹⁰ A proposito della varietà e vaghezza definitoria, cfr. R.K. Hill, *What an algorithm is*, in 29 *Philosophy & Technology*, 35, 36 (2015).

Sulla pretesa neutralità e sulla correlata distinzione fra *«managed, policy-directed algorithms»* e *«policy-neutral algorithms»*, con i secondi che offrirebbero risultati non manipolati né orientati a valori predeterminati, cfr. O. Tene, J. Polonetsky, *Taming The Golem: Challenges of Ethical Algorithmic Decision-Making*, in 19 *North Carolina Journal of Law & Technology*, 125, 132 (2018).

¹¹ Anche il termine 'intelligenza artificiale' può avere varie definizioni e declinazioni. In questa sede ci si può per semplicità riferire alla «science of making machines do things that would require intelligence if done by persons» (cfr. S. Chopra, L.F. White, *A Legal Theory of Autonomous Artificial Agents*, University of Michigan Press, 2011, 5).

¹² Cfr. M. Van Otterlo, *A machine learning view on profiling*, in M. Hildebrandt, K. de Vries (eds.) *Privacy, Due Process and the Computational Turn-Philosophers of Law Meet Philosophers of Technology*, Abingdon, 2013, 41 ss.

è pertanto l'attitudine ad elaborare modelli predittivi a partire da dati storici, impiegando al contempo il modello in chiave decisionale rispetto a dati nuovamente acquisiti¹³.

Ai fini della presente indagine occorre considerare i processi decisionali algoritmici come volti, in particolare anche se non esclusivamente, alla c.d. «profilazione»¹⁴: tale attività, nata con finalità commerciali di personalizzazione delle pubblicità o dei risultati di ricerca in relazione ai prodotti disponibili in Rete, ha ampiamente travalicato detti confini, proiettandosi in sfere che coinvolgono diritti individuali ben più fondamentali nonché valori pubblicistici¹⁵. È evidente come la profilazione sia resa sempre più capillare in ragione dell'aumento esponenziale del volume dei dati personali raccolti, conservati e trasferiti attraverso servizi e applicazioni *online*, e come essa si faccia forza di una strutturale asimmetria informativa e della capacità di aggregare dati personali e dati non personali per potenziare la propria capacità predittiva¹⁶.

Su questi presupposti, è chiaro che il successo e la crescente diffusione dei processi decisionali automatizzati basati su algoritmi è certo dovuto alla loro tendenziale maggiore efficienza rispetto alle capacità analitiche umane: gli algoritmi predittivi sono infatti in grado di analizzare quantità elevatissime di dati, anche fra loro eterogenei sotto il profilo qualitativo, individuandone preziose correlazioni che sfuggirebbero alla mente umana. Siamo, come già anticipato, nella dimensione dei cd. *Big Data*, che determinano un salto che è al contempo quantitativo e qualitativo poiché la crescita esponenziale di informazioni conduce a inferenze che nessuna valutazione umana sarebbe in grado di comprendere¹⁷. Ciò evidenzia quella che è definibile come una “ontologica differenza” fra l'attività decisionale degli algoritmi e la decisione umana¹⁸, un profilo che come si vedrà è qualificante ai fini della presente indagine: i rapporti, le correlazioni, le inferenze e i *pattern* comportamentali, utilizzati dall'algoritmo con finalità predittive e

¹³ Cfr. I. Zliobaite, *Measuring discrimination in algorithmic decision making*, in 31 *Data Mining and Knowledge Discovery*, 1060, 1067 (2017).

¹⁴ Occorre peraltro precisare che, come non ogni processo decisionale algoritmico necessariamente comporta profilazione, così non ogni attività di profilazione comporta un processo decisionale algoritmico né è pertanto soggetto alle norme che a tale processo si applicano.

¹⁵ Cfr. in questo senso B. van der Sloot, *Decisional privacy 2.0: the procedural requirements implicit in Article 8 ECHR and its potential impact on profiling*, in 7 *International Data Privacy Law*, 190, 200 (2017).

¹⁶ In questo senso, come è stato correttamente notato, può venire meno anche una precisa distinzione fra dati personali e non personali e possono risultare inefficaci le tutele approntate in relazione ai dati personali, quali in particolare il principio del consenso al trattamento o la limitazione di scopo nel trattamento stesso. In tema cfr. F. Faini, *Big data, algoritmi e diritto*, cit., 1877, e G. Ruotolo, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 97 ss. spec. 108.

¹⁷ Cfr. B.D. Mittelstadt, P. Allo, M. Taddeo, S. Wachter, L. Floridi, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, in 3 *Big Data & Society*, 3 (2016), ove si osserva: «Analytics demonstrates how algorithms can challenge human decision-making and comprehension even for tasks previously performed by humans».

¹⁸ In linea con questa ricostruzione, non deve sorprendere l'inquietante assimilazione che si ritrova in F. Pasquale, *The Black Box Society: The Hidden Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015, 187, secondi cui «the perfect search engine would be like the mind of God».

decisionali¹⁹, segnano un incremento verticale dell'elemento quantitativo che implica, in tema di probabilità, un salto qualitativo sostanziale rispetto alla previsione umana²⁰.

Non deve a questo punto sorprendere la crescente diffusione e ubiquità dei processi decisionali algoritmici: lo sviluppo dell'intelligenza artificiale ha seguito in questo senso un percorso, quello che la proietta in una dimensione cibernetica immateriale e capillarmente diffusa, che è almeno in parte diverso da quella in passato ipotizzato²¹. Ciò, se da un lato ne ha resi meno visibili lo sviluppo e la diffusione, ne ha per converso ampliato in modo considerevole l'impatto, nella misura in cui gli algoritmi sono divenuti una mediazione sostanzialmente necessaria di ogni attività umana, non solo informativo-cognitiva, ma anche di interazione con l'ambiente circostante²².

Per questo la diffusione dei processi decisionali algoritmici ha destato crescente attenzione nei tempi recenti²³, e non solo in ambito strettamente giuridico²⁴: la proliferazione delle decisioni algoritmiche e l'inarrestabile allargamento del loro campo di azione hanno infatti accresciuto anche le preoccupazioni circa le possibili ricadute che sembrano potere derivare dallo sviluppo di modelli basati su una sempre più intensa e pervasiva *governance* algoritmica²⁵.

¹⁹ In sintesi, tale processo viene così descritto in D. K. Citron, F. Pasquale, *The scored society: Due process for automated predictions*, in 89 *Washington Law Review*, 1, 3 (2014): «predictive algorithms mine personal information to make guesses about individuals' likely actions and risks. A person's on- and offline activities are turned into scores that rate them above or below others. Private and public entities rely on predictive algorithmic assessments to make important decisions about individuals».

²⁰ In questo senso cfr. K. Brennan-Marquez, "Plausible Cause": *Explanatory Standards in the Age of Powerful Machines*, 70 *Vanderbilt Law Review*, 1249, 1258 (2017), ove si osserva che «probability is about predictive likelihood. Past observations can be extrapolated to new data (...) machine learning has intensified the process. Today, prediction is more powerful—and possible in more domains—than ever before».

²¹ In questo senso valgono le illuminanti osservazioni in B. Bodo, N. Helberger, K. Irion, F. Zuiderveen Borgesius, J. Moller, B. van Es, C. de Vreese (eds.), *Tackling the Algorithmic Control Crisis - The Technical, Legal, and Ethical Challenges of Research into Algorithmic Agents*, in 19 *Yale Journal of Law and Technology*, 133, 171 (2018), ove si osserva in modo assai pertinente che le attuali forme di intelligenza artificiale «are not the huge, shiny, metal robots, or standalone machines with superhuman strength who have the potential to cause physical harm to humans in various local contexts» e che gli agenti algoritmici operano in modo immateriale ed interconnesso e «rather than being engaged in local, one-on-one interactions with individuals, they operate on planetary scale, simultaneously affecting the lives of billions».

²² Cfr. B.D. Mittelstadt, P. Allo, M. Taddeo, S. Wachter, L. Floridi *The ethics of algorithms*, cit., 1; M. Durante, *Potere computazionale*, cit., 17 ss.

²³ Peraltro sul punto cfr. già J.R. Beniger, *The Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, Cambridge, 1989, e P. Schwartz, *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, in 43 *Hastings Law Journal*, 1321 (1992).

²⁴ *Ex multis* cfr. M. Ziewitz, *Governing algorithms: Myth, mess, and methods*, in 41 *Science, Technology, & Human Values*, 1 (2015); T. Gillespie, *The politics of 'platforms'*, in 12 *New Media & Society*, 347 (2010); T. Zarsky, *The trouble with algorithmic decisions: An analytic road map to examine efficiency and fairness in automated and opaque decision making*, in 41 *Science, Technology, & Human Values*, 118 (2015); K. Crawford, J. Schultz, *Big data and due process: Toward a framework to redress predictive privacy harms*, in 55 *Boston College Law Review*, 93 (2014).

²⁵ Le problematiche connesse a quella che viene talvolta definita come vera e propria 'algcrazia' (così J. Danaher, *The threat of algocracy: Reality, resistance and accommodation*, in 29

L'idea che ha preso corpo è che l'utilizzo di algoritmi non possa limitarsi a garantire una maggiore efficienza del processo decisionale ma, piuttosto, che sia al tempo stesso necessario garantire che l'esito del processo decisionale sia corretto, legittimo ed effettivamente accurato²⁶. Questo anche e soprattutto sotto il profilo del rispetto della dimensione individuale e dei diritti dei soggetti che sono formali destinatari o che comunque si trovano a subire gli effetti di tali decisioni²⁷.

Sebbene sia pertanto generalmente riconosciuta la necessità di una sorta di 'accountability by design'²⁸ nella programmazione e messa in opera degli algoritmi predittivi, tale risultato non è facilmente ottenibile nella pratica, per via della menzionata "differenza ontologica" fra ragionamento umano e processo decisionale algoritmico, che, come si è visto, ha come essenza caratterizzante proprio l'attitudine a trascendere la comprensione umana²⁹.

204

È specificamente da questo punto di vista che rivelano notevoli limiti i tentativi di regolare il potere algoritmico facendo ricorso ad un dovere di trasparenza o al concetto di spiegabilità. Si tratta di due prospettive, cui in questa sede si può solo fare cenno, che operando per così dire dall'interno della logica algoritmica scontano proprio il limite della differenza ontologica di cui abbiamo riferito.

La trasparenza algoritmica appare per questo in certa misura come una soluzione ingenua³⁰, che solleva problemi già su un piano intuitivo, ossia quello della piena accessibilità dei codici algoritmici. Questo ancor più in ragione del fatto che spesso detti codici sono oggetto di una qualche forma di privativa intellettuale, e ciò di per sé implica un ulteriore limite strutturale all'obbligo di svelarne pienamente il contenuto³¹.

Philosophy and Technology, 245 (2016)) rappresentano peraltro un fenomeno che deve necessariamente essere studiato e affrontato in prospettiva multidisciplinare, in cui i profili giuridici si colleghino non solo con quelli tecnologici ed economici ma anche etici e filosofici.

²⁶ L'efficienza degli algoritmi non può evidentemente essere disgiunta da una più ampia prospettiva di trasparenza e correttezza. Così B. Goodman, S. Flaxman, *EU regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, in 38 *AI Magazine*, 7 (2017).

²⁷ In tal senso cfr. J. Danaher, M.J. Hogan et al., *Algorithmic governance: Developing a research agenda through the power of collective intelligence*, in 1 *Big Data & Society*, 1, 2 (2017) e T. Zarsky, *The trouble with algorithmic decisions* cit., 119.

²⁸ Cfr. J.A. Kroll, J. Huey, S. Barocas, E.W. Felten, J.R. Reidenberg, D.G. Robinson, H. Yu, *Accountable Algorithms*, in 165 *University of Pennsylvania Law Review*, 633, 639 (2017).

²⁹ Cfr. A.D. Selbst, J. Powles, *Meaningful information and the right to explanation*, in 7 *International Data Privacy Law*, 233 (2017).

³⁰ Così J.A. Kroll, J. Huey, S. Barocas, E.W. Felten, J.R. Reidenberg, D.G. Robinson, H. Yu, *Accountable Algorithms*, cit., 657 ove si legge: «to demand transparency of the source code as well as inputs and outputs for the relevant decisions (...) is a naive solution to the problem of verifying procedural regularity».

³¹ Sul punto cfr. Bodo, N. Helberger, K. Irion, F. Zuiderveen Borgesius, J. Moller, B. van Es, C. de Vreese (eds.), *Tackling the Algorithmic Control Crisis*, cit., 142. Cfr. altresì G. Noto La Diega, *Against the Dehumanisation of Decision-Making: Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection and Freedom of Information*, in 9 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 3 (2018), in cui è ben sottolineato il ruolo necessariamente concorrente dei tre plessi normativi (proprietà intellettuale, protezione dei dati e libertà di informazione) nel dare forma, e porre limiti, al fenomeno delle decisioni algoritmiche.

A ben vedere poi, e anche a prescindere da questi profili, la ragione principale e per così dire strutturale per cui tale soluzione non sembra adeguata risiede nelle modalità di funzionamento degli algoritmi predittivi, basati su logiche di autoapprendimento che prevedono la modifica della propria struttura dopo ogni decisione o analisi di dati³². Ciò rende arduo non solo per i soggetti che subiscono gli effetti delle decisioni algoritmiche, ma anche per gli stessi soggetti che tali algoritmi hanno originariamente creato, affidarsi ad un efficace funzionamento del principio di trasparenza.

Limiti non dissimili si ritrovano in relazione alla possibilità di un controllo a posteriori del contenuto delle decisioni algoritmiche dalla prospettiva della 'spiegabilità' o 'comprensibilità', rimedio che, pur volto a superare le aporie dell'opzione appena esposta relativa alla trasparenza, risulta in certa misura in continuità con essa e ad essa complementare. La comprensibilità si propone infatti di reindirizzare l'attenzione dalle modalità mediante cui si svolge il processo decisionale algoritmico verso gli esiti di quest'ultimo³³, che rappresentano del resto il profilo autenticamente problematico delle decisioni automatizzate in relazione ai diritti individuali³⁴.

Peraltro lo stesso diritto ad una spiegazione presenta rilevanti limiti che, in essenza, risiedono nelle variabili nascoste che possono minare la dimostrazione di accuratezza che sia raggiunta, anche in sede probatoria, allorché l'algoritmo sia testato attraverso scenari controfattuali volti a corroborarne, in modo comprensibile, l'affidabilità³⁵.

Questo quadro dà ben conto di come la stessa nozione di discriminazione algoritmica sfugga ai classici strumenti del diritto antidiscriminatorio. Per questo, come è stato ben argomentato, tali strumenti sono spesso almeno in parte inefficaci e richiedono di essere integrati con tutti gli strumenti del plesso normativo dedicato alla *data protection*.³⁶

In un simile quadro, caratterizzato da quella che si è definita 'ontologica differenza' fra intelligenza umana ed intelligenza artificiale, appare insomma necessario introdurre un ribaltamento di prospettiva e con esso un volano di

³² Cfr J.A. Kroll, J. Huey, S. Barocas, E.W. Felten, J.R. Reidenberg, D.G. Robinson, H. Yu, *Accountable Algorithms*, cit., 659 ove si sottolinea che i sistemi più avanzati di *machine learning* «can update their model for predictions after each decision, incorporating each new observation as part of their training data».

³³ Si può considerare la trasparenza come una caratteristica a priori mentre la comprensibilità è elemento valutato a posteriori, sulla base di un momento applicativo. In proposito, per una prospettiva maggiormente focalizzata sul risultato ma anche, al contempo, sulla fase di immissione dei dati posti alla base della decisione, cfr. A. Chander, *The Racist Algorithm?*, in 115 *Michigan Law Review*, 1023, 1039 (2017), ove si osserva che «instead of transparency in the design of the algorithm, what we need is a transparency of inputs and outputs».

³⁴ Come si osserva in G. Malgieri, G. Comandé, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in 7 *International Data Privacy Law*, 243, 244 (2017): «the problem of these algorithms is the lack of 'readability' and 'legibility' from individuals directly concerned by them».

³⁵ Sul tema cfr. L. Edwards, M. Veale, *Slave to the algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for*, in 16 *Duke Law & Technology Review*, 18 (2017).

³⁶ In tema cfr. P. Hacker, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence*, cit., in particolare 24 ss.

riequilibrio che si ponga al di fuori della logica dell'algoritmo: tale prospettiva, cui ora ci si deve dedicare, si lega alla valorizzazione dell'intervento umano.

3. Il diritto all'intervento umano con particolare riferimento all'art 22 GDPR

Come è noto l'Unione europea, con l'adozione del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali³⁷ (GDPR), ha inteso consolidare, sostituendo la precedente Direttiva 95/46³⁸ e in forza di uno strumento normativo con vocazione alla uniforme applicazione, la coerenza normativa in materia di protezione dei dati personali tra gli Stati membri. La tutela dei cittadini europei nei confronti dei soggetti che raccolgono e utilizzano dati personali è assicurata nel Regolamento indentificando un *numerus clausus* di basi di legittimazione del trattamento dei dati personali, e conseguentemente ponendo limiti stringenti ed uniformi al trattamento³⁹.

Per quanto l'individuazione di tali limiti sia sicuramente significativa, devono rilevarsi questioni più sottili e di non evidente soluzione, con particolare riferimento alle problematiche sottese al concetto di profilazione, di cui già si diceva nel precedente paragrafo e che trova definizione all'articolo 4, n. 4) del GDPR⁴⁰.

È in questo quadro che assume particolare rilevanza l'articolo 22 del GDPR, rubricato *Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*⁴¹. Da una lettura sistematica dell'articolo si può dedurre come il

³⁷ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, in GU L 119/1. Sul Regolamento cfr. in generale, F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; Id., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016; P. Voigt, A. von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Berlin, 2017 e L. Feiler, N. Forgó, M. Weigl, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Woking, 2018; G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (a cura di) *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Milano, 2018.

³⁸ 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, in GU L 281/31.

³⁹ In tema cfr. G. Finocchiaro, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in G. Finocchiaro (a cura di) *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 2018 n. 101*, Bologna, 2019, 1 ss.

Per un'analisi dei contenuti del Regolamento nella prospettiva del rapporto fra decisioni algoritmiche, diritti e principio di uguaglianza cfr. il recente e ampio studio di G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 199 ss.

⁴⁰ Essa è ivi definita quale 'trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica'. In tema cfr. M. Hildebrandt, S. Gutwirth (eds), *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives*, Berlin, 2008.

⁴¹ L'art. 22 GDPR prevede al comma 1 che l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente

principio di cui al comma 1, ossia il diritto a non essere sottoposti a una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato, sia posto come principio e sia pertanto concepito come dotato di valore generale, mentre il comma 2 ne rappresenti una eccezione, basata su tre circostanze tipiche. Il comma 3 a sua volta introduce delle garanzie nel caso ci si trovi in due delle tre circostanze tipizzate al comma 2. In particolare risulta qualificante la possibilità, per un soggetto su cui abbia inciso significativamente una decisione adottata in deroga al comma 1, di instaurare un contraddittorio che prevede il recupero dell'intervento umano già garantito, a livello di principio, proprio dal comma 1. Infine il comma 4 esclude, come base per le decisioni eccezionalmente previste al comma 2, l'utilizzo di categorie particolari di dati personali (e segnatamente quelli di cui all'art. 9 GDPR, ossia dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona). Ciò a meno che non sia applicabile l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), che si riferisce ad un consenso esplicito dell'interessato o alla necessità di trattamento per motivi di interesse pubblico, e sempre che siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.

La lettura dell'articolo rivela pertanto una sistematica complessa di regole ed eccezioni, dalla quale emerge un principio generale, enunciato al comma 1, temperato da svariate deroghe che appaiono interagire fra loro e di cui sarà cruciale, chiarire, anche e soprattutto in chiave giurisprudenziale, i reciproci rapporti⁴².

In relazione al principio generale emergono, da un punto di vista ermeneutico, almeno tre rilevanti questioni⁴³. In primo luogo, vi è la portata del riferimento alla 'incidenza significativa sulla sfera individuale', in relazione al quale

sulla sua persona. Il comma 2 dispone che il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato. Il comma 3 ulteriormente precisa che nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione. Il comma 4 infine dispone che le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.

⁴² In tema cfr. E. Gil Gonzalez, P. de Hert, *Understanding the legal provision that allow processing and profiling of personal data – an analysis of GDPR provisions and principles*, in *Era Forum* February 2019, 597 ss.

⁴³ In tema cfr. L.A. Bygrave, *Minding the Machine v2.0: The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision Making*, in K. Yeung, M. Lodge (a cura di) *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 248 ss.; E. Pehrsson, *The Meaning of the GDPR Article 22*, EU Law Working Papers, n. 31/2018, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum.

assumono rilievo in Consideranda⁴⁴ 70 e 71 del GDPR⁴⁵. Al riguardo, l'*Article 29 Data Protection Working Party* (WP29)⁴⁶ ha avuto modo di chiarire che, affinché la previsione sia applicabile, è necessaria, ma al contempo sufficiente, una qualche forma di interferenza, ossia l'utilizzo di dati personali al fine di valutare o predire qualcosa riguardo al comportamento di un individuo⁴⁷. Dunque ricadono sotto la disposizione certamente le conseguenze che incidano sui diritti di un soggetto (quali, ad esempio, libertà di associazione, diritto di voto, diritto a una tutela giurisdizionale effettiva) o siano relative al suo *status*, ma anche decisioni che senza incidere direttamente sui diritti, siano idonee ad incidere sul comportamento e sulle scelte di un individuo, avendo un impatto duraturo o permanente e potendo potenzialmente dare luogo a una qualche forma di esclusione o di discriminazione⁴⁸.

In secondo luogo, si pone la questione del significato da attribuire al riferimento ad una decisione che dovrebbe essere "basata *unicamente* sul trattamento automatizzato". Secondo alcuni commentatori tale previsione implicherebbe che la presenza di un qualsivoglia intervento umano, anche su un piano meramente formale, osterebbe all'applicazione della garanzia di cui all'articolo 22⁴⁹. Anche un'analisi delle diverse versioni della stessa previsione succedutesi nei vari passaggi della procedura legislativa sembrerebbero avvalorare

⁴⁴ Al riguardo, giova ricordare quanto affermato da parte della Corte di Giustizia dell'UE quanto al fatto che il considerando di un regolamento, pur non essendo giuridicamente vincolante, «può [...] consentire di chiarire l'interpretazione di una *regula juris*» (sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa C-215/88, *Casa Fleischhandel / BALM*, punto 31).

⁴⁵ Al primo si può leggere che qualora i dati personali siano trattati per finalità di *marketing* diretto, l'interessato dovrebbe avere il diritto, in qualsiasi momento e gratuitamente, di opporsi a tale trattamento, sia con riguardo a quello iniziale o ulteriore, compresa la profilazione, e che tale diritto dovrebbe essere esplicitamente portato all'attenzione dell'interessato e presentato chiaramente e separatamente da qualsiasi altra informazione. Al secondo si afferma che l'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a un processo decisionale automatizzato nei casi – evidentemente, meramente esemplificativi – relativi a domande di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani.

⁴⁶ Si tratta del gruppo di lavoro per la tutela delle persone con riguardo alla tutela dei dati personali, istituito sulla base della direttiva 1995/46/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. È un organo consultivo composto da un rappresentante della o delle autorità di controllo designate da ciascuno Stato membro e da un rappresentante della o delle autorità create per le istituzioni e gli organismi comunitari, nonché da un rappresentante della Commissione europea che ha il compito, tra l'altro, di esaminare questioni attinenti all'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali e di consigliare la Commissione in materia.

⁴⁷ Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 17/EN WP251rev.01, 6 febbraio 2018, p. 7.

⁴⁸ Cfr. Article 29 Data Protection Working Party *Guidelines* cit., p. 21-22, ove si considerano tali anche le decisioni relative alla sfera economica di un soggetto, ad esempio per quanto attiene all'accesso al credito, all'accesso ai servizi educativi o sanitari e alle opportunità di lavoro.

⁴⁹ S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in 7 *International Data Privacy Law*, 76 (2017).

una simile idea⁵⁰. Tuttavia, le indicazioni fornite dal WP29 sono idonee, se non a contestare interamente tale linea argomentativa, quanto meno a stemperarla in un'ottica di maggiore garanzia sostanziale. A ben vedere, infatti, il riferimento è proprio volto ad evitare una artificiosa e non sostanziale costruzione dell'intervento umano con finalità elusive della norma⁵¹. In relazione ad entrambe le questioni, il rischio di una interpretazione restrittiva della disposizione è evidente perché porterebbe a neutralizzare il rimedio in discussione, la cui applicazione sarebbe esclusa in tutte quelle fattispecie in cui le decisioni automatizzate siano adottate con riguardo a circostanze che non raggiungano la soglia degli effetti giuridici e in quelli in cui si rilevi un passaggio, anche solo meramente formale, attraverso l'attività umana⁵².

Una terza e assai rilevante questione riguarda, infine, il modo in cui andrebbe interpretata la previsione dell'articolo 22, paragrafo 1, in relazione alla alternativa fra una sua ricostruzione come riconoscimento in capo del titolare dei dati personali di un diritto a contestare una decisione risultante dal processo decisionale automatizzato o invece come generale divieto di adottare una tale decisione. La formulazione, sul punto, non è inequivoca e vi sono invero opinioni divergenti circa il contenuto⁵³, la portata e la reale efficacia del rimedio in discussione⁵⁴. Certamente, le conseguenze di una interpretazione rispetto all'altra non sono di poco rilievo anche in chiave applicativa. Un divieto sarebbe tale da imporre un onere in capo ai soggetti che svolgono l'attività di profilazione, o che si avvalgono ad altro titolo di decisioni algoritmiche automatizzate, di contemplare

⁵⁰ E. Pehrsson, *The Meaning of the GDPR Article 22*, cit., p. 9-10.

⁵¹ Cfr. Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines* cit., p. 21, ove si legge: «The controller cannot avoid the Article 22 provisions by fabricating human involvement. For example, if someone routinely applies automatically generated profiles to individuals without any actual influence on the result, this would still be a decision based solely on automated processing. To qualify as human involvement, the controller must ensure that any oversight of the decision is meaningful, rather than just a token gesture. It should be carried out by someone who has the authority and competence to change the decision. As part of the analysis, they should consider all the relevant data».

⁵² Cfr. M Hildebrandt, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in J. Bus et al. (eds.) *Digital Enlightenment Yearbook 2012*, IOS Press, 2012, 41, spec. 51.

⁵³ Ad esempio, «it is not clear whether data controllers are prevented from performing these kinds of processing or if there is an active option for data subject to 'block' these processing» (cfr. G. Malgieri, G. Comandé, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists* cit. 247).

⁵⁴ Nel senso di un divieto generale pare orientata la prevalente dottrina di lingua tedesca, e in particolare S. Simitis, *Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, Baden Baden, 2014; H.A. Wolff, S. Brink, *Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht*, München, 2017; B.P. Paal, D.A. Pauly, *Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz*, München, 2018). Nello stesso senso anche I. Mendoza, L.A. Bygrave, *The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, in T. Synodinou, P. Jougoux, C. Markou, T. Prastitou (eds.), *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Berlin, 2017, 77 ss.

Fra le ricostruzioni in termini di diritto cfr. I.S. Döhmman, O. Tambou, P. Bernal, M. Hu, C.A. Molinaro, E. Negre, I.W. Sarlet, L. Schertel Mendes, N. Witzleb, F. Yger, *The Regulation of Commercial Profiling – A Comparative Analysis*, in 2 *European Data Protection Law Review*, 535, (2016); B. Berendt, S. Preibusch, *Toward Accountable Discrimination-Aware Data Mining: The Importance of Keeping the Human in the Loop-and Under the Looking Glass*, in 5 *Big Data*, 135 (2017); A. Vedder, L. Naudts, *Accountability for the use of algorithms in a big data environment*, in 31 *International Review of Law, Computers & Technology*, 206 (2017).

ex ante, e in certa misura *by design* un intervento umano significativo. Tale vincolo sarebbe superabile solamente nel caso in cui, come si è visto, si facessero valere le eccezioni di cui al paragrafo 2, ma comunque con le salvaguardie e le precisazioni di cui ai commi 3 e 4.

D'altro canto, ove si ricostruisse la previsione come orientata a riconoscere al singolo il diritto di contestare le decisioni automatizzate, esse potrebbero essere adottate senza previ limiti o condizionamenti ma occorrerebbe prevedere meccanismi adeguati per rispondere alle contestazioni dei soggetti interessati. La portata effettiva della disposizione sarebbe, in certo senso, subordinata alla proposizione di un ricorso, ma certo la costruzione di un diritto soggettivo avrebbe un valore, anche simbolico, non trascurabile e si collegherebbe armonicamente con il diritto di prendere parte al procedimento decisionale e di influenzarne i risultati di cui si dispone al comma 3⁵⁵.

Sul punto soccorre, ancora una volta, il WP29, che ha avuto modo di chiarire la propria posizione come favorevole alla ricostruzione di un generale divieto, affermando che «a general prohibition on this type of processing exists to reflect the potential risks to individuals' rights and freedoms»⁵⁶ e che «this prohibition applies whether or not the data subject takes an action regarding the processing of their personal data»⁵⁷.

A ben vedere, peraltro, si può ben sostenere che le due ricostruzioni non si escludano vicendevolmente, ma piuttosto possano mutualmente rinforzarsi. Si tratta di una lettura che darebbe conto efficacemente sia della logica intrinseca dell'art. 22, con particolare riferimento al rapporto fra il comma 1 e i commi 2 e 3, e segnatamente il diritto ivi contemplato di ottenere anche *ex post* l'intervento umano da parte del soggetto su cui la decisione incida significativamente, senza rinunciare alla portata tendenzialmente generale, e per questo applicabile a priori, del divieto di sottoporre l'individuo a decisioni totalmente automatizzate.

Questa lettura, che qui si propone, appare un tassello qualificante ai fini della piena valorizzazione della disposizione e sul punto è auspicabile che gli interventi giurisprudenziali a venire possano interpretare in questo senso, valorizzandolo pienamente, un dettato normativo non inequivoco.

⁵⁵ Cfr. M. Hildebrandt, K. De Vries *Privacy, Due Process and the Computational Turn: The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology*, Abingdon, 2013.

⁵⁶ Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 17/EN WP251rev.01, 6 febbraio 2018, p. 9. Sotto questo punto di vista, può notarsi la conformità tra la nozione di *profiling* rilevante ai fini del diritto dell'Unione e quella fatta propria dal Consiglio d'Europa (cfr. la *Recommendation CM/Rec(2010)13 of the Committee of Ministers to member states on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling*, 3 novembre 2010, p. 6, ove si legge: «Profiling means an automatic data processing technique that consists of applying a “profile” to an individual, particularly in order to take decisions concerning her or him or for analysing or predicting her or his personal preferences, behaviours and attitudes»).

⁵⁷ *Ibidem*, p. 19.

4. L'intervento umano come possibile *gold standard* internazionale e la sua valorizzazione a tutela dell'autonomia umana nel quadro di regolazione internazionale dell'intelligenza artificiale.

Dall'analisi svolta sull'articolo 22 GDPR si evince che la logica di valorizzazione dell'intervento umano è quella di concretizzare sistematicamente l'interazione sostanziale con un interlocutore umano vuoi nel momento della adozione di una decisione automatizzata vuoi nel momento in cui si agisce per ottenere la modifica di una decisione automatizzata già assunta. L'alveo in cui tale principio è normativizzato è quello specifico della disciplina relativa alla *Data Protection* e il principio stesso presenta rilevanti collegamenti sia con la sistematica generale del GDPR, improntata al principio di *accountability*,⁵⁸ sia con specifiche disposizioni del medesimo che ne costituiscono in certo senso il presupposto, quali in particolare gli artt. 13 e 14 relativi alle informazioni da fornire all'interessato⁵⁹.

È peraltro indubbio che, pur muovendo da una ermeneutica testuale dell'art. 22 GDPR, si perviene facilmente ad avvalorare, su un piano più generale e anche al di fuori della logica intrinseca allo strumento, una concezione teorica che vorrebbe il processo decisionale algoritmico finalizzato a supportare il ragionamento umano⁶⁰ e non già a sostituirlo⁶¹. In questo senso, e a ben vedere, l'intervento umano appare necessario da una duplice prospettiva, che è ancor prima tecnica che giuridica.

Sotto il primo profilo, infatti, tale intervento si collega a talune caratteristiche del processo decisionale algoritmico, il quale, in particolare in relazione alla c.d. randomizzazione predittiva che caratterizza le forme più avanzate di *machine learning*⁶², richiede sistematici aggiustamenti in relazione al caso applicativo concreto.

⁵⁸ Il nesso con la nozione di *accountability* di cui all'art. 5 del GDPR e con la responsabilità del *data controller* è ben evidenziato in B. Berendt, S. Preibusch, *Toward Accountable Discrimination-Aware Data Mining: The Importance of Keeping the Human in the Loop* cit. in particolare ai parr. 4.3 e 5.1.

⁵⁹ Sul collegamento con il tema della comunicazione delle 'informazioni significative sulla logica utilizzata' in un processo decisionale automatizzato, e in generale sulla sistematica delle due disposizioni, cfr. M. Durante, *Commento all'art. 13 GDPR. Informazioni da fornire qualora i dati personali siano raccolti presso l'interessato* e *Commento all'art. 14 GDPR. Informazioni da fornire qualora i dati personali non siano stati ottenuti presso l'interessato* in A. Barba, S. Pagliantini (a cura di), *Commentario del Codice Civile Utet. Modulo delle Persone*, Vol. II, Utet Giuridica, Torino, 2019, pp. 218-234, e 235-245.

⁶⁰ Come si osserva opportunamente in K. Brennan Marquez, "Plausible Cause", cit., 1254, una volta precisata la necessità che il risultato di un processo decisionale algoritmico sia analizzato sotto il profilo della comprensibilità e non solo sotto quello della probabilità dei risultati forniti, «[i]t means, rather, that their role is to aid human reasoning, not to supplant it».

⁶¹ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, P. Domingos, *The Master Algorithm: How the Quest for Ultimate Machine Learning will Remake Our World*, New York, 2015.

⁶² In effetti, l'intervento umano appare necessario anche perché «[m]any machine learning systems use randomization as part of their normal operation. It turns out that guessing randomly and adjusting the probability of each class of output often leads to much better performance than trying to determine the absolute best decision at any point» (cfr. J.A. Kroll, J. Huey, S. Barocas, E.W. Felten, J.R. Reidenberg, D.G. Robinson, H. Yu, *Accountable Algorithms*, cit., 655).

Sotto il secondo profilo, non sfugge poi come sul piano giuridico il diritto all'intervento umano riporti alla intrinseca e sostanziale differenza fra l'attività di scrittura del codice di un algoritmo e l'elaborazione di norme giuridiche⁶³, in particolare per il diverso grado di rigidità delle due tipologie di regole, tanto nella fase di formulazione quanto, e specialmente, nella fase applicativa⁶⁴.

Queste indicazioni impongono di riconsiderare il tema delle decisioni algoritmiche, e della loro ontologica differenza rispetto al ragionamento umano, in una più ampia cornice che consideri la tutela dei diritti fondamentali e con essa il tema stesso, fondamentale, della tutela dell'umano.

Sono infatti evidenti i pregiudizi che la soggezione a decisioni automatizzate sono suscettibili di comportare per alcuni diritti fondamentali degli individui⁶⁵, e in particolare per lo stesso diritto alla dignità e all'autodeterminazione della persona umana⁶⁶. Questo, giova sottolineare, anche a prescindere da ogni valutazione rispetto alla correttezza o accuratezza degli esiti della decisione, nonché dalla prova di un preteso effetto discriminatorio, che come si è visto può essere difficile da dimostrare con i tradizionali strumenti propri della tutela antidiscriminatoria.

È infatti lo stesso meccanismo di profilazione a fini decisionali a presentare criticità rispetto alla piena conformità con tale novero di diritti fondamentali⁶⁷. Come noto, infatti, la profilazione ha assunto una dimensione collettiva in forza della quale gli individui vengono classificati e valutati non tanto in base alle proprie azioni, quanto piuttosto in base a quelle che gli algoritmi ipotizzano potrebbero essere le loro azioni future⁶⁸; e soprattutto, tali ipotesi circa le possibili condotte future non sono elaborate sulla base di dati direttamente ed esclusivamente riferibili ai soggetti destinatari della decisione, quanto piuttosto

⁶³ Questo dualismo è ben sottolineato, come nascente da una tensione fra predittività e prescrittività, in G. Della Morte, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani*, cit. in particolare p. 275 ss.

⁶⁴ Sotto tale profilo, si osserva che «[s]oftware code is, ultimately, a rigid and exact description of itself: the code both describes and causes the computer's behavior when it runs. In contrast, public policies and laws are characteristically imprecise, often deliberately so. Thus, even when a well-designed piece of software does assure certain properties, there will always remain some room to debate whether those assurances match the requirements of public policy» (cfr. J.A. Kroll, J. Huey, S. Barocas, E.W. Felten, J.R. Reidenberg, D.G. Robinson, H. Yu, *Accountable Algorithms*, cit. 646).

⁶⁵ Cfr. Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to automatic processing of personal data, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of big data*, 2017, spec. p. 3

⁶⁶ Cfr. L. Moerel, *Big Data Protection. How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof*, Tilburg, 2014, spec. 11; cfr. più in generale anche V. Zeno Zencovich, *Il concetto di "autonomia privata" ai tempi dei "Big Data"*, in P. Passaglia, D. Poletti (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, Pisa, 2017, p. 31.

⁶⁷ Il nesso è ben evidenziato in M. Leta Jones, *The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood*, in 47 *Social Studies of Science*, 216, 220 (2017), ove si osserva che «automated data processing systems have been associated with the abuse and indignity of individuals and groups throughout the twentieth century».

⁶⁸ Gli individui, in altri termini, «are no longer judged on the basis of [their] actions, but on the basis of what all the data about [them] indicate [their] probable actions may be» (cfr. il Report dell'Autorità della Privacy Norvegese, *Big data – privacy principles under pressure*, 2013, p. 7).

sulla base di dati e informazioni che riguardano un numero indeterminato di altri soggetti che lo stesso algoritmo, autonomamente, ritiene per qualche ragione assimilabili al destinatario.

Questo schema di elaborazione di *pattern* comportamentali, operante anche a fini di processi decisionali automatizzati, rimanda seriamente non solo al tema della tutela della *privacy* in dimensione collettiva⁶⁹, ma anche a quello, essenziale, della dignità umana come elemento fondativo dello stesso concetto di *privacy*⁷⁰. Come è noto, una lettura piena e sostanziale di tale concetto si pone in relazione diretta con la prospettiva dello sviluppo umano: proteggere la vita privata e familiare significa in questo senso tutelare dalla sindrome di un moderno *panopticon* quello che è stato efficacemente definito un santuario in cui si conservano gli arcani dell'uomo⁷¹, nell'intento di evitare all'uomo stesso una 'nudità' assoluta che risulterebbe disumanizzante.

È proprio in quest'ultima prospettiva di tutela che la nostra considerazione del rapporto fra decisioni automatizzate e intervento umano si apparenta con il concetto di dignità, in ragione della considerazione dell'umano come per sua natura irriducibile a un numero chiuso e determinato di attività computazionali su un numero a sua volta definito di dati⁷².

Questa prospettiva, definibile come 'incomputabilità' dell'umano, è stata sviluppata, in una prospettiva più generale, in relazione alla funzione della *privacy* ma appare altresì particolarmente calzante in relazione al tema dell'intervento umano come argine alla generalizzazione di decisioni automatizzate⁷³. Essa consente una più fondamentale comprensione di cosa dovrebbe significare mantenere l'uomo parte sostanziale della decisione, o, come è stato efficacemente espresso, "*keeping the human in the loop*"⁷⁴. La presenza dell'umano diviene, in questa prospettiva, momento qualificante di validazione della decisione algoritmica⁷⁵, assolvendo al contempo l'essenziale funzione di garantire sempre un nesso di attribuzione, che è presupposto per poter coltivare, anche nel contesto della società algoritmica, una autentica prospettiva di responsabilità⁷⁶. Si tratta di un punto

⁶⁹ In argomento cfr. L. Kammourieh, T. Baar, J. Berens, E. Letouzé, J. Manske, J. Palmer, D. Sangokoya, P. Vinck, *Group privacy in the age of big data*, in L. Taylor, L. Floridi, B. van der Sloot (eds.), *Group Privacy: new challenges of data technologies*, Dordrecht, 2017, spec. p. 38).

⁷⁰ Sul punto cfr. L. Floridi, *On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy*, in 29 *Philosophy and Technology*, 307 (2016).

⁷¹ Il riferimento va a S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a human future at the new frontier of power*, cit. in particolare 475 ss.

⁷² Si è visto nei paragrafi precedenti come questo elemento di determinatezza dei passaggi di calcolo sia coesistente alla logica algoritmica, e come esso costituisca in certo modo il fulcro della stessa definizione di algoritmo.

⁷³ Sul punto cfr. M. Hildebrandt, *Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning*, in 19 *Theoretical Inquiries of Law*, 83 (2019).

⁷⁴ Il riferimento va ancora a M. Leta Jones, *The right to a human in the loop*, cit.

⁷⁵ In questa stessa prospettiva vi è chi sviluppa, intorno alla garanzia dell'intervento umano, sia esso preventivo o successivo, ma sempre necessariamente basato sulla disponibilità di informazioni significative sul processo decisionale automatizzato, un vero e proprio principio di contestabilità *by design*. Sul punto cfr. M. Almada, *Human Intervention in Automated Decision-Making: Toward the Construction of Contestable Systems*, International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL) Papers, June 2019, 2 ss.

⁷⁶ Il requisito della attribuzione è per questo valorizzato al punto da essere proposto, a

essenziale in cui la reviviscenza dell'umano nel processo decisionale algoritmico assolve alla necessità di individuare un fulcro certo di responsabilità che è, in certo modo, legato alla stessa nozione di fallibilità umana, la cui reintroduzione può, solo in modo apparentemente paradossale, servire proprio la tutela dell'umano. Come si è visto, infatti, non sempre il legame con l'umano può essere tenuto vivo con riferimento alla concezione o al funzionamento automatico dell'algoritmo, specie se ci riferiamo ad algoritmi che hanno la caratteristica dell'autoapprendimento di cui si è analizzata la diversità 'ontologica'.

Su questo punto si evidenzia quindi il rischio di una lacuna di attribuzione, e conseguente responsabilità, che è potenzialmente assai grave e che potrebbe essere arginata mediante il recupero di un intervento umano sostanziale. Non è facile, certamente, immaginare che l'intervento umano possa sovvertire le risultanze di una elaborazione algoritmica, sostituendosi totalmente ad essa. Tuttavia, un ruolo di validazione che implichi una assunzione di responsabilità, potenzialmente aggiuntiva a quella già contemplata sul piano dell'impianto di *data protection*, potrebbe essere una significativa novità, configurabile come requisito da realizzarsi anche nella forma di un 'intervento umano *by design*': un meccanismo che condurrebbe a una piena valorizzazione, come divieto generale, proprio del principio di cui all'art. 22 GDPR, che esclude, salve specifiche eccezioni che potrebbero essere mantenute a questo punto senza rischio di abuso, la sottoposizione a decisioni che discendano da processi totalmente automatizzati.

In una simile prospettiva, il principio di cui all'art. 22 GDPR, quale aggancio normativo concreto, potrebbe superare il proprio campo di applicazione naturale, per assurgere ad autentico *gold standard* a vocazione globale. Se infatti è vero che il GDPR è uno strumento che esprime la duplice volontà della UE di garantire alti standard di *data protection* ai propri cittadini, servendo al contempo l'obiettivo di rafforzare la fiducia nella circolazione dei dati, che è coesistente allo sviluppo del mercato unico digitale, si deve riconoscere che, proprio per questa sua seconda anima, esso rivela una notevole *vis expansiva* e una attitudine a proiettarsi ben al di là della dimensione territoriale della UE⁷⁷. Come noto, infatti l'art. 3 GDPR detta una precisa vocazione alla applicazione extraterritoriale⁷⁸ e vi sono chiari indizi della crescente tendenza a trattare i contenuti del GDPR come standard generale e globale in materia di tutela dei dati personali⁷⁹. Da questo punto di vista, i contenuti del GDPR, e in particolare il riferimento in esso contenuto all'intervento umano, incarnano indubbiamente una specificità europea caratterizzata da una sensibilità di protezione particolarmente elevata, che si accredita come modello

complemento delle tre leggi di Balkin, come quarta legge della Robotica in F. Pasquale, *Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility and Explainability in an Algorithmic Society*, University of Maryland Francis King Carey School of Law, Legal Studies Research Paper n. 2017-21.

⁷⁷ Sul punto e sulle specificità dell'approccio della UE alla società algoritmica cfr. U. Pagallo, *Algo-Rhythms and the Beat of the Legal Drum*, in 31 *Philosophy and Technology*, 507 (2018).

⁷⁸ Sul punto cfr. fra i molti R. Vatanparast, *Designed to serve mankind. The politics of General Data Protection Regulation*, in *Völkerrechtsblog*, 27 May 2019.

⁷⁹ In questo senso cfr. anche G. Buttarelli, *The EU GDPR as a clarion call for a new global digital gold standard*, in 6 *International Data Privacy Law*, 78 (2016).

avanzato in tema di *data protection*, per questo destinato a fungere da modello anche per le normative extraeuropee⁸⁰.

L'allargamento di prospettiva che si è proposto conduce, a questo punto, a collegare l'analisi ad un più ampio contesto di riferimento, ossia il quadro dei tentativi di regolazione, mediante strumenti internazionali che assumono perlopiù la forma di *soft law*, della intelligenza artificiale.

Si tratta di un processo che muove dal riconoscimento di quanto i processi decisionali algoritmici, e particolarmente quelli basati sul *machine learning*, richiedano lo sviluppo di un approccio e di standard internazionali, per assicurare la promozione e la protezione dei diritti umani di fronte di uno sviluppo digitale sempre più suscettibile di impattare con incisività sulle sfere individuali⁸¹.

In tema, si deve innanzitutto riscontrare l'interazione fra tre plessi di regole di natura diversa, e in particolare tecniche, etiche e giuridiche. È infatti la risultante di queste tre forze a determinare la complessa *governance* della intelligenza artificiale⁸². In proposito, è assai attuale il dibattito relativo al bilanciamento reciproco fra i menzionati plessi di regole, e segnatamente a quanto peso specifico dovrebbero avere le regole giuridiche in un contesto pervaso dalla forza per così dire intrinseca degli standard tecnologici e, al contempo, tradizionalmente improntato a valorizzare prevalentemente i precetti di *digital ethics*⁸³.

Assai vario è il panorama degli strumenti volti a fissare internazionalmente principi per l'intelligenza artificiale e di esso non si può dare conto compiutamente, stante la complessità che lo caratterizza⁸⁴. Ciò che rileva in questa sede è riscontrare come negli strumenti citati perlopiù manchi un riferimento esplicito all'intervento umano. Essi sono per certo orientati a riconoscere un ruolo dell'intelligenza artificiale che sia servente rispetto all'umano, e in questo senso

⁸⁰ Sulla diversa sensibilità che, sul punto dell'intervento umano, sussiste fra le due sponde dell'Atlantico cfr. M. Leta Jones, *The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood*, cit. in particolare 219, anche per l'esplicito collegamento fra intervento umano e tutela della dignità come specificità europea.

⁸¹ Cfr. in questo senso la *Declaration on Ethics and Data Protection in Artificial Intelligence*, della International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, 2018, spec. 3.

⁸² Il punto è assai ben evidenziato in L. Floridi, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, in 31 *Philosophy and Technology*, 4 (2018) ove si indaga precisamente l'interazione fra *Digital Ethics*, *Digital Governance* e *Digital Regulation* rispetto all'obiettivo di dare forma attuale e futura all'intelligenza artificiale.

⁸³ Sul punto, emerge come significativa proprio la prospettiva di arricchire il modello di etica digitale attraverso un sistema di regolazione digitale che sia via via reso più incisivo (G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, cit. in particolare 220).

⁸⁴ Per un interessante tentativo di analisi comparativa delle diverse iniziative in corso, cfr. L. Floridi, *A Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, in 1 *Harvard Data Science Law Review*, 1 (2019), in cui si analizza la declinazione dei 5 principi di *Beneficence*, *Nonmaleficence*, *Autonomy*, *Justice* e *Explicability* all'interno di alcuni rilevanti strumenti di codificazione dei principi. Fra questi si devono innanzitutto menzionare gli *Ethical Principles* contenuti dello *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*, pubblicato dallo *European Commission's European Group on Ethics in Science and New Technologies*, Marzo 2018, e si possono altresì ricordare gli *Asilomar AI Principles*, sviluppati sotto l'egida del *Future of Life Institute*, in occasione della Conferenza di Asilomar del gennaio 2017 e la *Montreal Declaration for Responsible AI*, sviluppata sotto l'egida dell'Università di Montreal a seguito del *Forum on the Socially Responsible Development of AI* del Novembre 2017.

depongono i frequenti riferimenti ad una intelligenza artificiale *'human centered'* che si possono ritrovare ad esempio nella recente Raccomandazione del Consiglio dell'OECD sull'intelligenza artificiale⁸⁵, o nelle *Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI* elaborate da Gruppo di esperti della Commissione europea sull'intelligenza artificiale⁸⁶.

Si deve d'altronde rimarcare l'assenza di un riferimento esplicito e diretto all'intervento umano e occorre ricollegare questo concetto all'area di operatività del principio di autonomia, che è frequentemente posto come uno dei principi cardine per governare l'intelligenza artificiale⁸⁷. Tale principio si regge sull'importante presupposto che la decisione di delegare all'intelligenza artificiale non possa non essere, sempre, revocabile e reversibile, e pertanto non sia adottabile una volta per tutte. Questa caratura del principio è essenziale per la tutela dell'umano nel senso anche etimologico del termine 'autonomia', che rimanda alla attitudine di un soggetto a darsi regole proprie, e con ciò all'implicita costante possibilità di modificare le stesse.

Se, come è vieppiù riconosciuto, gran parte del dibattito sull'intelligenza artificiale dei prossimi anni insisterà sul delicato bilanciamento fra attività delegate ad agenti autonomi e attività conservate in capo all'uomo, si rivela appieno la assoluta centralità di questo concetto.

È proprio in questo perimetro di azione del concetto di autonomia che si ritrova l'esigenza di uno strumento atto rinforzare il portato sostanziale della stessa, al fine di conservare all'uomo la decisione sul se e quando delegare all'algoritmo. Ed è in questa prospettiva che l'intervento umano può entrare in gioco come elemento, non solo etico ma giuridico, che risulta al contempo concreto e qualificante.

Come si è visto, la previsione giuridica dell'intervento umano attualmente formalizzata all'art. 22 GDPR appare dotata di un potenziale espansivo che potrebbe anche travalicare l'ambito strettamente legato alla *data protection*, nel quale peraltro è già stato chiarito che il riferimento all'umano non possa essere superficiale, solo formale o cosmetico ma richieda invece una giuridicizzazione in senso sostanziale.

In questo quadro, si ritiene che la codificazione, e il successivo pieno riconoscimento giurisprudenziale, dell'intervento umano nel GDPR potrebbe precisamente fungere da base per un più pieno riconoscimento del principio dell'intervento umano anche nel quadro dei nascenti principi regolatori dell'intelligenza artificiale, ove anche i principi dell'etica dell'intelligenza artificiale potrebbero prendere più esplicita posizione nel senso di favorire forme sempre più sostanziali di 'intervento umano *by design*'.

⁸⁵ OECD, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449, 2019, punto 1.2

⁸⁶ Cfr. in particolare il riferimento al Principio di Autonomia di cui a p. 9 del *Draft* pubblicato il 18 Dicembre 2018 e rubricato: *The Principle of Autonomy: Preserve Human Agency*.

⁸⁷ Sull'importanza del tema nella prospettiva delle decisioni algoritmiche cfr. M.S. Gal, *Algorithmic Challenges to Autonomous Choice*, in *25 Michigan Telecommunication and Technology Law Review*, 60 (2018).

Una tale impostazione sembrerebbe coerente con l'idea, già introdotta nei paragrafi precedenti, di un superamento della alternativa, in materia di decisioni completamente automatizzate, fra divieto generale operante *ex ante* e diritto soggettivo azionabile *ex post*. In un simile ribaltamento di prospettiva, basato sulla logica *by design*, si suffragherebbe la complementarietà delle due prospettive e la necessità di una concezione degli algoritmi, e delle correlate forme di intelligenza artificiale, tale da escludere strutturalmente l'assenza di un significativo coinvolgimento dell'umano come interfaccia necessaria proprio per la tutela dell'umano⁸⁸.

Questa caratura di quello che si è definito 'intervento umano *by design*' avrebbe per molti versi la capacità di riequilibrare il rapporto fra sfera umana e tecnologica, e darebbe corpo ben più sostanziale allo stesso principio di autonomia, attualmente declinato in una dimensione assai 'morbida', nonché a quello, parimenti essenziale, di attribuzione, che è imprescindibile in una logica generale di responsabilità che, anche su un piano astratto, pare sempre necessario contraltare di ogni esercizio del potere, sia esso anche declinato nella sua dimensione algoritmica.

Ciò proietterebbe altresì al di fuori della dimensione europea l'intervento umano come standard globale, esportando e generalizzando una sensibilità 'umanista' europea che da qualche tempo cerca di affermarsi, anche in chiave di riequilibrio geopolitico⁸⁹. Essa pare meritevole, ben al di là di considerazioni di sola opportunità politica, di assurgere essa stessa a *gold standard*, come in certa misura sta avvenendo in generale per il plesso normativo a tutela della *data protection* basato sul GDPR.

In definitiva, un riconoscimento più esplicito della ineludibile necessità di una cooperazione uomo-macchina, della natura necessariamente servente dell'intelligenza artificiale rispetto all'umano e, in ultimo, della dimensione della dignità umana come irriducibile a elementi puramente computazionali.

Alberto Oddenino
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Torino,
alberto.oddenino@unito.it

⁸⁸ Come si osserva assai pertinentemente in L. Floridi *On Human Dignity* cit. 310, l'essenza dell'umano, nel quadro della cd. Quarta rivoluzione dell'Infosfera, risiede specificamente nella sua natura aperta e interrelazionale.

⁸⁹ In tema cfr. la significativa recente pubblicazione del Libro Bianco della Commissione europea (Commissione europea, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Documento COM(2020) 65 final del 19.2.2020) in cui, in particolare nella parte 5 (pp. 10-12) si evidenzia, ancorché larvatamente, un legame fra il concetto di fiducia, l'edificazione di un quadro normativo per l'intelligenza artificiale e il margine riservato all'intervento umano.

Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà contrattuale e diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

di Sabrina Praduroux

Abstract: Looking for the Fair Balance between Freedom of Contract and Fundamental Rights in the case law of the European Court of Human Rights – It is now widely accepted that the European Convention on Fundamental Rights and Freedoms enjoys an *indirect horizontal effect*, although the European Court of Human Rights has not yet clearly defined the extent to which the Contracting States have to secure respect for Convention rights in the private law sphere. This article focuses on the Court's case law touching upon contract law and offers a critical analysis of the puzzling relation between contract and fundamental rights within the framework of ECHR law.

219

Keywords: Contract law; ECHR; Fundamental rights; Horizontal effect; Proportionality.

1. Introduzione

La libertà contrattuale, principio cardine del diritto privato moderno, ha oggi assunto una dimensione costituzionale nella giurisprudenza delle corti nazionali di molti Paesi europei, sebbene non sia espressamente garantita dai testi costituzionali¹.

Così, ad esempio, secondo la Corte costituzionale tedesca il diritto al libero sviluppo della propria personalità consacrato dall'art. 2 (1) della Legge fondamentale², tutela anche la libertà contrattuale³.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, in linea con l'opinione espressa dalla Corte costituzionale⁴, la dottrina prevalente esclude che "si possa giungere a ricostruire la garanzia costituzionale della libertà contrattuale" sulla base dell'art.

¹ Fa eccezione solo la Costituzione della Repubblica di Cipro, il cui art. 26 (1) dispone che: "Ogni persona ha il diritto di stipulare liberamente un contratto, nel rispetto delle condizioni, limitazioni o restrizioni disposte dai principi generali della legge sui contratti. La legge provvede a prevenire gli abusi da parte dei soggetti in posizione economica dominante".

² Ai sensi della disposizione in questione: "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".

³ BVerfG 19.10.1993, BVerfGE 89, 214. Sulla tutela costituzionale della libertà contrattuale nel diritto tedesco, v. A. Flessner, *Freedom of contract and constitutional law in Germany*, in A. Mordechai Rabello, P. Sarcevic (Eds), *Freedom of contract and constitutional law: proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/Unesco): held in Jerusalem, September 1994*, Jerusalem, 1998, 87.

⁴ Corte Cost., sent. n. 16 del 28 marzo 1968. in *Foro it.*, 1968, 859.

2 Cost., sicché “alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sull’iniziativa economica privata e la proprietà privata”⁵.

Secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente, infatti, l’autonomia contrattuale è tutelata – a livello costituzionale – in via meramente indiretta per il tramite di “quelle norme della Carta fondamentale, che, come gli artt. 41 e 42 – riguardanti rispettivamente l’iniziativa economica e il diritto di proprietà – si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia”⁶. Più precisamente, secondo una consolidata giurisprudenza, il principio dell’autonomia contrattuale discende dall’art. 41(1) Cost. e costituisce uno *strumento della libertà di iniziativa economica*⁷.

A fronte di tale affermazione si può obiettare che, come osservato da autorevole dottrina, “l’autonomia negoziale non si identifica e non si esaurisce con gli atti e i contratti di impresa”⁸, e, pertanto, l’individuazione del fondamento della garanzia costituzionale dell’autonomia contrattuale negli artt. 41 e 42 Cost. è parziale⁹. Seguendo questo ragionamento, la questione che si pone all’interprete è, dunque, quella di individuare non già il fondamento costituzionale dell’autonomia contrattuale, bensì i fondamenti costituzionali dell’autonomia negoziale.

Oltralpe, il *Conseil constitutionnel* francese ha dapprima negato valore costituzionale al principio della libertà contrattuale¹⁰, escludendo così la possibilità di invocarla quale parametro di legittimità nel giudizio di revisione costituzionale delle leggi. Pertanto, la costituzionalità di una norma che interferiva con la libertà contrattuale poteva essere messa in discussione solo qualora violasse un diritto garantito dalla Costituzione¹¹.

⁵ P. Rescigno, *Premessa*, in E. Gabrielli (a cura di) *I contratti in generale*, 2 ed., Torino, 2006, XLVII ss. Secondo L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 2, “le ragioni storico-ideologiche che spiegano la mancata costituzionalizzazione della libertà di contratto «come tale» si collegano alla tradizionale scarsa propensione del legislatore italiano a contenere, in linea di principio, l’intervento pubblico nell’economia nell’ambito delle funzioni di controllo e di regolazione del mercato”.

⁶ Corte Cost., sent. n. 37 del 16 marzo 1969, *Considerato in diritto*, punto 7, *Giur. cost.*, 1969, 935.

⁷ Corte Cost., sent. n. 60 del 22 maggio 1968, in *Giur. cost.* 1968, 929; sent. n. 241 del 3-15 maggio 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 1487; sent. n. 70 del 6-17 marzo 2000, in *Giur. cost.*, 2000, 795; sent. n. 264 del 23 giugno 2005, in *Foro It.*, 2006, 2666.

⁸ V. Rizzo, *Contratto e costituzione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, 349, 356.

⁹ V. anche A. Liserre, *Costituzione e autonomia contrattuale*, *Jus*, 2008, 86-87, secondo cui la ricostruzione del rapporto tra Costituzione e autonomia privata come operata dalla Corte costituzionale è contraria “al criterio interpretativo di massima efficacia dei diritti costituzionali perché, concepita su quell’unico fondamento, riesce, per un verso difficile conferire protezione giuridica agli atti negoziali che siano espressione di una libertà diversa da quella d’iniziativa economica e, d’altro canto, valutare atti negoziali che, sebbene a carattere patrimoniale, non siano propriamente ordinati in funzione d’iniziativa economica evocata dall’art. 41 Cost., cioè di una iniziativa economica implicante la destinazione di beni capitali ad un processo produttivo esercitato in forma d’impresa”.

¹⁰ Cons. const., dec. n. 94-348 DC del 3 agosto 1994, in *Rec. Cons. const.* 1994, 117. Al considerando 9, il *Conseil* afferma che: “nessuna norma di valore costituzionale garantisce il principio di libertà contrattuale”.

¹¹ Cons. const., dec. n. 97-388 DC del 20 marzo 1997, n. 97-388 DC, in *Rec. Cons. const.* 1997, 3. V., in particolare, il considerando 48, in cui il *Conseil* ribadisce che la libertà contrattuale non ha di per sé valore costituzionale e che non è possibile erigere l’ “autonomia della volontà”

Successivamente il *Conseil constitutionnel* ha costruito la tutela costituzionale della libertà contrattuale sulla base dell'art. 4 della Dichiarazione del 1789, che sancisce in termini generali il diritto di libertà. A quest'ultimo è stata assegnata dapprima la funzione di limite al potere del legislatore di interferire nell'economia di contratti legalmente conclusi¹², e poi di fondamento costituzionale dell'autonomia delle parti¹³.

Analogamente, il Tribunale costituzionale polacco ha rinvenuto nell'art. 31 (1) e (2) Cost., che tutela la libertà individuale¹⁴, il fondamento della garanzia costituzionale della libertà contrattuale, rigettando espressamente l'argomento secondo cui essa ricadrebbe, invece, nell'ambito di applicazione dell'art. 22 Cost., che protegge la libertà d'impresa. Quest'ultimo articolo si applica, a parere del Tribunale, solamente ai contratti tra professionisti, mentre la protezione costituzionale della libertà contrattuale ha vocazione ad applicarsi a tutti i tipi di contratti¹⁵.

Passando dal piano del diritto nazionale a quello sovranazionale, occorre anzitutto osservare che il testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) non contiene alcuna disposizione che tuteli direttamente la libertà contrattuale; nondimeno, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) incide sul diritto contrattuale.

Le disposizioni normative di diritto interno che impongono dei vincoli alla libertà contrattuale sono soggette al sindacato della Corte EDU, ogniqualvolta detti vincoli interferiscano con l'esercizio di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione. In questi casi, la CEDU si presta a essere uno strumento di tutela indiretta della libertà contrattuale.

La tutela della libertà contrattuale nella giurisprudenza della Corte EDU trova tuttavia un limite negli obblighi positivi dello Stato, che è tenuto garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU anche nei rapporti tra privati.

Sono infatti soggette - seppur in via indiretta - al sindacato della Corte EDU le clausole contrattuali che hanno per effetto di impedire o restringere il godimento di un diritto fondamentale. In questi casi, la libertà contrattuale trova nella CEDU, non già una tutela, bensì un limite.

a principio costituzionale, né sulla base dell'art. 4 della Dichiarazione del 1789, né sulla base di altre norme di valore costituzionale.

¹² Cons. const., dec. n. 98-401 DC del 10 giugno 1998, in *RFDC*, 1998, 640. Al considerando 29, il Conseil afferma che l'intervento del legislatore nell'economia degli accordi e dei contratti legalmente conclusi non può essere tale da violare in modo manifesto le libertà di cui all'art 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

¹³ Cons. const., dec. n. 2000-437 DC del 19 dicembre 2000, in *RFDC*, 2001, 129.

Per un'analisi sistematica delle decisioni del *Conseil constitutionnel* in tema di libertà contrattuale, si rinvia a C. Lajoie, *De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2002, 117; P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, 2008; J. Ghestin, *La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2013, 1614; L. Maurin, *Contrat et droit fondamentaux*, Paris, 2013, 108 ss.

¹⁴ L'articolo si legge come segue: "1. La libertà è giuridicamente protetta. 2. Tutti sono obbligati a rispettare la libertà e i diritti altrui. Nessuno può essere obbligato a compiere atti che non sono imposti dalla legge".

¹⁵ Trib. Cost. 27 novembre 2011, K 47/04, OTK-A ZU, no. 10/2006, 153, 16.

Il presente scritto prende in esame i casi in cui il contenzioso portato davanti alla Corte EDU è fondato su vicende contrattuali, e offre una ricostruzione critica del complesso rapporto tra diritti fondamentali e contratto nel quadro del diritto CEDU¹⁶.

2. La tutela indiretta della libertà contrattuale nella giurisprudenza della Corte EDU

La libertà contrattuale, come sopra accennato, non compare tra le libertà fondamentali tutelate dalla CEDU, tuttavia, il diritto nazionale che incide negativamente sull'autonomia negoziale dei privati, può, entro certi limiti, essere oggetto del controllo di convenzionalità esercitato dalla Corte EDU.

Considerata la concezione economica del contratto diffusa nella cultura giuridica europea¹⁷, l'articolo della CEDU che meglio si presta a fornire una base per la revisione di misure che disciplinano i rapporti contrattuali tra privati è l'articolo 1 del Protocollo no. 1 (art. P1-1), che tutela il diritto di ogni individuo al rispetto dei propri beni. Come noto, nell'interpretare questo articolo la Corte EDU ha sviluppato un significato autonomo del concetto di 'bene', incentrato sull'esistenza di un diritto o un interesse avente valore patrimoniale¹⁸, inclusi quelli di natura contrattuale¹⁹.

¹⁶ Tra le opere che trattano dell'influenza dei diritti fondamentali sul diritto dei contratti, si citano: Olha O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, München, 2007; C. Mak, *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn, 2008; G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé (a cura di), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union: Volume 2, Comparative analyses of selected case patterns*, New York, 2010, 33 ss.; A. Gentili, "Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 183.

¹⁷ J.-M. Poughon, *Une constante doctrinale: l'approche économique du contrat*, in *Droits*, 1990, 12, 47, a margine di uno studio che illustra l'imprescindibile dimensione economica del contratto in prospettiva storica definisce il contratto come il "filtro giuridico degli scambi di valori economici".

¹⁸ La Corte EDU è solita ricorrere all'enunciato secondo cui: «la nozione di "bene" evocata al primo comma dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 ha una portata autonoma, che non si limita alla proprietà dei beni materiali e che è indipendente rispetto alle qualifiche formali del diritto interno: alcuni altri diritti e interessi che costituiscono degli attivi possono anche passare per "diritti patrimoniali" e dunque per "beni" ai fini di tale disposizione. In ciascuna causa, è importante esaminare se le circostanze, globalmente considerate, abbiano reso il ricorrente titolare di un interesse sostanziale tutelato dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 (...)». Cfr. Corte EDU 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia*, par. 171, traduzione a cura del Ministero della Giustizia, sul sito www.echr-coe.int

In toni critici, A. Gambaro, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in F. Caggia, G. Resta (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, 61, osserva che leggendo la giurisprudenza della Corte EDU, risulta che il diritto tutelato ex art. P1-1 "è costituito da una amalgama indistinta tratta dai concetti di bene, possesso, aspettativa".

¹⁹ A parere di D. De Béchillon, *Le principe de la liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in R. Abraham, P. Bon, J.-C. Bonichot, P. Cassia (a cura di), *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, 2007, 58-60, posto che il contratto può essere la fonte di beni ai sensi dell'art. P1-1, è giocoforza dedurre

Le disposizioni normative che impongono dei vincoli alla libertà contrattuale sono, pertanto, suscettibili di interferire con il godimento del diritto di cui all'art. P1-1, nella misura in cui incidono negativamente sulla facoltà di disporre dei propri beni e di trarne utilità economiche.

Come efficacemente osservato dal giudice Krzysztof Wojtyczek:

“It is clear that Article 1 of Protocol No. 1, by protecting *ius abutendi* and *ius fruendi*, encompasses the freedom to conclude contracts concerning possessions, that is to say, contractual freedom. By protecting *ius utendi*, it protects *inter alia* the freedom to use possessions for the purpose of developing income-earning activities”²⁰.

Dal canto suo, la Corte EDU non ha mai affermato espressamente che l'art. P1-1 tutela la libertà contrattuale, tuttavia essa considera “la misura dell'interferenza dello Stato nella libertà contrattuale”, come uno degli elementi da prendere in considerazione in sede di bilanciamento dei contrapposti interessi, al fine di stabilire se vi sia stata una violazione della Convenzione²¹. Ne consegue, che delle restrizioni eccessive della libertà contrattuale possono dar luogo – o essere un elemento che concorre – alla violazione dell'art. P1-1.

A titolo esemplificativo, si richiama la giurisprudenza della Corte EDU in materia di rapporti di locazione, avente a oggetto atti legislativi che limitano la possibilità di porre termine a un contratto di locazione e/o di liberamente determinare il canone dovuto dal locatario. Secondo la Corte di Strasburgo, dette misure costituiscono delle misure di regolamentazione dell'uso dei beni, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. P1-1, e concernono una materia in cui gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento. Tuttavia, la Corte ha ritenuto *manifestamente irragionevoli* e incompatibili con l'art. P1-1, degli interventi legislativi che avevano per effetto di limitare la libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto, in misura tale che al locatore era garantito solo un profitto minimo²².

Tutelando il diritto del ricorrente a disporre del proprio bene – diritto che costituisce un “elemento tradizionale fondamentale del diritto di proprietà”²³ –, la Corte EDU ha, in via incidentale, tutelato la sua libertà di determinare il contenuto del contratto, componente essenziale dell'autonomia contrattuale.

Per quanto riguarda i contratti che non hanno a oggetto la disposizione di beni, come ad esempio i contratti di lavoro, il fondamento per una tutela indiretta della libertà contrattuale può essere rinvenuto in altri articoli della Convenzione. Primo fra tutti, l'art. 8 CEDU, che protegge il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

che esso protegge la libertà di contrarre liberamente su ciò che si possiede.

²⁰ Corte EDU 16 ottobre 2018, *Könyv-Tár Kft e altri c. Ungheria*, opinione dissenziente del giudice Wojtyczek.

²¹ Corte EDU 19 giugno 2006, *Hutten-Czapska c. Polonia*, par. 168.

²² Corte EDU 11 dicembre 2014, *Anthony Aquilina c. Malta*, specialmente par. 63. Nel caso di specie, il ricorrente invocava la Convenzione contro una legge che gli imponeva un contratto di locazione di durata indeterminata, senza garantirgli la percezione di un canone d'affitto equo.

²³ Corte EDU 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, par. 63.

La Corte EDU ha sviluppato una nozione ampia di ‘vita privata’, che include “un diritto allo sviluppo personale e quello a instaurare e sviluppare relazioni con altri e con il mondo esterno”²⁴, e ricomprende la vita professionale²⁵. Ne consegue che la sfera di intervento della Corte EDU è suscettibile di estendersi anche alla disciplina dei rapporti di lavoro e dell’accesso alle professioni.

In particolare, il divieto di accedere a determinate professioni, sia nel settore pubblico, che privato, ricade nell’ambito di applicazione dell’art. 8 CEDU, in quanto può incidere in modo significativo sulla capacità di un soggetto di sviluppare relazioni con il mondo esterno e creare serie difficoltà nel procurarsi adeguati mezzi di sostentamento, con ovvie ripercussioni sul godimento della propria vita privata²⁶.

Nella prospettiva della tutela della libertà contrattuale, l’art. 8 CEDU può quindi essere utilmente invocato contro impedimenti legali alla conclusione di un contratto di lavoro.

Più in generale, alcuni Autori, appoggiandosi sull’affermazione della Corte EDU secondo cui: “la nozione di autonomia personale riflette un principio importante che informa l’interpretazione dell’art. 8”²⁷, ravvisano in questo articolo il fondamento per una piena tutela dell’autonomia negoziale nel diritto CEDU²⁸.

3. L’effetto orizzontale indiretto della CEDU e il ruolo della Corte EDU come giudice del diritto dei contratti

Sono trascorsi ormai cinquant’anni dalla celebre sentenza della Corte EDU nel caso relativo ad alcuni aspetti del regime linguistico dell’insegnamento in Belgio²⁹, che inaugurò la dottrina dei c.d. ‘obblighi positivi’ dello Stato su cui poggia l’effetto orizzontale indiretto della CEDU³⁰.

²⁴ Corte EDU, G.C., 25 settembre 2018, *Denisov c. Ucraina*, par. 95, [traduzione dell’Autore].

²⁵ *Ibidem*, par. 100, [traduzione dell’Autore].

²⁶ Corte EDU 27 luglio 2004, *Sidabras c. Lituania*, specialmente par. 48. Nel caso di specie, la Corte EDU ha ritenuto contraria all’art. 8, letto in combinato disposto con l’art. 14 (Divieto di discriminazione), una legge lettone che precludeva l’accesso al pubblico impiego a chi aveva avuto rapporti professionali con i servizi di sicurezza dell’Unione Sovietica (KGB e altri servizi) durante il precedente regime comunista.

²⁷ Corte EDU 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, par. 62 [traduzione dell’Autore].

²⁸ La tesi secondo cui l’art. 8 tutela la libertà contrattuale è proposta da H. J. Snijders, *Privacy of Contract*, in K. S. Ziegler (a cura di), *Human Rights and Private Law. Privacy as Autonomy*, Oxford-Portland, 2007, 108-109, a parere del quale: «starting from the observation that Article 8 (1) serves personal autonomy too, there is no jumping to another conclusion when we state that this provision includes the right to freedom of contract itself (...) in the modern interpretation of Article 8, implying that it not only allows people to be left alone but also gives them personal autonomy, Article 8 is undoubtedly a very comfortable basis for the right to freedom of contract»

²⁹ Corte EDU 23 luglio 1968, *caso relativo ad alcuni aspetti del regime linguistico dell’insegnamento in Belgio c. Belgio*.

³⁰ Come osservato da L. Garlicki, *Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights*, in A. Sajó, R. Uits (a cura di), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht, 2005, 143: “the concept of ‘positive obligations’ resembles, to some extent, the concept of the ‘indirect third party effect’, but the Court has never been willing to adhere clearly to the Drittwirkung approach”.

È oggi pacificamente ammesso che la Convenzione abbia efficacia anche nei rapporti tra i privati, ancorché ne rimane incerta l'esatta portata. La Corte stessa ha affermato che: "non è auspicabile, ancor meno necessario, elaborare una teoria generale in merito alla misura in cui le garanzie della Convenzione devono essere estese alle relazioni tra persone private"³¹.

La giurisprudenza della Corte EDU stabilisce tre essenziali obblighi positivi alla base dell'efficacia orizzontale indiretta della CEDU, ossia: gli obblighi in capo al legislatore nazionale di regolamentare i rapporti interindividuali in modo conforme ai principi della Convenzione e di predisporre adeguate procedure giudiziali per dirimere le liti tra privati³², e l'obbligo in capo alle corti nazionali di interpretare il diritto interno in conformità con la CEDU³³.

La Corte EDU non ha mai statuito l'esistenza di siffatti obblighi in termini generali; tuttavia, come sostiene la dottrina sulla base dell'analisi della giurisprudenza, in presenza di situazioni giuridiche suscettibili di ricadere nell'ambito di applicazione della Convenzione, uno Stato può essere ritenuto responsabile per la violazione di un diritto fondamentale posta in essere da un soggetto privato, sia quando il diritto nazionale fornisce la base giuridica per la violazione, che quando gli organi dello Stato non hanno adottato tempestivamente le misure – legislative o giudiziali – idonee a prevenire o rimediare alla violazione³⁴.

Da quanto esposto, consegue che la Corte EDU ha competenza a operare un giudizio di convenzionalità del diritto nazionale dei contratti, laddove – e nei limiti in cui – dette norme siano applicabili a situazioni giuridiche che ricadono nell'ambito di applicazione di uno degli articoli della Convenzione.

La Corte EDU svolge, dunque, il ruolo di giudice del diritto dei contratti, vagliando, da un lato, se il legislatore nazionale abbia correttamente adempiuto

³¹ Corte EDU 28 giugno 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Svizzera*, par. 46 [traduzione dell'Autore].

³² La Corte EDU ha più volte espressamente affermato che gli obblighi positivi possono sostanziarsi nell'adozione sia di misure legislative, che di procedure giudiziali, volte a garantire il rispetto dei diritti CEDU, anche nella sfera delle relazioni interindividuali. V., *ex multis*, Corte EDU 6 ottobre 2016, *Moog c. Germania*, par. 54.

³³ Nella sentenza *Fabris*, la Grande Camera ha menzionato un "obbligo delle corti nazionali di garantire, conformemente con l'ordine costituzionale nazionale e considerato il principio della certezza del diritto, il pieno effetto delle disposizioni della Convenzione, come interpretate dalla Corte". Corte EDU [G.C.] 7 febbraio 2013, *Fabris c. Francia*, par. 75 [traduzione dell'Autore].

³⁴ Come efficacemente nota J.-F. Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2007, 14-15: "positive obligations stem from the duty to protect persons placed under the jurisdiction of the state. The state will perform that duty mainly by guaranteeing observance of the Convention in relations between individuals. Thus the theory of positive obligations is underpinning the very marked trend towards extending the scope of the Convention to private relationships between individuals which is called the "horizontal effect". It also makes it possible – and here lies its value – to activate the international arbitration mechanism by introducing the notion of State responsibility. In other words, the mere fact that an individual has infringed a provision of the Convention cannot lead to a finding against the state. It is necessary for the conduct of the private individual to be seen as originating in a failing on the part of the state itself or as tolerated by it. In practical terms, it is because the state has been unable legally or materially to prevent the violation of the right by individuals, and otherwise because it has not made it possible for the perpetrators to be punished, that it risks being held responsible by the European Court".

all'obbligo positivo di legiferare nel rispetto della CEDU e, dall'altro, se le corti nazionali abbiano interpretato e applicato il diritto contrattuale – e la volontà negoziale delle parti – conformemente ai principi della Convenzione.

Considerato che, in via di principio, l'effetto orizzontale indiretto è inerente a tutte le disposizioni della Convenzione, potenzialmente tutti gli articoli della Convenzione sono suscettibili di essere invocati come parametro del controllo di convenzionalità del diritto contrattuale³⁵.

3.1. L'autonomia negoziale come limite, e l'obbligo di interpretazione conforme degli atti privati come "contro-limite", all'effetto orizzontale della CEDU

Poiché, come sopra esposto, le disposizioni della CEDU godono di un *effetto orizzontale indiretto*, che ha il suo fondamento negli obblighi positivi dello Stato, è giocoforza concludere che la Corte EDU non può giudicare della convenzionalità di atti giuridici privati, quali sono i contratti, a pena di riconoscere alla Convenzione un'*efficacia orizzontale diretta*.

La Corte stessa ha in più occasioni dichiarato di non aver competenza a conoscere di un ricorso "quando i fatti all'origine della presunta violazione della Convenzione non sono espressione dell'esercizio di un potere dello Stato, ma attengono esclusivamente a relazioni di natura contrattuale tra privati"³⁶.

Questo limite è stato tuttavia, in parte, superato dalla Corte stessa in alcune sentenze, in cui l'oggetto del giudizio di convenzionalità verteva, in ultima analisi, su disposizioni negoziali, seppur nell'interpretazione data loro dalle corti nazionali.

Il caso *Van Kück* è il primo in cui la lamentata violazione della Convenzione era riconducibile al contenuto di una clausola contrattuale. Nella specie, la questione concerneva il contenzioso, tra un assicurato e la compagnia di assicurazione, per il rimborso delle spese mediche inerenti a un'operazione di conversione del sesso. Le corti nazionali, ritenendo che le condizioni generali del contratto assicurativo imponessero all'assicurato l'onere di provare il carattere necessario degli interventi chirurgici in questione, negarono il rimborso, in quanto l'attore non aveva fornito suddetta prova. A parere della Corte EDU, l'interpretazione del contratto sostenuta dalle corti tedesche non realizzava il giusto equilibrio "tra gli interessi della compagnia di assicurazioni privata, da un lato, e gli interessi del ricorrente, dall'altro"³⁷, e ha, pertanto, rinvenuto una violazione del diritto del ricorrente al rispetto della vita privata, garantito dall'art. 8 CEDU.

Più nota, è la decisione resa dalla Corte EDU nel caso *Pla e Pucernau c. Andora*, con cui i giudici di Strasburgo hanno ritenuto contraria all'art. 8, letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione), una

³⁵ Per qualche esempio di incompatibilità – dichiarata o potenziale – tra norme di diritto contrattuale e disposizioni convenzionali si rinvia a L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, Parigi, 2013, 74 ss.

³⁶ V., da ultimo, Corte EDU 17 dicembre 2013, *Crash 2000 ood e altri c. Bulgaria*, par. 77 [traduzione dell'Autore].

³⁷ Corte EDU, 12 giugno 2003, *Van Kück c. Germania*, par. 84 [traduzione dell'Autore].

disposizione testamentaria discriminatoria nei confronti dei figli adottivi del *de cuius*, ritenuta valida dalle corti nazionali. La Corte EDU, pur ribadendo di non aver competenza a dirimere “controversie di natura puramente privata”, ha comunque affermato che, nell’esercizio del suo ruolo di garante della Convenzione, “non può rimanere inerte quando una corte nazionale interpreta un atto giuridico, sia esso una disposizione testamentaria, un contratto di diritto privato, un atto pubblico, una disposizione legislativa o una prassi amministrativa, in modo irragionevole, arbitrario o, come nel caso di specie, in aperto contrasto con il divieto di discriminazione sancito dall’articolo 14, e più in generale con uno dei principi sottesi alla Convenzione”³⁸.

Richiamando quest’*obiter dictum*, la Corte EDU ha successivamente affermato la propria competenza a esercitare il controllo di convenzionalità su una sentenza di una corte svedese che, constatata la violazione della clausola di un contratto di locazione che vietava l’installazione di antenne paraboliche sui balconi dell’immobile locato, e dato il persistente rifiuto dei locatari a rimuovere l’antenna illecitamente installata, dichiarava sciolto il contratto di locazione.

A parere della Corte EDU, applicando suddetta clausola in modo rigido, i giudici nazionali non avevano operato un corretto bilanciamento tra gli interessi proprietari del locatore e la libertà di espressione e di informazione dei locatari, che avevano installato l’antenna parabolica per ricevere i programmi televisivi trasmessi nel loro Paese d’origine. Tanto è bastato alla Corte per dichiarare che lo Stato svedese non aveva rispettato i suoi obblighi positivi a tutela della libertà di ricevere informazioni, incorrendo pertanto in una violazione dell’art. 10 CEDU, che tutela la libertà di espressione³⁹.

Analogamente nel caso *Schüth*, relativo al licenziamento di un organista e direttore del coro di una parrocchia cattolica tedesca, in ragione della violazione dell’obbligo di fedeltà all’etica della Chiesa inserito nel contratto di lavoro, la Corte EDU ha affermato che pur non avendo competenza a sostituire il giudizio delle corti nazionali con il proprio, essa “deve, nondimeno, valutare se gli effetti delle decisioni delle corti nazionali sono compatibili con la Convenzione”⁴⁰.

Nel caso di specie, il Sig. Schüth era venuto meno al proprio obbligo contrattuale di fedeltà in quanto aveva lasciato la moglie, dopo aver coltivato una relazione extraconiugale con un’altra donna, poi in attesa di un figlio. Il licenziamento era stato ritenuto legittimo dalle corti nazionali. La Corte EDU ha, dal canto suo, ritenuto che il bilanciamento, tra i diritti del ricorrente e quelli del suo datore di lavoro, operato dalle corti nazionali non era in linea con la Convenzione e ha, pertanto, dichiarato esservi una violazione dell’art. 8 CEDU.

L’insegnamento che si può trarre dalle citate sentenze, è che, in assenza di una dichiarata efficacia orizzontale diretta dei diritti CEDU, l’intervento della Corte EDU, a fronte di interferenze nel godimento dei diritti fondamentali derivanti da un contratto, è limitato ai soli casi in cui i giudici nazionali abbiano

³⁸ Corte EDU 13 luglio 2004, *Pla e Pucernau c. Andorra*, par. 59 [traduzione dell’Autore].

³⁹ Corte EDU 16 dicembre 2008, *Khurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*.

⁴⁰ Corte EDU 23 settembre 2010, *Schüth c. Germania*, par. 65 [traduzione dell’Autore].

male interpretato la valenza dei diritti fondamentali. La Corte EDU, è bene ribadirlo, può dunque solo pronunciarsi circa l'esistenza, o meno, di una violazione della Convenzione, per il fatto dell'autorità giudiziaria.

3.2. La funzione limitativa e pretensiva dei diritti fondamentali nel contenzioso contrattuale davanti alla Corte EDU

Dalle sentenze sopra esposte, emerge che, nel quadro del diritto CEDU, i diritti fondamentali svolgono anzitutto una funzione di limite della libertà contrattuale. Secondo la Corte EDU, il legislatore nell'implementare il diritto dei contratti, così come le corti nazionali nell'interpretare la volontà negoziale dei privati, devono infatti garantire che i contratti posti in essere dai privati non siano fonte di *ingerenze sproporzionate* nel godimento di uno, o più, dei diritti proclamati dalla Convenzione.

È compito dello Stato garantire la proporzionalità delle ingerenze contrattuali nel godimento dei diritti CEDU, assicurando l'equo bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. A tal fine può essere necessaria l'imposizione *ex lege* di specifici obblighi contrattuali. Così, nel caso *Zolotas*, la Corte EDU ha ritenuto che "lo Stato ha l'obbligo positivo di proteggere i cittadini e richiedere che le banche, considerate le possibili conseguenze negative della prescrizione, informino i titolari di conti bancari dormienti dell'approssimarsi del termine di prescrizione, in modo tale da consentirgli di porre in essere un atto di interruzione della prescrizione"⁴¹. In altre parole, i contratti di deposito bancario devono prevedere un obbligo di informazione a carico delle banche, pena la violazione dell'art. P1-1 CEDU.

In altri casi, la protezione dei diritti CEDU impone di tutelare posizioni di natura contrattuale non tutelate dal diritto nazionale, stante l'inefficacia del contratto sul piano giuridico nazionale. Nella giurisprudenza della Corte è infatti possibile distinguere una serie di casi in cui il contenzioso si è sviluppato attorno a un contratto privo di effetti nell'ordinamento giuridico interno.

In questi casi, la Corte EDU, senza rimettere in discussione l'inefficacia del contratto sul piano del diritto nazionale, ha riconosciuto l'esistenza di una posizione giuridicamente rilevante ai sensi della Convenzione, sulla base, principalmente, dell'art. P1-1. Ad esempio, nel caso *Beyeler c. Italia*, concernente un contratto di compravendita di un'opera d'arte, dichiarato nullo dalle corti italiane, in quanto non conforme alla disciplina speciale dei beni sottoposti a vincolo artistico o storico, la Corte EDU ha affermato di non aver "bisogno di pronunciarsi sul parere dei giudici italiani secondo cui, in base alle disposizioni nazionali in materia, la vendita (...) dovrebbe essere considerata nulla"⁴², in quanto dai fatti emergeva che "il ricorrente [era] stato in possesso del dipinto per diversi anni. Inoltre, in diverse occasioni il ricorrente sembra[va] essere stato considerato *de facto* dalle autorità come titolare di un interesse proprietario e persino come il vero proprietario del dipinto"⁴³.

⁴¹ Corte EDU 29 gennaio 2013, *Zolotas c. Grecia* (no. 2), par. 53 [traduzione dell'Autore].

⁴² Corte EDU 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, par. 106 [traduzione dell'Autore].

⁴³ *Ibidem*, par. 104 [traduzione dell'Autore].

In altre parole, seguendo il ragionamento della Corte di Strasburgo l'interesse tutelabile ai sensi dell'art. P1-1 era l'interesse patrimoniale sorto, non già dal contratto, bensì dal possesso materiale del dipinto per un determinato periodo di tempo. Deve, tuttavia, essere osservato che, in ultima analisi, il possesso aveva comunque avuto causa nel contratto dichiarato nullo.

In altri casi, l'art. P1-1 è stato applicato dalla Corte EDU a tutela dell'aspettativa legittima all'adempimento di obbligazioni contrattuali caducate. Ad esempio, nel caso *Ceni c. Italia*, concernente un contratto preliminare di compravendita sciolto dal curatore fallimentare, la Corte EDU ha considerato che: "l'aspettativa legittima della ricorrente [alla conclusione del contratto definitivo di compravendita], collegata a interessi patrimoniali quali il pagamento integrale del prezzo di vendita e la presa di possesso dell'appartamento, fosse sufficientemente importante per costituire un interesse sostanziale, dunque un «bene» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione"⁴⁴.

Analogamente, nel caso *Stretch c. Regno Unito*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistere in capo al ricorrente, un'aspettativa legittima - tutelata dall'art. P1-1 - al rinnovo di un contratto di locazione di terreni industriali, sebbene la clausola contrattuale che prevedeva la facoltà di rinnovo fosse stata dichiarata nulla dalle corti inglesi⁴⁵.

Letti nella prospettiva del diritto dei contratti, i casi citati delineano delle ipotesi, al di fuori di quelle espressamente previste dal diritto nazionale, in cui il contratto nullo produce effetti giuridici a favore di una delle parti, in quanto esso è fonte di situazioni giuridiche soggettive tutelate come beni, ai sensi dell'art. P1-1.

In altri casi, la Corte ha invece escluso che il contratto nullo potesse produrre effetti tra le parti, riconoscendo nondimeno salvi gli effetti nei confronti dei terzi. È quanto avvenuto, ad esempio, nelle sentenze *Menesson c. Francia*⁴⁶ e *Labassee c. Francia*⁴⁷. Entrambi i casi riguardavano il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere nel registro dello stato civile francese gli atti di nascita di bambini nati negli Stati Uniti facendo ricorso a surrogazione di maternità. Secondo la Corte di cassazione francese la trascrizione degli atti di nascita *de quibus* nel registro di stato civile equivarrebbe a riconoscere effetto giuridico ai contratti di maternità surrogata che, per effetto degli artt. 16-7 e 16-9 del codice civile francese, sono invece nulli perché contrari all'ordine pubblico.

Secondo la Corte EDU suddetto rifiuto costituiva un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare dei ricorrenti, da un lato, e della vita privata dei nuovi nati, dall'altro. Nel decidere se l'ingerenza rispondesse al requisito della "necessità in una società democratica", ai termini del secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU, la Corte ha ritenuto che il mancato riconoscimento da parte delle autorità francesi del rapporto di parentela tra i bambini nati da madre surrogata e la coppia che all'estero

⁴⁴ Corte EDU 4 febbraio 2014, *Ceni c. Italia*, par. 44 [traduzione a cura di Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani].

⁴⁵ Corte EDU 24 giugno 2003, *Stretch c. Regno Unito*.

⁴⁶ Corte EDU 26 giugno 2014, *Mannesson c. Francia*.

⁴⁷ Corte EDU 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*.

si era avvalsa della surrogazione di maternità, sacrificasse indebitamente il supremo interesse dei minori. Essa ha, pertanto, dichiarato che le autorità francesi avevano violato dell'art. 8 CEDU, per aver negato valore legale alla relazione tra genitori e i figli nati all'estero, in seguito a surrogazione di maternità⁴⁸.

4. La Corte EDU e il bilanciamento degli interessi nel contenzioso contrattuale

Nel procedere a valutare le potenziali violazioni della Convenzione, la Corte EDU ha sviluppato un giudizio articolato essenzialmente sui tre seguenti canoni: (i) legalità, in ossequio al principio liberale in base al quale qualsiasi restrizione ai diritti fondamentali dell'individuo deve essere prevista per legge; (ii) legittimità, onde verificare l'effettiva sussistenza, a fondamento dell'interferenza statale nel godimento di un diritto fondamentale, di uno degli scopi indicati nel pertinente articolo della Convenzione; (iii) proporzionalità, definita dalla Corte come realizzazione di un giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco.

Se la Corte ha sempre dimostrato un certo grado di deferenza verso le scelte di politica legislativa dei legislatori nazionali sotto il profilo della legittimità, mettendo raramente in discussione l'esistenza di uno scopo di interesse generale, essa non ha, al contrario, mai dimostrato alcuna reticenza nel censurarle sotto il profilo della proporzionalità, ossia della misura dell'interferenza con il godimento di un diritto CEDU.

Il canone della proporzionalità ha così assunto un ruolo centrale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁹. Come ripetutamente affermato dalla Corte, la preoccupazione di garantire il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse pubblico e quelle imposte dalla protezione dei diritti fondamentali degli individui deve ispirare l'interpretazione e l'applicazione dell'intero testo della Convenzione⁵⁰. In quest'ottica, il canone della proporzionalità esplica una funzione di garanzia contro ingerenze eccessive dei poteri pubblici nella sfera privata,

⁴⁸ La Corte ha ritenuto esservi stata una violazione dell'art. 8 CEDU solamente sotto il profilo del rispetto della vita privata dei minori. Per quanto riguarda la vita familiare dei ricorrenti, invece, tenuto conto del fatto che non era stato loro impedito di vivere stabilmente insieme ai bambini nati da madre surrogata, la Corte ha concluso che l'ingerenza delle autorità nazionali rientrasse nel margine di discrezionalità che deve essere riconosciuto allo Stato.

⁴⁹ Come osservato da E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, 40: "Il motivo per così dire, «politico» del successo della proporzionalità come strumento di controllo sull'uso dei poteri statali che interferiscono con la tutela dei diritti dell'uomo sembra risiedere nella circostanza che attraverso la proporzionalità si può rinvenire una via mediana fra due esigenze contrapposte: da un lato quella di evitare che la formulazione rigida di diritti individuali possa comportare una limitazione troppo pesante nei confronti della libertà statale di regolamentare secondo proprie finalità i rapporti sociali sul proprio territorio; dall'altro quella di evitare il riconoscimento di sfere di discrezionalità assoluta, suscettibili di interferire con la tutela internazionale dei diritti individuali e pregiudicarne l'effettività". Per uno studio analitico e una ricostruzione in chiave teorica del ricorso al principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU, si rinvia a, B. Pirker, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study*, Groningen, 2013; J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden - Boston, 2009.

⁵⁰ V., da ultimo, Corte EDU 28 maggio 2019, *Zammit e Vassallo c. Malta*, specialmente par. 53.

garantendo l'equilibrio tra gli interessi pubblici e quelli privati. Esso è, pertanto, utilizzato dalla Corte di Strasburgo per determinare la misura della garanzia tanto dei diritti fondamentali degli individui, quanto dell'interesse generale. Infatti, se, da un lato, la tutela dell'interesse generale non può giustificare un'eccessiva compressione dei diritti e delle libertà garantiti dalla CEDU, dall'altro, l'esigenza di tutelare questi ultimi non può spingersi sino a imporre sugli Stati obbligazioni positive particolarmente gravose.

In questa sede, è opportuno osservare che, in presenza di una violazione di un diritto fondamentale che trova fondamento nel diritto contrattuale, o in un atto negoziale privato, il canone della proporzionalità opera, in ultima analisi, come criterio di bilanciamento di contrapposti interessi privati. Tuttavia, poiché la Convenzione ha un effetto orizzontale indiretto, la Corte EDU non è chiamata a pronunciarsi direttamente sulla questione se l'azione di un privato costituisca un'ingerenza eccessiva nel godimento di un diritto fondamentale di un altro soggetto. La Corte deve invece decidere se l'azione od omissione dello Stato, che ha reso possibile la violazione, rispetti i principi sanciti dalla Convenzione, così come interpretata dalla Corte stessa. Ne consegue che gli interessi privati contrapposti a quelli del ricorrente non sono portati davanti alla Corte come tali, bensì con la veste dell'interesse pubblico.

Così, ad esempio, nella sopra richiamata giurisprudenza in materia di rapporti di locazione, la Corte EDU ha considerato se fosse stato rispettato il giusto equilibrio tra l'interesse del ricorrente a disporre liberamente del proprio bene e l'interesse generale, identificato nella protezione sociale dei locatari⁵¹. Così posti i termini del giudizio di proporzionalità, risulta che solamente la situazione del ricorrente è considerata in concreto, e non anche quella del locatario.

Il velo dell'interesse pubblico cade, tuttavia, quando lo scrutinio della Corte EDU ha a oggetto l'interpretazione di una clausola contrattuale da parte di una corte nazionale.

5. Conclusioni

In assenza del riconoscimento dell'efficacia orizzontale diretta della CEDU, da un lato, e del valore di diritto fondamentale alla libertà contrattuale, dall'altro, il rapporto tra CEDU e contratto è un rapporto mediato, ma non per questo marginale.

I casi analizzati mostrano infatti, che la CEDU si presta tanto a tutelare l'autonomia contrattuale, quanto a limitarla. Essa può, inoltre, costituire una fonte di integrazione del contratto, come esemplificato dal caso *Zolotas*, e, infine, essa può servire da fondamento per la tutela di posizioni soggettive ricollegabili a contratti invalidi.

Pur senza aver statuito a chiare lettere un obbligo positivo degli Stati di garantire il rispetto della Convenzione nei rapporti contrattuali tra privati, la Corte EDU ha avvocato a sé un controllo indiretto sulla volontà negoziale privata.

⁵¹ Corte EDU 11 dicembre 2014, *Anthony Aquilina c. Malta*, specialmente par. 57.

Le corti nazionali sono dunque chiamate a esercitare un controllo di convenzionalità degli atti privati suscettibili di incidere sul godimento di un diritto CEDU. Detto controllo di convenzionalità si sostanzia in un giudizio di proporzionalità volto a garantire non già l'equilibrio contrattuale, bensì che la misura dell'ingerenza, posta in essere da un soggetto privato, in un diritto fondamentale della controparte contrattuale sia conforme alla Convenzione.

Sabrina Praduroux
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Torino
sabrina.praduroux@unito.it

Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero

di Diego Zannoni

Abstract: The effects of civil unions and same-sex marriages concluded abroad in the Italian legal system – Legislative Decree no. 7 of 19th January 2017 has reformed Italian private international law by including same-sex civil partnerships and marriages within its scope of application. And yet, domestic and European case law show that the recognition of same-sex partnerships and marriages concluded abroad remains a sensitive subject matter. Indeed, while the reform has solved some interpretative problems, others remain or are even exacerbated, and new ones have arisen. This paper attempts to take stock of the Italian regime and practice, and highlights what Italy shall or should recognise in the light of its obligations stemming from European Union law and from the European Convention on Human Rights.

Keywords: same-sex; marriage, civil partnership; recognition; reverse discrimination.

233

1. Introduzione

Prima della legge n. 76/2016¹, la tendenza della giurisprudenza era di negare la trascrivibilità in Italia del matrimonio *same-sex* non (più) a causa della sua contrarietà all'ordine pubblico, né della sua inesistenza o invalidità, ma piuttosto per la sua 'inidoneità' a produrre, appunto quale atto di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano². Del resto, nel senso dell'eterosessualità come elemento essenziale del matrimonio, si era già pronunciata la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 138 del 2010³. Tuttavia si

¹ L. 20-05-2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, in g.u. 27-01-2017, n. 22.

² Cass., 15-03-2012, n. 4184. La Corte di Cassazione nel passato meno recente si era espressa in termini più radicali, cioè nel senso dell'inesistenza stessa del matrimonio *same-sex*. Cf. Cass. 9-06-2000, n. 7877, 412; ma vedi anche la più recente sentenza del Consiglio di Stato 26-10-2015, n. 4897, par. 2.1. Per una panoramica della giurisprudenza e della prassi pre l. n. 76/2016, fra i molti contributi, cf. N. Boschiero, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Riv. dir. internaz.*, 2007, 50-131; G. Palmeri, M.C. Venuti, *La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello status coniugale*, in *GenIUS*, 2/2015, 92-102; O. Lopes Pegna, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, in *Diritti umani e dir. internaz.*, 2016, 89-113; G. Puma, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in questa *Rivista*, 2016, 395-428.

³ Secondo la Corte Costituzionale, i costituenti, elaborando l'art. 29 cost., tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma dell'art. 29 cost. che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi,

ammetteva che i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, fossero titolari del diritto alla vita familiare, con la conseguente possibilità di adire i giudici comuni per chiedere, a tutela di ‘specifiche situazioni’, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia eterosessuale coniugata⁴. In sintesi, in mancanza di una disciplina positiva, la tendenza era nel senso di riqualificare il rapporto come semplice unione *de facto*, e di garantire comunque ai suoi componenti il diritto “di vivere liberamente una condizione di coppia”⁵.

La posizione più rigida della giurisprudenza e della prassi italiana concerneva gli effetti di matrimoni *same-sex* celebrati all'estero da cittadini italiani. Ciò che si voleva innanzitutto scoraggiare era infatti il cd turismo matrimoniale, cioè il ricorso da parte di cittadini italiani ad opportunità concesse da ordinamenti stranieri per l'acquisizione di uno status che non sarebbe stato possibile ottenere in Italia. La sorte riservata ai matrimoni contratti all'estero tra cittadini entrambi stranieri era invece poco chiara e oggetto di minore attenzione⁶.

È questo il contesto in cui la legge n. 76/2016 ha introdotto in Italia la possibilità per le coppie omosessuali non già di contrarre matrimonio, ma di costituire un'unione civile. In particolare, a norma dell'art. 1, comma 28, lett. b della legge L. n. 76/2016, il Parlamento italiano ha delegato il Governo ad adottare le norme necessarie per la “modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato”. A tale disegno è stato dato compimento incidendo

evidentemente mirava ad assicurare alla donna pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. La Corte ritiene che questo significato del precetto costituzionale non possa essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema, o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Cf. Corte costituzionale, sent. n. 138 del 15-04-2010, richiamata anche nella sentenza n. 170 del 11-06-2014, par. 5.2. Tra le molte analisi della pronuncia, cf. M. Gattuso, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 653-656; F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Rivista AIC*, 2010, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Dal_Canto-1.pdf; B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in *GenIus* 2014/2, 12-25; A. Ambrosi, *Unioni civili e Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12/2016, 1676-1687.

⁴ Cass., 15-03-2012, n. 4184.

⁵ Corte costituzionale, sent. n. 138 del 15-04-2010, par. 8.

⁶ Cf. la circolare MIACEL n. 2/2001 precisava che “non è trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico”. Circolare del Ministero dell'interno MIACEL n. 2/2001 del 26 marzo 2001 (g.u. 4 aprile 2001, n. 79). La circolare del Ministero dell'Interno n. 55/2007 richiamava poi l'attenzione degli ufficiali di stato civile affinché “al momento di trascrivere un matrimonio contratto all'estero da un cittadino [italiano], pon[essero] particolare cura alla verifica che i due sposi [fossero] di sesso diverso”. Circolare del Ministero dell'Interno n. 55/2007 del 18 ottobre 2007. Ancora, la circolare del Ministero dell'Interno n. 40/2014 faceva riferimento all'art. 27 della l. 218/1995 e all'art. 115 c.c. (che riguarda il matrimonio del cittadino all'estero), lasciando quindi parimenti aperta la questione in relazione a coppie dello stesso sesso formate da cittadini stranieri. Circolare del Ministero dell'interno n. 40/2014 del 7 ottobre 2014. Nel senso della trascrivibilità del matrimonio *same-sex* fra stranieri, la cui legge nazionale lo consentisse, si era espressa la Corte d'appello di Napoli, con decisione 13-03-2015, *Foro it.*, 2016, I, 297, consultabile in www.articolo29.it.

sulla legge n. 218/1995 di diritto internazionale privato⁷ con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7⁸. Parallelamente, la legge n. 76/2016 ha dettato talune disposizioni in materia di “convivenza di fatto”, aprendo questo istituto a tutte le coppie, a prescindere dal sesso delle parti, e formulando una specifica norma di conflitto: l'art. 30-bis, inserito anch'esso nella legge n. 218/1995.

La delega, all'apparenza assai ampia, risultava fortemente limitata dal criterio direttivo che prevedeva “l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo”. Il criterio direttivo, assai stringente, rispecchiava con tutta evidenza le preoccupazioni che hanno accompagnato l'adozione della legge n. 76/2016.

Da una prima lettura della norma sembra infatti che il legislatore volesse attribuire alle norme italiane sull'unione civile il rango di norme di applicazione necessaria, cosicché matrimoni e unione *same-sex* formati all'estero (da cittadini italiani, o da stranieri o da un italiano e uno straniero) avrebbero dovuto essere, per il nostro ordinamento, interamente regolati dalla legge italiana, a prescindere dall'esistenza e dall'intensità del collegamento tra le parti e l'ordinamento italiano. Va da sé che, se veramente l'intenzione del legislatore fosse stata quella di ricondurre alla disciplina della legge n. 76/2016 tutte le unioni e matrimoni *same-sex* costituite all'estero, la delega sarebbe stata svuotata di ogni contenuto e la legge n. 218/1995 sarebbe stata messa fuori gioco: non solo – direttamente – per le situazioni create all'estero, ma anche – indirettamente – per quelle create in Italia⁹. Nel decreto legislativo delegato il criterio direttivo è stato quindi interpretato in

⁷ L. 31-05-1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. (g.u. Serie Generale n.128 del 03-06-1995 - Suppl. Ordinario n. 68).

⁸ D.lgs. 19-01-2017, n. 7. Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della l. 20-05-2016, n. 76. (17G00013) (g.u. Serie Generale n.22 del 27-01-2017).

⁹ C. Campiglio ritiene che il criterio direttivo – con riguardo alle unioni civili costituite all'estero – avrebbe potuto essere interpretato in sede di attuazione della delega nel senso di impedire la produzione di effetti maggiori di quelli che la l. n. 76/2016 riconnette alle unioni costituite in Italia. L'autrice ammette però che questa soluzione interpretativa avrebbe potuto dare origine a delicati problemi applicativi perché nella pratica sarebbe stato difficile, nei singoli casi, valutare lo sfioramento del “tetto massimo” in presenza di unioni che all'estero attribuiscono alle parti, per certi aspetti, diritti minori e, per altri aspetti, diritti maggiori di quelli concessi dalla legge italiana. C. Campiglio, *Forum: La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili* /3, accessibile al link crossborder.live/2016/11/07/la-disciplina-internazionalprivatistica-italiana-delle-unioni-civili3/. Per quanto di difficile applicazione, questa era precisamente la soluzione adottata dal legislatore tedesco, prima dell'introduzione del matrimonio egualitario in Germania (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 52, ausgegeben am 28.07.2017, Seite 2787 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017). L'art. 17 (b), quarto paragrafo della legge introduttiva al codice civile (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) prevedeva infatti che gli effetti delle unioni civili costituite all'estero non potessero essere più estesi di quelli previsti nel codice civile e nella legge sulle partnership registrate (*Lebenspartnerschaft*): “Die Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft gehen nicht weiter als nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Lebenspartnerschaftsgesetzes vorgesehen”. La *Lebenspartnerschaft* tedesca rappresentava pertanto il “tetto massimo” ammissibile.

senso restrittivo introducendo due norme distinte, l'una per i matrimoni *same-sex*, l'altra per le unioni civili contratte all'estero, e prevedendo l'applicazione della legge italiana solamente a quei matrimoni e unioni civili che si caratterizzano per un collegamento particolarmente stretto con l'ordinamento giuridico italiano. Con queste norme, che costituiscono l'oggetto della presente analisi, il legislatore italiano ha cercato di bilanciare diritti individuali e interessi della collettività, apertura a valori stranieri e protezione della coerenza interna dell'ordinamento.

2. Gli effetti dei matrimoni contratti da persone italiane dello stesso sesso

In ossequio ad una interpretazione rigorosa della delega legislativa, l'originaria formulazione dell'art. 32-bis disponeva che il matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso dovesse produrre gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, senza che quindi avesse alcuna rilevanza la cittadinanza, italiana o straniera, delle parti¹⁰. Tale formulazione aveva però subito attirato le critiche di chi aveva evidenziato l'ingiustificata differenza di trattamento tra matrimoni – regolati appunto dall'art. 32-bis - e unioni civili contratte all'estero da persone dello stesso sesso, che l'art. 32-quinquies solo in presenza di certe circostanze sottopone alla legge italiana¹¹. Infatti, prescrivere in ogni caso l'applicazione della legge italiana ai vincoli coniugali, differenziando invece il trattamento delle unioni civili a seconda del legame esistente fra l'unione civile e il nostro ordinamento, sembrava irragionevolmente discriminatorio e non imposto dal tenore della delega legislativa¹². A seguito dei pareri previsti dalla procedura indicata dalla stessa legge n. 76/2016¹³, l'art. 32-bis, ora intitolato “Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso”, ha assunto una portata limitata ai soli matrimoni contratti all'estero da cittadini italiani, che vengono riqualificati in unione civile (cd. *downgrade recognition*)¹⁴. Non si tratta certo di una soluzione originale dal momento che il mutamento del *nomen iuris*, e nello specifico il “downgrade” del matrimonio *same-sex* in unione civile, è diffuso a livello comparatistico¹⁵. Inoltre, benché

¹⁰ “Per quanto riguarda il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero la soluzione obbligata è quella per cui lo stesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana: indipendentemente dalla cittadinanza (italiana o straniera) delle parti, la disciplina di tale unione va desunta dalla legge n. 76 del 2016”. Relazione illustrativa, disponibile al documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0345_F001.pdf&leg=XVII

¹¹ Vedi *infra* par. 5.

¹² G. Biagioni, *Forum: La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili/2*, disponibile al crossborder.live/2016/11/03/forum-la-disciplina-internazionalprivatistica-italiana-delle-unioni-civili-2/

¹³ Art. 1 co. 30, l. 76/2016.

¹⁴ L'art. 32-bis dispone infatti che “il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana”. Il legislatore italiano ha preferito esprimersi in termini di produzione di effetti, a differenza di taluni legislatori stranieri che hanno usato espressioni suscettibili di evocare la teoria del riconoscimento. Si esprime, ad esempio, in termini di riconoscimento il legislatore svizzero: “il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata” (art. 45 par. 3 legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987).

configuri un declassamento del rapporto validamente costituito altrove, la riqualificazione è stata riconosciuta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo compatibile con il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU. In particolare, nella sentenza *Hämäläinen v. Finlandia*, la Grande Camera ha negato che la conversione forzata del matrimonio in una partnership registrata, per sopravvenuto mutamento di sesso di uno dei due coniugi, determini di per sé una violazione della CEDU, nella misura in cui i regimi giuridici dei due istituti risultino sostanzialmente comparabili¹⁶. E questo sembra doversi ammettere per l'unione civile italiana, visto che la disciplina dell'istituto in gran parte rinvia a, o comunque ricalca, la disciplina prevista per il matrimonio¹⁷.

L'art. 32-bis lascia tuttavia aperte alcune questioni, in primo luogo in relazione al suo ambito soggettivo di applicazione. Sono sicuramente inclusi nell'art. 32-bis i matrimoni celebrati tra due italiani, e sono sicuramente esclusi i matrimoni tra due stranieri. È invece dubbia la disciplina dei matrimoni misti, celebrati cioè tra un cittadino italiano e uno straniero. Sembra preferibile l'interpretazione secondo cui, ai fini dell'applicazione della legge italiana sulle unioni civili, è sufficiente la cittadinanza italiana di uno dei due coniugi¹⁸. A questo risultato si perviene valorizzando il dato sintattico (*da* cittadini italiani *con* persona dello stesso sesso), e raffrontando il tenore dell'art. 32-bis con l'art. 32-quinquies che, con la sua inequivoca formulazione, rende chiara la sua applicabilità alle sole unioni civili contratte *tra* due cittadini entrambi italiani. È vero che la *rubrica legis* dell'art. 32-bis, si riferisce ai matrimoni contratti 'all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso', e potrebbe condurre ad interpretarne restrittivamente l'ambito di applicazione come limitato ai soli matrimoni conclusi da persone entrambe di cittadinanza italiana. Ma in caso di difformità tra rubrica e testo di una disposizione legislativa, è la prima a dovere essere adeguata al secondo¹⁹.

Del resto, alla stessa conclusione si giungerebbe se l'atto, e il relativo rapporto *same-sex*, fossero qualificati come matrimoniali anche nell'ordinamento italiano, con conseguente applicazione disgiunta della legge nazionale dei

¹⁵ Si pensi al già richiamato art. 45, par. 3 della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato.

¹⁶ Per giungere a tale decisione, la Cedu ha confrontato il contenuto delle discipline finlandesi sul matrimonio e sulla partnership registrata e valutato se il passaggio dal primo al secondo istituto avrebbe influito negativamente sui diritti dei componenti della coppia, con particolare riguardo ai diritti di natura familiare ed economica. CEDU, *Hämäläinen v. Finlandia*, 37359/09, 16-07-2014, paras. 83-87.

¹⁷ In base alla clausola generale di cui all'art. 1, co. 20, della l. n.76/2016, "le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso". Tuttavia, "la disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente". P. Zatti argomenta nel senso che l'unione civile italiana sia un coniugio secondo le varianti del modello tridentino secolarizzato. P. Zatti, *Introduzione al convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12/2016, 1663-1666.

¹⁸ In questo senso anche G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, in *Riv. dir. internaz.*, 2/2017, 498.

¹⁹ A. Belvedere, *Scritti giuridici. Volume primo, Linguaggio e metodo giuridico*, Milano, 2016, 90.

nubendi alla capacità e alle altre condizioni per contrarre matrimonio (art. 27 della legge n. 218/1995 e art. 115 c.c.)²⁰. Questo, almeno se si seguisse l'orientamento originalista della giurisprudenza che configura la diversità di sesso tra i nubendi come una condizione essenziale per contrarre matrimonio secondo l'ordinamento italiano²¹.

Inoltre, come ha notato la Corte di Cassazione, se l'art. 32-bis non si applicasse anche ai cd matrimoni misti, si determinerebbe una discriminazione cd a rovescio tra i cittadini italiani che, contraendo matrimonio all'estero con uno straniero, potrebbero “trasportare” forma ed effetti del vincolo nel nostro ordinamento e quelli che invece, costituendo il vincolo in Italia, dovrebbero necessariamente aderire al modello di unione civile previsto dalla legge italiana²².

La norma impone dunque una riqualificazione come unione civile a qualunque matrimonio celebrato all'estero da un cittadino italiano, anche se la legge nazionale del partner – non italiano – consentisse la celebrazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso²³.

Si tratta poi di individuare quale è la legge applicabile agli effetti di tali unioni civili e al loro scioglimento. La disposizione in commento sembrerebbe essere una classica norma di conflitto unilaterale. Sembrerebbe cioè non solo imporre la riqualificazione, ma anche indicare la legge regolatrice della fattispecie, con la conseguente applicazione della disciplina materiale italiana a tutti gli effetti del matrimonio riqualificato come unione civile. Questa interpretazione consentirebbe di evitare che sia individuata come applicabile la legge di un ordinamento che non disciplina l'unione civile²⁴. In particolare, negli ordinamenti che hanno esteso il matrimonio alle coppie dello stesso sesso non sempre è possibile rinvenire una normativa sulle unioni civili: basti pensare alla Germania, ove l'introduzione del matrimonio cd. egualitario (*gleichgeschlechtliche Ehe*) ha determinato la contemporanea abrogazione della normativa sulle unioni civili (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*), fino ad allora riservate, al pari di quanto accade oggi in Italia, alle sole coppie di persone dello stesso sesso²⁵. Dunque, ogniqualvolta il criterio di collegamento conducesse a tali ordinamenti – ad esempio applicando il criterio del luogo di costituzione²⁶ si rischierebbe di non trovare una

²⁰ Sul problema della qualificazione vedi *infra* par. 4.

²¹ Riferendosi a circostanze relative all'altro nubendo, cioè stabilendo con chi il nubendo non può contrarre matrimonio, la diversità di sesso si configurerebbe come un tipico esempio di impedimento c.d. bilaterale o doppio. Cf. T. Ballarino, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, 2 edizione, Padova, 2007, 136.

²² Cass., 14-05-2018, n. 11.696, par. 13.4.

²³ Alla medesima conclusione giunge anche la Corte di Cassazione, argomentando da una lettura congiunta dell'articolo 32-bis e quinquies, e facendo leva sulla circostanza che, nell'esercizio del margine di apprezzamento, l'Italia abbia scelto il modello delle unioni civili, e non del matrimonio, per regolare le unioni *same-sex*. Cass., 14-05-2018, n. 11.696, par. 13.3.

²⁴ C. Campiglio, *Forum: la disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*, cit.

²⁵ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 52, ausgegeben am 28.07.2017, Seite 2787 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017.

²⁶ Questo criterio è ad esempio previsto ai sensi dell'art. 32-ter par. 3 per valutare la validità dell'unione civile e, dall'art. 32-ter, par. 4 per regolare i rapporti personali e patrimoniali dell'unione civile.

disciplina delle unioni civili, finendo per applicare quella sul matrimonio, in base alla seconda qualificazione da compiersi sulla base dell'ordinamento richiamato, così privando sostanzialmente di effetto utile la riqualificazione italiana.

Sembra tuttavia preferibile una interpretazione restrittiva che consideri la disposizione unicamente volta alla riqualificazione dell'istituto, ferma l'applicabilità delle norme di conflitto sulle unioni civili, e dei regolamenti UE, per la disciplina di tutti gli effetti, al pari di quel che accade per le unioni civili riconosciute o costituite in Italia che presentino elementi di estraneità.

Questo prima di tutto perché, in generale, la scelta legislativa di attribuire un persistente rilievo assiologico alla legge nazionale, anche rispetto ai matrimoni *same-sex*, non è del tutto condivisibile. La cittadinanza infatti ben può rappresentare un nesso di scarsa intensità alla luce del fenomeno generalizzato della mobilità degli individui nello spazio e dunque il richiamo di questo criterio può porsi in contrasto con le aspettative di questi ultimi rispetto all'individuazione della legge applicabile²⁷. Si pensi ad una coppia di cittadini italiani residenti all'estero che decidono di sposarsi nel Paese di residenza secondo la legge locale. Poiché la riqualificazione opera a prescindere dalla residenza in Italia dei coniugi, l'applicazione della legge italiana a tutti gli effetti ben potrebbe andare contro la legittima aspettativa delle parti²⁸.

Non solo. Una lettura restrittiva della norma sembra preferibile anche perché non appare ragionevole la differenza di trattamento che altrimenti si realizzerebbe tra matrimoni riqualificati in unioni civili e altre unioni civili, costituite all'estero o in Italia, aventi carattere transnazionale, per le quali il legislatore ha stabilito autonome norme di conflitto. La norma stessa, nell'affermare che l'unione civile sarà regolata “dalla legge italiana”, ben può essere letta come comprensiva delle norme italiane di conflitto. Non si vedono peraltro difficoltà ad applicare anche norme straniere relative all'unione civile, salva la necessità di verificare se dall'applicazione del diritto straniero non derivino effetti incompatibili con il nostro ordine pubblico internazionale.

3. Gli effetti dei matrimoni contratti da persone straniere dello stesso sesso: i punti fermi

Alla luce di quanto emerso sinora si può dedurre che l'art. 32-bis determina un vuoto di disciplina, laddove estende i propri effetti al matrimonio contratto

²⁷ Sul punto E. Di Napoli, *A Place Called Home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013, 899-922.

²⁸ Si noti però, che, sia pure in un ambito diverso da quello qui oggetto di analisi, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di affermare che: “The rapporteur finds that, especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person's close connection with his or her home country. Therefore, even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights, the decisiveness of a person's nationality cannot be considered to be without “objective and reasonable justification”. CEDU, *Ammdjadi v. Germany*, Decision as to the admissibility of Application no. 51625/08, 9-03-2010.

all'estero (i) tra due cittadini italiani e (ii) tra un cittadino italiano e uno straniero, lasciando però fuori del proprio ambito d'applicazione il caso dei (iii) cittadini entrambi stranieri. Si tratta allora di stabilire la disciplina applicabile qualora due stranieri chiedano la trascrizione in Italia del proprio legame coniugale e quali siano, alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano, gli effetti da ricollegarsi a tale vincolo.

Il fatto che il tenore stesso dell'art. 32-bis non consenta di includere entro il suo ambito applicativo i matrimoni di due cittadini entrambi stranieri potrebbe indurre a ritenere che sia implicitamente consentito trattarli alla stregua di matrimoni nell'ordinamento italiano²⁹. Ma se la riqualificazione in unione civile non è esplicitamente imposta, questo non significa che, per ciò stesso, il matrimonio debba essere riconosciuto come tale.

Questo forse è, dopo la legge n. 76/2016, uno dei punti più delicati perché si presta, almeno astrattamente e come subito vedremo, a più soluzioni interpretative. Possono però essere individuati alcuni punti fermi.

Un primo punto fermo è l'esclusione dell'operatività del limite dell'ordine pubblico. La Corte di Cassazione ha ben notato che la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha interpretato l'art. 12 della CEDU privando di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi³⁰, deducendo che la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è requisito minimo indispensabile, per così dire "naturalistico", per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante, non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica. Da qui la Corte ha concluso che l'intrascrivibilità dei matrimoni omosessuali dipende -non dalla loro "inesistenza", e neppure dalla loro "invalidità", ma - eventualmente - dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano³¹.

D'altra parte sembra difficile ricostruire un obbligo di riconoscimento del matrimonio *same-sex*, concluso all'estero, come tale, come corollario della cittadinanza europea e del diritto di circolazione (articoli 20 e 21 TFEU), nonché dell'art. 8 CEDU³².

²⁹ In questo senso, G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il D.lgs. n. 7/2017*, cit., 498.

³⁰ "The Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex", aggiungendo però che "the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State". CEDU, *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04, judgement, 24-06-2010, par. 61; CEDU, *Oliari and others v. Italy*, 18766/11 and 36030/11, judgement, 21-07-2015, par. 191; CEDU, *Orlandi and others v. Italy*, 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12, judgement, 14-12-2017, par. 145.

³¹ Cass., 15-03-2012, n. 4184.

³² Per l'individuazione nel diritto dell'UE di un principio che impone il riconoscimento diretto degli status (*la situation juridique*) personali e familiari acquisiti all'estero, salvo il limite dell'ordine pubblico, cf. R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Rec. des cours*, vol. 348, 2010, 413-462, in particolare pp. 443-444; 494-495; S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2016, 797; 805. Tra le pronunce della Corte di Giustizia poste a fondamento di tale tesi assumono principalmente rilevanza le decisioni Garcia Avello e Grunkin-Paul, in cui la Corte ha ricavato dalle disposizioni del Trattato

Nella prospettiva della CEDU, è fuori dubbio che lo status coniugale di una persona, che fra l'altro è certificato in un documento pubblico dello Stato d'origine, costituisca parte della sua identità personale e sociale, e sia pertanto protetto dall'art. 8 CEDU³³. La trascrizione stessa del matrimonio incide sul diritto alla vita privata e familiare, in quanto operazione diretta a riconoscere, e a consentire di opporre a terzi, lo stato civile di un individuo. Ricade quindi anch'essa entro l'ambito applicativo dell'art. 8 CEDU³⁴.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo si è però ben guardata dal richiedere in sede di riconoscimento di un matrimonio *same-sex* straniero più di quanto non richieda sul piano della tutela materiale interna³⁵. Su entrambi i versanti ha reiteratamente escluso che l'art. 8 e l'art. 12 della CEDU, in combinazione con l'art. 14, impongano agli Stati Parti di concedere alle coppie omosessuali l'accesso al matrimonio³⁶, precisando però che tali coppie devono essere riconosciute giuridicamente e che ad esse deve essere garantito un nucleo fondamentale di diritti, pena la violazione dell'art. 8 CEDU³⁷.

l'obbligo per uno Stato Membro di riconoscere il doppio cognome attribuito – rispettivamente dallo Stato di ulteriore cittadinanza (nella prima pronuncia) e dallo Stato di nascita e residenza (nella seconda pronuncia). Corte giust., sent. 2-10-2003, c-148/02, *Carlos Garcia Avello contro Stato belga*, European Court Reports 2003 I-11613, ECLI:EU:C:2003:539; Corte giust., sent. 14-10-2008, c-353/06, *Grunkin-Paul*, 2008, I-7639. Altri autori fanno leva sul diritto alla protezione della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. In particolare, secondo A. Bucher, “la protection juridique mise en place dans un Etat doit produire ses effets dans des autres Etats, out tout au moins des effets équivalents”, sicché “un Etat dont les règles de droit international privé ne répondent pas à cet impératif viole l'article 8 de la CEDH”. Quindi il metodo del riconoscimento si sostituisce al normale funzionamento delle norme di conflitto, nell'ipotesi in cui la applicazione di queste ultime dovesse condurre ad un esito incompatibile con il disposto dell'art. 8 CEDU. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, in *Rec. des cours*, 2000, vol. 283, 98-101. In generale, sulla ricostruzione del metodo del riconoscimento delle situazioni giuridiche acquisite all'estero si rinvia a P. Lagarde, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?*, in *Rec. des cours*, vol. 371, 2014, 19-42. La Corte di Cassazione nella sentenza 11.696 sembra far proprio questo metodo nel passaggio in cui afferma: “neanche l'accertamento dell'esistenza (o della mancanza) di analogo istituto nell'ordinamento italiano costituisce, in linea generale, un ostacolo impeditivo al riconoscimento [...]. Un atto o un provvedimento straniero che sia rispettoso di tale limite [il limite dell'ordine pubblico internazionale] merita di essere riconosciuto nel nostro ordinamento con riferimento specifico agli effetti che è destinato a produrre”. Cass., 14-05-2018, n. 11.696, par. 13.1. Nel senso della trascrivibilità del matrimonio *same-sex* fra stranieri, vedi la già richiamata sentenza della Corte d'appello di Napoli 13-03-2015, consultabile in [Articolo29](#), [www.articolo29.it](#).

³³ F. Salerno ritiene non convincente la tesi del riconoscimento diretto di una posizione giuridica a prescindere dal fatto che essa sia cristallizzata in un documento pubblico. L'autore ritiene che, lungi dall'essere irrilevante, l'incorporazione della posizione giuridica in un documento pubblico amplifichi l'intensità dell'obbligo di riconoscere la posizione stessa. Infatti, per effetto di questa incorporazione, tale posizione diventa elemento costitutivo dell'identità personale del soggetto. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Rec. des cours*, vol. 395, 2019, 157-158.

³⁴ CEDU, *Dadouch v. Malta*, 38816/07, judgement, 20-07-2010, par. 48; *Orlandi*, *cit.*, par. 144.

³⁵ *Orlandi*, *cit.*, par. 194; Judge Koskelo, Concurring Opinion in *Orlandi*, par. 8.

³⁶ *Schalk and Kopf*, *cit.*, paras. 49-63; 108; CEDU, *Gas et Dubois c. France*, 25951/07, 15-03-2012, par. 66; *Hämäläinen*, *cit.*, par. 96; *Oliari*, *cit.*, paras. 191-192-193; CEDU, *Chapin et Charpentier c. France*, 40183/07, 9-06-2016, paras. 36-39.

³⁷ *Oliari*, *cit.*, par. 174.

In particolare, poiché quasi tutti gli Stati che non prevedono il matrimonio omosessuale all'interno non consentono nemmeno la trascrizione di tale matrimonio, se celebrato all'estero, la Corte ha ritenuto che deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento sulla trascrivibilità come tali dei matrimoni celebrati all'estero³⁸.

Quindi, una violazione della CEDU sarà certamente integrata qualora la richiesta di trascrizione del matrimonio *same-sex* straniero sia rifiutata *tout court*, lasciando la coppia nel vuoto giuridico e senza alcuna protezione. Di converso, la compatibilità con la CEDU sarà salva se, nonostante il mancato riconoscimento del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero come tale, lo Stato richiesto garantirà comunque una tutela adeguata alla coppia, uguale o simile a quella assicurata alla coppia eterosessuale coniugata³⁹. Di conseguenza, usando le parole della Corte, la conversione del matrimonio *same-sex* straniero in unione civile soddisfa, almeno *prima facie*, gli standards convenzionali⁴⁰.

La continuità transfrontaliera dello status non sembra imposta neanche dal diritto dell'UE. È noto che, in mancanza di una competenza legislativa dell'UE in materia di definizione e disciplina del matrimonio, i regolamenti dell'UE in materia di diritto internazionale privato della famiglia lasciano impregiudicata la questione – che si pone sempre come questione preliminare – della sussistenza dello status⁴¹.

L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, così come l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nel garantire il diritto di sposarsi e

³⁸ *Orlandi, cit.*, par. 205.

³⁹ *Schalk and Kopf, cit.*, par. 99; CEDU, *Vallianatos and others v. Greece*, 29381/09 and 32684/09, 7-11-2013, par. 81; *Orlandi, cit.*, par. 194. P. Kinsch osserva che il metodo “troppo liberale” del riconoscimento fondato sulla CEDU potrebbe condurre ad una inopportuna estensione al diritto di famiglia della autonomia delle parti, tipica della materia contrattuale. P. Kinsch, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law*, in K. Boele-Woelki and others (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurich-Basel, 2010, 274-275.

⁴⁰ *Orlandi, cit.*, par. 194.

⁴¹ “L'accertamento del rapporto di famiglia continua a essere disciplinato dal diritto interno degli Stati membri, comprese le loro norme di diritto internazionale privato”. Reg. CE n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, OJ L 7, 10.1.2009, 1-79, considerando n. 21. Reg. UE n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, OJ L 343, 29.12.2010, 10-16, considerando n. 26, art. 1 par. 2 lett. b), art. 13. Il Reg. 650/2012 esclude dal suo ambito di applicazione lo status delle persone fisiche, i rapporti di famiglia e i “rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili”. Reg. UE n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, OJ L 201, 27.7.2012, 107-134, Art. 1 par. 2 lett (a). “Il presente regolamento non riguarda la nozione di «matrimonio», che è definita dal diritto interno degli Stati membri”. Reg. UE n. 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, OJ L 183, 8.7.2016, 1-29, considerando n. 17, art. 9.

costituire una famiglia, rinviano espressamente alle leggi nazionali che ne regolano l'esercizio. La delicatezza della materia si evince anche dal fatto che nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, l'adozione delle "misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transfrontaliere" richiede l'unanimità degli Stati Membri⁴².

Coerentemente a questo quadro normativo, la Corte di Giustizia ha perentoriamente escluso che uno Stato Membro sia obbligato ad introdurre nel proprio ordinamento l'istituto del matrimonio omosessuale, e a riconoscere gli effetti di un matrimonio concluso in un altro Stato Membro⁴³, sempreché il mancato riconoscimento di taluni effetti del matrimonio non integri una violazione del diritto dell'UE⁴⁴. In altre parole il mancato riconoscimento di per sé è pienamente legittimo nella misura in cui lo Stato Membro richiesto, pur non riconoscendo, assicura comunque agli individui interessati la piena applicazione del diritto dell'UE, con particolare riguardo all'esercizio delle libertà fondamentali⁴⁵.

È quindi evidente che il riconoscimento del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero è la soluzione più sicura per gli Stati Membri, sul piano della compatibilità con la CEDU e con il diritto dell'UE, perché maggiormente rispettosa del diritto alla vita privata e familiare di cui alla CEDU nonché dei valori di certezza giuridica e di continuità delle situazioni giuridiche nello spazio perseguiti dal legislatore europeo⁴⁶.

Ma non è una soluzione imposta⁴⁷. La conversione del matrimonio *same-sex* in unione civile è quindi in linea con la CEDU nella misura in cui garantisca alla

⁴² Art. 81, par. 3 TFEU.

⁴³ Corte giust. (Grande Sezione) sent. 5-06-2018, c-673/16, *Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI: ECLI:EU:C:2018:385, par. 37; 45.

⁴⁴ Corte giust., *ibidem*, par. 45. Non si tratta certo del primo caso in cui una normativa nazionale adottata in un settore che rientra nella competenza degli Stati Membri può nondimeno interferire con il diritto dell'UE e per questa via essere incompatibile con esso. Cf. M.E. Bartoloni, *Competenze puramente statali e diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2015, 339-365.

⁴⁵ Rimane fermo il limite dell'abuso del diritto, sul quale si tornerà più diffusamente in seguito. Se un cittadino dell'Unione, avente la nazionalità di uno Stato che non ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si sposta in un altro Stato Membro che lo ammette, al solo fine di sposarsi, per poi rientrare nel proprio Stato, quest'ultimo Stato potrebbe opporre sia l'abuso del diritto nel senso della sentenza *Centros*, sia l'inapplicabilità del diritto dell'Unione Europea al caso. In questo senso, A. Lang, *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman*, in *Genius* 2018/2, 148, nota n. 65. Cf. Corte giust., sent. 9-03-1999, c-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*. Raccolta della Giurisprudenza 1999 I-01459, ECLI:EU:C:1999:126. Sull'abuso del diritto vedi *infra* par. 5.

⁴⁶ G. Puma parla di una "preferenza", sia pure non assoluta e da valutarsi caso per caso, in favore della continuità degli status personali e familiari costituiti all'estero. G. Puma, *cit.*, p. 413. In termini simili, Mosconi ritiene che la circolazione delle nuove forme di convivenza è favorita, ma non imposta, dal diritto dell'UE. F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 360; in particolare 370-371. Sul punto si rinvia a P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status judicially created Abroad*, in *Diritti umani e dir. internaz.*, 2011, 609-616.

⁴⁷ La stessa Corte Costituzionale italiana ha affermato che non esiste una norma di diritto internazionale che imponga che un provvedimento straniero sia rispettato nel suo integrale

coppia omosessuale una tutela adeguata, uguale o simile a quella eterosessuale coniugata, e sempre che non incida negativamente sulle libertà fondamentali dell'Unione Europea.

4. La qualificazione del matrimonio same-sex fra stranieri

Una volta esclusa la vigenza di un obbligo a riconoscere il matrimonio *same-sex* concluso all'estero fra stranieri, si tratta di verificare se *possa* essere riconosciuto come tale, o se sia invece del tutto estraneo al “tipo matrimoniale” previsto dall'ordinamento italiano. In questa seconda ipotesi, dovrebbe essere attuato nelle forme proprie di un tipo locale che possieda effetti equivalenti e ne condivida sostanzialmente gli scopi⁴⁸. Si dovrebbe quindi fare ricorso alla tecnica dell'adattamento (“adaptation” in inglese, “adaptation” in francese, “Anpassung”, in tedesco) e ricondurlo all'istituto dell'unione civile⁴⁹.

Come premesso, non vi è una soluzione univoca nel momento in cui si tratta di qualificare il matrimonio *same-sex* concluso all'estero fra stranieri. E questo non solo e non tanto per la nota diatriba, che va ben oltre la materia di cui ci si occupa in questo lavoro, circa la determinazione della legge in base alla quale operare la qualificazione⁵⁰. La qualificazione sembra dubbia anche se ci si pone esclusivamente nella prospettiva della *lex fori*⁵¹.

In linea con l'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost, seguita dalla Corte costituzionale italiana, si potrebbe argomentare nel senso che la diversità di sesso tra le parti costituisca in Italia un presupposto ineludibile e fondante dell'istituto matrimoniale, con la conclusione che il matrimonio *same-sex* dovrebbe qualificarsi come un istituto sconosciuto al nostro ordinamento⁵². La

contenuto quando si tratta di riconoscerlo, eseguirlo, o implementarlo. Corte costituzionale, sent. n. 536, del 11-12-1989, par. 5.

⁴⁸ F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status*, cit., p. 163, sottolinea che, anche accolto il cosiddetto metodo del riconoscimento diretto, lo status personale o familiare da riconoscere deve comunque rientrare in uno dei tipi conosciuti nello Stato richiesto, aprendosi altrimenti la via all'adattamento.

⁴⁹ L'adattamento, in questa prospettiva, rappresenta uno degli strumenti offerti all'operatore del diritto per ovviare ai problemi di “comunicazione” insiti nella diversità dei diritti nazionali e nella complessità dei meccanismi che ne presiedono il coordinamento. Si provvede all'adattamento per facilitare la coesistenza degli ordinamenti, contro il pericolo che la diversità giuridica si converta in ragione di esclusione di ciò che è giuridicamente “altro”. P. Franzina, *Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in Studi in onore di Laura Picchio Forlati, a cura di B. Cortese, Torino, 2014, 185-194.

⁵⁰ Secondo alcuni la qualificazione dovrebbe essere operata in base alla legge del foro (*lex fori*), secondo altri in base alla legge individuata come applicabile (*lex causae*), secondo altri ancora dalla legge del foro, coordinata però con la *lex causae*, quindi interpretata in modo flessibile. Sull'operazione di qualificazione nel diritto internazionale privato cf. S. Barile, *Qualificazione* (diritto internazionale privato), in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 1; R. Baratta, *Qualificazioni*, in *Diritto internazionale privato*, Dizionario del diritto privato promosso da N. Irti, Milano, 2010, 315; S. Tonolo, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, 2003.

⁵¹ A favore della tesi secondo cui la qualificazione dovrebbe operarsi secondo la *lex fori* vedi Judge Koskelo, *Concurring Opinion* in Orlandi, par. 6.

⁵² Nel senso che il matrimonio contratto all'estero fra persone dello stesso sesso non sia

Corte di Cassazione, come abbiamo visto, ha affermato l'inidoneità dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero a produrre come tali qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano, e sembra quindi assumere a monte che non possano essere qualificati come matrimoni⁵³.

Anche il tenore della delega legislativa al governo sembra deporre a favore di questa interpretazione, cioè nel senso della riqualificazione di tutti i matrimoni contratti all'estero, anche fra stranieri, come unioni civili di cui alla legge L. n. 76/2016, e tale soluzione viene peraltro accolta anche in altri ordinamenti, come in Svizzera. Sul piano pratico, ammettere la continuità transfrontaliera dello status coniugale solo per coppie di stranieri avrebbe effetti di *reverse discrimination*. Infatti, anche se gli effetti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ex legge n. 76/2016 sono pressoché coincidenti con quelli del matrimonio civilistico, comunque esistono talune esclusioni. Quindi, ammesso il riconoscimento del matrimonio fra stranieri come tale, ne deriverebbe per loro un trattamento differenziato di favore rispetto ai coniugi italiani dello stesso sesso e anche rispetto ai cittadini stranieri che sposano un cittadino italiano, per i quali è imposta la riqualificazione⁵⁴.

Sembra poi rilevante che, ai sensi dell'art. 63 dell'ordinamento dello stato civile, nella parte seconda del registro delle unioni civili si debbano trascrivere, oltre agli atti di costituzione delle unioni civili avvenute all'estero, anche “gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero”⁵⁵.

Eppure, come si diceva, si potrebbe argomentare anche a favore del riconoscimento del matrimonio *same-sex*, celebrato fra stranieri, come tale⁵⁶.

qualificabile come matrimonio nel nostro ordinamento. F. Pesce, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili*, in *Genius*, 2017, 93; C. Campiglio, *Forum: Le discipline internazionalprivatistica italiana delle unioni civili/3*, cit.; nello stesso senso anche R. Rossolillo che lo ritiene un istituto sconosciuto per l'ordinamento italiano. G. Rossolillo, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2003, 382. F. Mosconi si attiene ad una rigorosa applicazione della teoria della qualificazione sulla base della *lex fori*, e considera il matrimonio inesistente. F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, cit., 364-365.

⁵³ Cass., 15-03-2012, n. 4184. Per questa interpretazione vedi Judge Koskelo, Concurring Opinion in Orlandi, par. 6.

⁵⁴ In questo senso, F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status*, cit., 183; F. Pesce, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 93.

⁵⁵ Art. 63 comma 2, lettera c-bis, d.p.r. 3-11-2000 n. 396, così come modificato dal d.lgs. 19-01-2017 n. 5. Cf. d.lgs. 19-01-2017 n. 5. Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della l. 20-05-2016, n. 76. (17G00011) (g.u. Serie Generale n.22 del 27-01-2017)

⁵⁶ A favore della qualificazione matrimoniale: S. Tonolo, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di legge*, Torino, 2003, 164; N. Boschiero, *Les unions homosexuelles*, cit., 112; 118. Secondo le due autrici, la qualificazione del matrimonio omosessuale è chiara negli ordinamenti che lo ammettono, e il matrimonio omosessuale non è configurabile come istituto sconosciuto nemmeno negli ordinamenti che non lo ammettono. In questi ultimi ordinamenti potrà tutt'al più essere sollevata una questione di ordine pubblico qualora ritengano che la differenza di sesso sia un elemento essenziale al matrimonio. Molti autori sostengono che l'operazione di qualificazione dovrebbe essere condotta in modo autonomo rispetto alle regole di diritto materiale dello Stato del foro, quindi in modo elastico, in modo da

Infatti, si potrebbe ritenere che tale qualificazione non sia impedita dal fatto che, secondo il diritto materiale italiano, al matrimonio non abbiano accesso le coppie formate dalle persone dello stesso sesso⁵⁷. La stessa Corte di Cassazione, con la richiamata sentenza 4184/2012, ha superato la teoria dell'inesistenza del matrimonio omosessuale. Infatti, malgrado il rilevante discostamento in ordine alle condizioni di accesso, la forma e gli effetti del matrimonio *same-sex* comunque rimandano all'istituto matrimoniale previsto dal codice civile italiano.

Contro l'interpretazione originalista fatta propria dalla Corte Costituzionale⁵⁸, si potrebbe obiettare che l'odierna nozione di "famiglia" non è in tutto e per tutto sovrapponibile a quella contemplata dai padri costituenti. Diversamente opinando, occorrerebbe necessariamente concludere che non vi si può ricomprendere, ad esempio, il rapporto di filiazione adottiva, per il solo fatto che quest'ultimo risultava ben distinto da quello di filiazione "legittima" in quella formulazione originaria del codice civile del 1942 nel cui contesto si collocarono i lavori dell'Assemblea Costituente⁵⁹. Tale inclusione è oggi chiaramente desumibile dal mutato quadro normativo codicistico ed è indubbio che l'adozione dia oggi vita ad un rapporto avente natura familiare. Anche in relazione al matrimonio dunque ben si potrebbe abbandonare il criterio interpretativo originalista rigidamente ancorato al clima culturale nel quale la Carta Costituzionale è stata stesa a favore di una interpretazione dell'art. 29 Cost.

ricomprendere fattispecie che ne fuoriuscirebbero sulla scorta di una qualificazione rigidamente operata *lege fori*. Secondo S. Armellini, un matrimonio omosessuale straniero può essere "in via diretta o analogica" qualificato come matrimonio al fine della sua riconducibilità all'ambito di applicazione delle pertinenti norme di diritto internazionale privato italiano. S. Armellini, *Qualificazione e istituti del diritto di famiglia sconosciuti*, Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili, vol. IV, a cura di A. Cagnazzo, F. Preite, V. Tagliaferri, Milano, 2015, 743-773. In termini simili, N. Boschiero, *Les unions homosexuelles*, cit., 113; 119, esaminando il quadro normativo vigente prima della legge n. 76/2016, riteneva che le norme italiane di conflitto sul matrimonio avrebbero potuto essere applicate per analogia al matrimonio *same-sex*. Secondo G. Biagioni, trattandosi di materia cui è applicabile l'istituto del rinvio, la qualificazione *lege fori* dovrebbe, ove sussistano le condizioni per il ricorso a quest'ultimo istituto, essere coordinata con quella operata dall'ordinamento richiamato. G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il D.lgs. n. 7/2017*, cit., 499-500. G. Rossolillo sottolinea che la norma di conflitto, proprio perché concepita come strumento di apertura dell'ordinamento verso l'esterno, deve essere atta a ricomprendere nel proprio ambito anche istituzioni in parte differenti da quelle dell'ordinamento del foro, o persino sconosciute a quest'ultimo. Tuttavia, partendo da questa premessa, l'autrice conclude affermando che, in assenza del requisito essenziale di diversità di sesso, nessuna istituzione straniera potrà essere assimilata al matrimonio come configurato nell'ordinamento italiano. Cf. R. Rossolillo, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso*, cit., 380-382. Secondo F. Salerno, operare la qualificazione esclusivamente in base alla *lex fori* mal si concilierebbe con l'obiettivo stesso del diritto internazionale privato: il coordinamento fra ordinamenti giuridici. In caso di conflitto tuttavia - l'autore utilizza come esempio proprio il matrimonio omosessuale da qualificarsi in uno Stato che non lo ammette - la qualificazione deve essere operata in base ai valori fondamentali protetti dalla *lex fori*. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status*, cit., 116-118.

⁵⁷ In questo senso G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, cit., 500.

⁵⁸ Vedi *supra* nota n. 3.

⁵⁹ P. Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare. I - Presupposti ed effetti*, in Il nuovo diritto di famiglia, a cura di G. Ferrando, vol. III, Bologna, 2007, 588.

orientata al disposto dell'art. 12 CEDU, secondo la lettura che ne ha dato la Corte Europea dei diritti dell'uomo⁶⁰.

Non vi è dubbio, infatti, che i lavori preparatori siano uno strumento importante di orientamento interpretativo rispetto alle norme costituzionali; ma queste hanno una vitalità propria che prende alimento dalle nuove istanze sociali e dalla loro riconducibilità a tutto quell'insieme di concetti giuridici che ne identificano l'impronta assiologica, in collegamento continuo con i mutamenti sociali e culturali⁶¹.

Del resto, anche le circolari ministeriali che si sono succedute nel tempo per chiarire che non potevano essere trascritti i matrimoni celebrati all'estero fra due omosessuali, di cui uno italiano, presupponevano e quindi confermavano la qualificazione matrimoniale dell'istituto, nella misura in cui richiamavano, per la definizione della disciplina applicabile, l'art. 115 c.c. e l'art. 27 della legge 218/1995⁶². Tali circolari inoltre identificavano proprio nella nazionalità italiana di almeno uno dei due coniugi l'elemento necessario per dedurre la contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero⁶³.

Venendo poi all'ordinamento dello stato civile, l'asserita contraddittorietà fra la riconoscibilità del matrimonio *same-sex* come tale e obbligo di trascrizione nel registro delle unioni civili si potrebbe ricondurre ad un difetto di coordinamento fra i due decreti, cioè ad un mancato recepimento nel decreto sull'ordinamento dello stato civile della modifica inserita in limine nell'art. 32-bis che infatti, nella versione iniziale, imponeva la riqualificazione per tutti i matrimoni *same-sex* esteri. In ogni caso, la trascrizione ha una funzione meramente certificativa, cioè non è suscettibile di incidere sugli effetti che un atto sarebbe comunque idoneo a produrre ai sensi della regola sostanziale. Così, sarebbero soggetti a trascrizione nel registro delle unioni civili soltanto i matrimoni contratti da cittadini italiani con persona dello stesso sesso. Gli altri matrimoni dovrebbero invece essere trascritti nei registri dei matrimoni, al pari di quelli contratti all'estero fra persone di sesso diverso⁶⁴.

⁶⁰ *Schalk and Kopf, cit.*, par. 61; *Oliari, cit.*, par. 191; *Orlandi, cit.*, par. 145. Sul processo di convergenza fra valori costituzionali ed internazionali, cf. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status, cit.*, 28; 65.

⁶¹ Per gli argomenti utilizzabili per superare l'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'art. 29 della Costituzione, si rimanda a B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale, cit.*, 12-25.

⁶² Vedi *supra* nota n. 6. Si badi bene che, assumendo la qualificazione matrimoniale dell'istituto, e diversamente da quanto si legge nelle circolari ministeriali, l'impossibilità di trascrizione del matrimonio *same-sex* non deriverebbe dalla contrarietà con l'ordine pubblico, ma dall'invalidità stessa del matrimonio contratto all'estero.

⁶³ F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato, cit.*, 366 in nota n. 35, sostiene che tali circolari implicitamente ammettevano la trascrizione del matrimonio *same-sex* fra due stranieri. Secondo N. Boschiero, *Les unions homosexuelles, cit.*, 120, le circolari indicate avrebbero fatto propria, sia pure solo indirettamente, la nozione di ordine pubblico attenuato: più la situazione è estranea al sistema giuridico del foro, minore è l'intensità dell'intervento del limite dell'ordine pubblico.

⁶⁴ Art. 14 n. 3 r.d. 9 luglio 1939 n. 1238/1939 Ordinamento dello stato civile, e art. 19 d.p.r. n. 396/2000, Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della l. 15-05-1997, n. 127.

Dall'adesione all'una piuttosto che all'altra posizione discendono conseguenze significative in termini di giurisdizione e di legge applicabile. Se si seguisse il primo orientamento, si aprirebbe la via della riqualificazione del matrimonio *same-sex* fra stranieri in unione civile, nel momento in cui se ne volessero fare riconoscere gli effetti in Italia. Viceversa, se il matrimonio tra persone dello stesso sesso potesse essere qualificato come matrimonio anche nell'ottica dell'ordinamento italiano, tale qualificazione implicherebbe l'applicazione dell'art. 27 della legge n. 218/1995 e porterebbe al risultato di ritenere sussistenti – già *de iure condito* – le condizioni per riconoscere effetti al matrimonio *same-sex* contratto all'estero, ovviamente nel caso in cui la legge nazionale di entrambi i nubendi lo consenta. Ne discenderebbe la possibilità di mantenerne la sottoposizione alla pertinente legge straniera, da individuarsi alla stregua degli articoli 26-30 della legge n. 218/1995, nonché dei regolamenti UE in materia matrimoniale⁶⁵.

La Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sul punto aderendo alla seconda interpretazione: l'art. 32-bis non si applica se viene richiesto il riconoscimento di “un'unione coniugale contratta all'estero tra due cittadini stranieri”, e il matrimonio deve quindi essere riconosciuto come tale⁶⁶.

Infatti, giusta la *ratio* antielusiva dell'art. 32-bis, il matrimonio *same-sex* fra stranieri sarebbe escluso dal suo campo di applicazione, e sarebbe sufficientemente estraneo all'ordinamento italiano da poter produrre effetti che non sarebbero consentiti se fosse costituito da cittadini italiani⁶⁷.

Eppure, tutta la costruzione sembra poggiare su fragili basi. Se si ritiene, come fa la Corte di Cassazione, che l'art. 32-bis abbia una funzione antielusiva, si dovrebbe coerentemente escludere dal suo campo di applicazione la coppia mista italiano-straniero, che è fattispecie dotata di un elemento di transnazionalità non creato elusivamente *ad hoc* ma dovuto appunto alla nazionalità di uno dei due

⁶⁵ Si pensi al Reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento CE n. 1347/2000 OJ L 338, 23.12.2003, 1–29; Reg. UE n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, OJ L 343, 29.12.2010, 10–16; Reg. UE 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, OJ L 183, 8.7.2016, 1–29.

⁶⁶ Cass. 14-05-2018 n. 11696, par. 13.3. Per un'analisi della sentenza cf. M.M. Winkler, “*A Case with Peculiarities*”: *Mixed Same-Sex Marriages Before the Supreme Court*, in *The Italian Law Journal*, 2018, 273-288.

⁶⁷ *Ibidem*, par. 13.3. Si è così realizzato quanto acutamente previsto da O. Lopes Pegna, prima che la l. n. 76 fosse adottata: “vi è da chiedersi se il venir meno del paventato rischio di intenti ‘elusivi’ da parte dei cittadini italiani, possa costituire, almeno *de iure condendo*, l'elemento che possa far cadere definitivamente l'ostacolo (forse il tabù?) al riconoscimento di effetti al matrimonio estero come tale”. O. Lopez Pegna, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, cit., 110-111. N. Boschiero, *Les unions homosexuelles*, cit., 120, in termini simili riteneva che l'introduzione nel nostro ordinamento di un'istituzione che regolasse il rapporto fra persone del medesimo sesso avrebbe attenuato ancora di più l'intervento dell'ordine pubblico in sede di riconoscimento dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero.

coniugi. In altre parole, l'applicazione della legge straniera a questa fattispecie, lungi dall'essere fraudolentemente costruita, sarebbe giustificata dall'esistenza di un collegamento oggettivo e genuino della coppia con lo Stato straniero. La Corte di Cassazione invece prima afferma che la norma copre la coppia mista e poi, per escludere dal suo raggio di applicazione la coppia straniera, asserisce la sua funzione antielusiva. In questo modo sembra reintrodurre sotto mentite spoglie il limite dell'ordine pubblico ad intensità variabile (*ordre public de proximité*), cioè un ordine pubblico che viene modulato in funzione dell'intensità del collegamento della situazione giuridica che si tratta di riconoscere con l'ordinamento richiesto⁶⁸.

La Corte inoltre fa salva la perfetta continuità dello status coniugale, al prezzo però di una evidente discriminazione al rovescio. Non solo fra cittadini italiani, che non possono accedere al matrimonio *same-sex*, e cittadini stranieri che invece potranno vedere riconosciuto in Italia il matrimonio *same-sex* contratto all'estero. Stando così le cose un cittadino dell'UE che sposa un italiano non vedrà riconosciuto questo status in Italia, mentre gli sarà riconosciuto se il coniuge è un cittadino dell'UE non italiano.

Tuttavia, a meno che non si voglia essere “più realisti del re”, evitare tali discriminazioni è possibile. Si è visto che la CEDU e il diritto dell'UE non obbligano a riconoscere il matrimonio *same-sex* come tale qualora l'ordinamento richiesto non lo conosca e metta a disposizione delle coppie omosessuali forme equivalenti di tutela. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha del resto ammesso che la legislazione interna in materia di trascrizione ben può essere costruita tenendo in considerazione lo scopo, legittimo, di prevenire il disordine che si potrebbe originare qualora dovesse essere riconosciuta come tale una situazione giuridica non conosciuta nell'ordinamento richiesto⁶⁹. Per questo sembra preferibile la riqualificazione dei matrimoni *same-sex* fra stranieri in unioni civili.

La riqualificazione in unione civile sembra imporsi *a fortiori* se la legge nazionale di uno dei due nubendi stranieri non ammette il matrimonio *same-sex*. Per contrarre matrimonio, così come un'unione civile, la capacità e le altre condizioni sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte⁷⁰. L'applicazione disgiunta della legge nazionale di ciascun nubendo potrebbe quindi comportare il mancato riconoscimento di un'unione civile o di un matrimonio *same-sex* contratto all'estero da cittadini stranieri, quando la legge nazionale di uno dei

⁶⁸ P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Rec. des cours*, 1986, vol. 196, 25-194; N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, 2008. Secondo alcuni autori, poiché la funzione dell'ordine pubblico è salvaguardare i valori fondamentali dello Stato del foro, è difficile accettare che l'intensità di questi valori possa variare in considerazione della “distanza” della situazione da riconoscere con lo Stato del foro. A. Borrás, *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*, in *Rec. des cours*, vol. 249, 1994, 339-340. F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status*, *cit.*, p. 132.

⁶⁹ *Dadouch*, *cit.*, par. 54; *Orlandi*, *cit.*, par. 200.

⁷⁰ Per il matrimonio si veda l'art. 27 l. n. 218/1995, per l'unione civile l'art. 32-ter, c. 1.

due (o di entrambi) non consenta rispettivamente l'unione civile, o il matrimonio, fra persone dello stesso sesso. Fra i due istituti vi è però una notevole differenza.

Se la legge nazionale applicabile non ammette l'unione civile tra persone dello stesso sesso è esplicitamente previsto che si applichi la legge italiana, non rilevando gli impedimenti relativi al sesso delle parti eventualmente previsti dalla loro legge nazionale⁷¹. Su queste basi ci si potrebbe chiedere se, in un'ottica di *favor* verso il riconoscimento dello status validamente acquisito all'estero, non possa seguirsi una via analogica con riferimento al riconoscimento dei matrimoni tra stranieri, consentendone l'efficacia in Italia anche quando la legge nazionale di uno dei due nubendi non ammetta il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁷². Così, in Francia, dopo l'introduzione del cd *mariage pour tous*, è stato riconosciuto che l'accesso al matrimonio tra persone dello stesso sesso costituisce un valore di ordine pubblico, idoneo dunque ad escludere l'applicazione della legge straniera contrastante, anche ove designata da una convenzione internazionale⁷³. Ma nel nostro ordinamento una legge straniera che non consente il matrimonio a coppie dello stesso sesso non è certo contraria all'ordine pubblico, visto che lo stesso diritto materiale italiano non prevede questa possibilità. Ciò che deve leggersi come regola di ordine pubblico "positivo" è piuttosto l'art. 32-ter, nella misura in cui garantisce a tutte le persone il risultato materiale di potersi unire civilmente con una persona dello stesso sesso, indipendentemente da eventuali impedimenti derivanti dalla propria legge nazionale⁷⁴. In altre parole, tale norma assicura a tutte le relazioni stabili *same-sex* almeno il *minimum* standard di riconoscimento giuridico costituito dall'unione civile, in linea con quanto affermato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso Oliari c. Italia⁷⁵. Per questo, se la legge nazionale di uno dei due nubendi non ammette il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si dovrà procedere alla riqualificazione del matrimonio in unione civile.

5. Gli effetti delle unioni civili concluse fra persone italiane dello stesso sesso

Diverso è il caso delle unioni civili o di qualsiasi altro istituto (non matrimoniale) analogo costituiti all'estero tra cittadini italiani abitualmente residenti in Italia

⁷¹ Art. 32-ter, comma 1 e 2.

⁷² In questo senso, O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2017, 539, e, della stessa autrice, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, *cit.*, 110. Si veda anche Corte di appello di Napoli, 13-03-2015, in *Foro it.*, 2016, I, 297.

⁷³ Cour de Cassation, 28-01-2015, n. 96, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, 400, con note di Boden, Bollée, Haftel, Hammje e De Vareilles-Sommières.

⁷⁴ Essendo una norma di ordine pubblico, essa prevale, secondo l'articolo 16 della l. 31-05-1995, n. 218, sulle eventuali differenti previsioni di ordinamenti stranieri. In questo senso anche il Parere del Consiglio di Stato 21-07-2016 sullo Schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante "Disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della l. 20-05-2016, n. 76".

⁷⁵ *Oliari, cit.*, paras. 174; 177.

che, ai sensi dell'art. 32-quinquies, producono gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. È ben chiaro l'intento anti-elusivo che informa questa regola materiale di conflitto, destinata ad evitare fittizie localizzazioni all'estero di un rapporto i cui elementi essenziali, eccezion fatta per il luogo di costituzione del vincolo, siano tutti riconducibili all'ordinamento italiano⁷⁶. La sottoposizione alla legge n. 76/2016 è infatti disposta solo in presenza di un collegamento particolarmente stretto con il nostro ordinamento: nei casi in cui una situazione totalmente interna sia stata internazionalizzata proprio per sottrarsi ai limiti posti dalla legge n. 76/2016. Ne consegue che, al pari del matrimonio, anche all'unione civile contratta all'estero vengono attribuiti effetti potenzialmente differenti da quelli che le sarebbero riconosciuti nell'ordinamento *a quo*. Tuttavia, a differenza di quanto previsto dall'art. 32-bis in relazione al matrimonio, rispetto all'unione civile ciò avviene solo a fronte di una localizzazione fittizia del rapporto al di fuori dell'ordinamento italiano.

Inoltre, mentre con riguardo al matrimonio *same-sex*, in linea di massima, la conversione opera in una sola direzione, cioè nel senso di ridurre la portata degli effetti del modello straniero e non nell'ampliarli, con riguardo alle unioni civili l'applicazione della legge italiana potrà produrre effetti quantitativamente maggiori o minori, rispetto a quelli prodotti nello Stato in cui è sorta. Per esempio, a seguito del processo di "conversione" in unione civile italiana, una *geregistreerd partnershap* di diritto olandese sarà "privata" dell'obbligo di fedeltà fra i membri della coppia, mentre, al contrario, un *pacs* di diritto francese verrà "dotato" della successione *ab intestato* a favore del partner superstite. Per questo l'adattamento dell'unione civile straniera al modello interno non costituisce necessariamente una *downgrade recognition*.

Quanto all'unione civile costituita all'estero tra soggetti diversi da italiani residenti in Italia - si tratta di coppie italiane residenti all'estero o coppie miste o straniere- nulla è disposto. L'articolo 32-quinquies non presenta però alcuna lacuna, posto che tutte le unioni civili tra persone dello stesso sesso che siano contratte all'estero e che sfuggano al suo ambito applicativo estenderanno i loro effetti in Italia nei termini previsti dalla legge applicabile secondo i criteri di collegamento previsti per le unioni civili dagli articoli 32-ter e 32-quater.

Vale la pena menzionare un'ultima questione interpretativa. Non è chiaro dal sistema delle nuove disposizioni se l'art. 32-quinquies mira anche ad imporre l'applicazione della legge materiale italiana ad esempio alle obbligazioni alimentari e agli effetti patrimoniali derivanti delle unioni civili. Da un lato, la formula onnicomprensiva utilizzata ("produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana") suggerirebbe una risposta affermativa. D'altro lato, poiché l'unione civile è stata stabilita all'estero, si potrebbe argomentare nel senso che, avendo carattere transnazionale, potrebbe essere sottoposta al regolamento UE n. 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate⁷⁷,

⁷⁶ C. Campiglio, *Forum: La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili*, cit.

⁷⁷ Reg. UE 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e

e ai regolamenti che il legislatore italiano ha deciso di applicare anche alle unioni civili: il regolamento CE n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari (per effetto dell'art. 32-ter quinto comma e art. 45), e il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio (per effetto dell'art. 32-quater, 2 comma). Se così fosse, tali aspetti dell'unione civile potrebbero essere regolati dalla legge straniera in determinate ipotesi⁷⁸.

Il nodo interpretativo sembra risolvibile alla luce del divieto di abuso del diritto⁷⁹, principio generale del diritto dell'UE, in virtù del quale le norme dell'UE non possono essere utilizzate in modo abusivo o fraudolento. Se le parti vogliono realizzare effettivamente la funzione dell'unione civile, dando origine ad una comunione di vita fra due persone, internazionalizzando però una situazione puramente interna con il solo scopo di avvalersi delle disposizioni di diritto dell'UE, l'unione civile sarà di per sé valida, ma abusiva. I tribunali italiani potranno quindi trattare tale situazione come di diritto interno e ignorare i regolamenti menzionati senza violare il diritto dell'UE⁸⁰. In altre parole, una unione civile assume carattere transnazionale ogni volta che ha o ha avuto un collegamento sostanziale e genuino con più di un paese. Tuttavia, se tale collegamento è stato breve, transitorio, e remoto nel tempo, il carattere transnazionale è perduto. Una mera presenza limitata nel tempo e senza un collegamento stabile con lo Stato ospite non è idonea a fare sorgere una vita familiare da proteggere.

Peraltro, benché la sussistenza dei collegamenti con l'Italia debba essere valutata di regola nel momento genetico dell'unione, in un'ottica di

dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, OJ L 183, 8.7.2016, 30–56.

⁷⁸ Sembra abbracciare questa tesi, ma in termini dubitativi, C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1/2017, 49; vedi anche G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il D. lgs. n. 7/2017*, *cit.*, 518.

⁷⁹ Corte giust., sent. 23-03-2000, c-373/97, *Diamantis contro Elliniko Dimosio e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Raccolta della giurisprudenza 2000 I-01705, par. 33. Per usare le parole della stessa Corte di Giustizia: “La constatazione che si tratta di una pratica abusiva richiede, da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto. Essa richiede, d'altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento”. Corte giust., sent. 14-12-2000, c-110/99, *Emsland-Stärke GmbH contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Raccolta della Giurisprudenza 2000 I-11569, ECLI: ECLI:EU:C:2000:695, paras. 52-53.

⁸⁰ Nella sentenza *Centros*, già richiamata, si legge: “risulta dalla giurisprudenza della Corte che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario”. Corte giust., sent. 9-03-1999, c-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Raccolta della Giurisprudenza 1999 I-01459, ECLI:EU:C:1999:126, par. 24.

Anche secondo la Cedu uno Stato può reagire a tali condotte, attraverso misure dirette a scoraggiare i propri cittadini dall'eludere norme considerate inderogabili ed espressione delle sue legittime prerogative legislative, fintanto che ciò non configga con obblighi derivanti dalla CEDU. Vedi *Orlandi*, *cit.*, par. 207.

interpretazione sistematica sembra possibile ritenere applicabili le norme italiane di conflitto, e i regolamenti UE menzionati, una volta venuti meno tali collegamenti, ad esempio a seguito del trasferimento di residenza all'estero di almeno una delle parti⁸¹. Anche qui, però, coerentemente alla *ratio* antielusiva della norma, bisogna fare salva l'ipotesi in cui il trasferimento di residenza sia fittizio cioè preordinato esclusivamente a sottrarsi all'ambito di applicazione dell'art. 32-quinquies.

6. Gli effetti delle unioni civili concluse fra persone di sesso diverso

Poiché la legge n. 76/2016 riserva l'unione civile a soggetti dello stesso sesso⁸², si tratta di capire se e come l'unione civile contratta all'estero fra persone di sesso diverso possa essere riconosciuta nel nostro ordinamento. Infatti, accanto ad ordinamenti - basti pensare al Regno Unito o, fino al 2017, alla Germania - che hanno optato per un sistema "a doppio binario" simile a quello oggi accolto in Italia, in cui il matrimonio rimane riservato alle coppie eterosessuali e l'unione civile è aperta esclusivamente a quelle omosessuali, esistono altri Stati, come i Paesi Bassi, dove matrimonio e unione civile sono entrambi accessibili a qualsiasi coppia, a prescindere dal sesso delle parti.

Un cittadino italiano non può validamente contrarre un'unione civile eterosessuale neppure all'estero, a ciò ostando la legge nazionale richiamata dall'art. 32-ter, primo comma. L'identità di sesso tra le parti è, infatti, elemento essenziale dell'istituto dell'unione civile tratteggiato dal legislatore italiano al pari, secondo i sostenitori della concezione originalista, della differenza di sesso in relazione al matrimonio. Ciò determina naturalmente la possibilità di situazioni claudicanti, poiché l'unione civile eterosessuale contratta all'estero da cittadini italiani, considerata valida dalla legge locale, non sarebbe riconoscibile come tale nel nostro ordinamento.

La lacuna italiana potrebbe quindi esporre l'ordinamento italiano a censure sotto il profilo della compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, nella misura in cui il rifiuto di riconoscere lo status di partner validamente costituito all'estero incida, limitandola, sulla libera circolazione delle persone, nonché sul principio di non-discriminazione in base all'orientamento sessuale. Così, ai sensi della direttiva 2004/38, e del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, in questa parte meramente riproduttivo della direttiva, "familiare" è: "a) il coniuge; b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle

⁸¹ In questo senso anche G. Biagioni, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017, cit.*, 517-518. *Contra*: "è ... ininfluente l'eventuale successivo trasferimento della residenza di una o entrambe le parti all'estero". C. Campiglio, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso, cit.*, p. 49.

⁸² "La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione". Art. 1, co. 1, l. n. 76/2016.

condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante”⁸³. Visto che l’unione civile eterosessuale non è prevista nel nostro ordinamento né tantomeno equiparata al matrimonio, il relativo partner non avrebbe diritto di ricongiungimento familiare e di soggiorno.

Non solo. La lacuna potrebbe dare luogo ad esiti non soddisfacenti in una ottica sistematica. Si pensi alle situazioni di “bigamia” che potrebbero determinarsi nel caso in cui un cittadino italiano contraesse un’unione civile eterosessuale all’estero e, successivamente, un matrimonio o un’unione civile in Italia. Infatti, gli artt. 86 del codice civile e 1, comma 4, della legge L. n. 76/2016 indicano tra gli impedimenti alla conclusione di un vincolo matrimoniale o di una unione civile esclusivamente l’esistenza di un precedente vincolo matrimoniale o di un’unione civile omosessuale.

Sarebbe quindi forse opportuno che il legislatore italiano intervenisse estendendo anche alle coppie eterosessuali la possibilità di contrarre un’unione civile. Potrebbe prevedere una norma di conflitto volta a sancire, sulla falsariga dell’art. 32-ter, comma 4, che i rapporti personali e patrimoniali tra le parti di un’unione civile di sesso differente contratta all’estero siano regolati dalla legge dello Stato davanti alla cui autorità l’unione è stata costituita, eventualmente facendo salva la sola ipotesi in cui tutti gli elementi del rapporto, eccezion fatta per il luogo di costituzione del vincolo, riconducano all’ordinamento italiano.

In tale ipotesi, assimilabile a quella contemplata dall’art. 32-quinquies per le unioni civili *same-sex*, l’applicazione della legge italiana sulle unioni civili potrebbe essere prevista in chiave anti-elusiva. Si potrebbe alternativamente prevedere che tali unioni civili concluse “abusivamente” all’estero debbano essere qualificate come convivenze, motivando tale *downgrade* in ragione del fatto che le coppie formate da soggetti di sesso differente che concludono all’estero un’unione civile compiono la precisa scelta di avvalersi di un istituto alternativo al matrimonio. Quindi, l’attribuzione dei medesimi effetti discendenti dall’unione civile italiana (e, dunque, dal matrimonio, vista la loro tendenziale sovrapponibilità) potrebbe finire con il tradire eccessivamente gli intendimenti delle parti.

Nel caso in cui il legislatore italiano ometta di attivarsi, l’unica via percorribile, anche per evitare il fenomeno del cd *jurisdiction shopping*, sembra quella della riqualificazione dell’unione civile eterosessuale conclusa all’estero in convivenza, con conseguente applicazione analogica dell’art. 30-bis. Si tratta, però, di una soluzione solo parziale perché l’art. 30-bis si occupa soltanto di designare la legge applicabile al “contratto di convivenza” che le parti possono stipulare per regolare gli aspetti patrimoniali della loro unione, mentre sono

⁸³ Art. 2 par. 2, dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; art. 2, lett. b), d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, “Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”, g.u. n. 72 del 27 marzo 2007.

attualmente sfornite di disciplina di conflitto tutte le questioni che non sono suscettibili di essere regolate su base contrattuale.

Rimane fermo che il cittadino dello Stato terzo che abbia concluso un'unione civile eterosessuale con un italiano in uno Stato dell'UE, nella misura in cui i due vi abbiano sviluppato o consolidato una vita familiare, avrà diritto di soggiorno e di ricongiungimento familiare in Italia. Non in base alla direttiva 2004/38, che si applica solo quando un cittadino dell'UE si trasferisce in uno Stato Membro di cui non ha la cittadinanza⁸⁴, ma direttamente in forza dell'art. 21 TFEU⁸⁵. Ciò, in analogia con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel caso Coman con riferimento ai matrimoni *same-sex*, a prescindere dal fatto che l'unione civile eterosessuale sia conosciuta in Italia o comunque, se contratta all'estero, riconosciuta come tale. Lo stesso vale ovviamente per gli altri diritti di cui ciascuno dei partner gode in virtù del diritto dell'UE che non possono essere pregiudicati per effetto del mancato riconoscimento in Italia, di per sé pienamente legittimo, dell'unione civile eterosessuale.

Quid iuris per le unioni civili contratte all'estero da cittadini entrambi stranieri la cui legge nazionale consente le unioni civili fra persone di sesso diverso? Ove si ritenga che l'unione civile eterosessuale sia comunque qualificabile come unione civile anche per l'ordinamento italiano, nonostante il rilevante discostamento in ordine alle condizioni di accesso, si potrebbe ricorrere in via analogica alle regole di conflitto di cui agli articoli 32-ter e seguenti, applicabili all'unione civile *same-sex*, e in questi termini l'unione civile eterosessuale estenderebbe i propri effetti nel nostro ordinamento. Se invece si ritenesse che la diversità di sesso rende l'unione civile straniera irriducibile al modello italiano, l'unione civile eterosessuale dovrebbe essere riqualificata in convivenza, con la conseguente applicazione dell'art. 30-bis.

La prima opzione qualificatoria sembra preferibile. Prima di tutto perché non vi si oppongono argomenti di carattere giusnaturalistico-costituzionale, che sono stati invece utilizzati, fondatamente o meno, per escludere la qualificazione matrimoniale, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero. La qualificazione come unione civile consentirebbe poi di raggiungere il risultato pratico di avere a disposizione una disciplina di conflitto ben più articolata del solo art. 30-bis, e di salvaguardare in modo più adeguato i valori di certezza giuridica e di continuità delle situazioni giuridiche nello spazio perseguiti dal legislatore europeo, nonché il diritto alla vita privata e familiare di cui alla CEDU quindi, in definitiva, le legittime aspettative delle parti.

In ogni caso, e ancora una volta in analogia con quanto deciso dalla Corte di Giustizia nel caso Coman, se l'unione civile eterosessuale non fosse riconosciuta come tale, dovrebbero comunque essere garantiti agli individui interessati i diritti derivanti dal diritto dell'UE - applicandosi qui la direttiva

⁸⁴ Corte giust., sent. 5-05-2011, c-434/09, *Shirley McCarthy/Secretary of State for the Home Department*, GU C 186 del 25.6.2011, 5.

⁸⁵ Corte giust., sent. 7-07-1992, c-370/90, *The Queen contro Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh*, GU 1992 I-04265; Corte giust., sent. 12-03-2014, c-456/12, *O. e B.*, ECLI:EU:C:2014:135.

2004/38 - nella misura i cui abbiano sviluppato o consolidato una vita familiare nello Stato dell'UE ove l'unione è stata conclusa. In sintesi, se l'unione civile eterosessuale non viene riconosciuta come tale nel nostro ordinamento, lo deve essere quanto meno ai (soli) fini del riconoscimento dei diritti derivanti dal diritto dell'UE.

7. Conclusioni

La legge n. 76/2016 e i relativi decreti di attuazione hanno lasciato alcune questioni aperte. Per quanto riguarda i matrimoni *same-sex* celebrati all'estero è sicuramente chiarita la sorte delle coppie italiane: per loro l'unione civile è costruita come una inderogabile alternativa al matrimonio. Una indicazione legislativa chiara non è invece fornita quanto agli effetti dei matrimoni tra cittadino italiano e straniero e fra due stranieri. Anche la disciplina delle unioni civili costituite all'estero è parziale, essendo limitata alle unioni tra cittadini italiani residenti in Italia. Legislativamente irrisolto resta infine il problema degli effetti in Italia delle unioni civili costituite all'estero tra persone di sesso diverso.

L'origine di queste lacune normative è da ricondursi ai limiti della delega legislativa e alla poca chiarezza del criterio direttivo ivi contenuto. La soluzione che sembrava imposta dal legislatore era la riqualificazione di tutte le forme di unioni e matrimoni *same-sex* contratti all'estero in unione civile italiana. Tuttavia, una volta abbandonata questa interpretazione rigorosa nei decreti di attuazione, si è individuata la *ratio* della delega proprio nella volontà di evitare l'elusione della legislazione italiana in materia. Ma se così è, sarebbe stato forse opportuno mantenere ferma l'unitarietà di disciplina, e pertanto formulare la disposizione antielusiva tanto con riferimento alle unioni civili quanto ai matrimoni contratti all'estero tra cittadini italiani residenti in Italia. In tale caso il riferimento alla legge italiana come legge applicabile si sarebbe appunto giustificato per il carattere 'puramente' interno della fattispecie.

Invece si è scelto di percorrere questa strada solo nell'art. 32-quinquies per le unioni civili costituite all'estero, lasciando all'interprete l'arduo compito di individuare la disciplina per tutti i casi non previsti. E fra questi la sorte dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero fra stranieri sembra meritare una maggiore riflessione da parte della giurisprudenza, in particolare per gli effetti di discriminazione al rovescio che un pieno riconoscimento inevitabilmente comporta.

Diego Zannoni
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali
Università degli Studi di Padova
diego.zannoni@unipd.it

Unione europea e sovranità nazionale

SEZIONE MONOGRAFICA

a cura di Edmondo Mostacci e Alessandro Somma

DPCE ONLINE

2037-6677

Unione europea e sovranità nazionale: un'introduzione

di Edmondo Mostacci e Alessandro Somma

Abstract: Introduction. European Union and National Sovereignty – This short paper introduces the monographic section that deals with the issue of relations between the European Union and national sovereignty. In particular, it focuses on the more general context in which the analysis conducted by the several contributions is developed.

Keywords: Democracy; European Union; External constraints; National statehood; Sovereignty.

259

Gli anni che, in opposizione ai *Trente glorieuses*¹, si possono definire della *Great moderation*² sono stati anche quelli del trionfo della *modernizzazione conservatrice*. Dopo un lungo periodo di trasformazioni socioeconomiche tese a promuovere l'emancipazione del singolo e concrete forme di mobilità sociale, la fase successiva si è caratterizzata per un indirizzo politico – intendendosi l'espressione in senso assolutamente latitudinario – incentrato sull'associazione di due opposte priorità: per un verso, il riemergere di quella funzione politico-istituzionale garantistica che primariamente si esprime nella separazione di Stato e società civile; per l'altro, la promozione di un certo tipo di evoluzione del sottosistema economico e sociale, incentrata sull'incremento del tasso di differenziazione strutturale³ e simmetricamente delle sue capacità, misurabili (e misurate) in termini di competitività ed efficienza. Se analizzate alla luce delle note *pattern variables* elaborate da Parsons⁴, appare chiaro che le misure generalmente adottate per perseguire questo indirizzo complessivo⁵ si possono ricondurre piuttosto agevolmente a un disegno apertamente e sinceramente modernizzatore, per quanto socialmente conservatore.

¹ L'espressione è di J. Fourastié, *Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, 1979.

² Il termine è stato creato da J. Stock, M. Watson, *Has the business cycle changed and why?*, in M. Gertler, K. Rogoff (Eds), *NBER Macroeconomics Annual* (vol. 17), Cambridge (MA), 2002 159 ss.

³ N.J. Smelser, *Essays in sociological explanation*, Englewood Cliffs (NJ), 1968, 125 ss.

⁴ Vale a dire: *affectivity vs. affective neutrality; diffuseness vs. specificity; particularism vs. universalism; ascription vs. achievement; collectivity orientation vs. self orientation* (T. Parsons, *The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*, Glencoe (IL), 1949).

⁵ Un elenco di certo non esaustivo ma comunque significativo può reperirsi in E. Mostacci, *Da Brexit alle presidenziali francesi: come evolvono i sistemi politici occidentali?*, in *Forum DPCE Online*, 15.5.2017, disponibile all'*url*: www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/20.

Questo indirizzo di carattere generale, che ha progressivamente sostituito l'ordine di priorità che aveva caratterizzato il *capitalismo societario*⁶ nei trenta gloriosi, si è sviluppato anche grazie a un particolare *coté* istituzionale, teso a sterilizzare il conflitto politico e sociale per il tramite della riconduzione all'alveo della legittimazione tecnico-scientifica di una sfera significativamente crescente di scelte politicamente rilevanti. In primo luogo, infatti, si è assecondata la tendenza a delegare direttamente al decisore tecnico una pluralità di questioni dense di implicazioni politiche, a partire da quelle di carattere economico finanziario; al contempo, la giustificazione pubblica di decisioni impopolari è stata resa sulla base di valutazioni fondate nell'*expertise*, con una singolare e duplice rimozione: la prima è quella relativa alla fondamentale e non superabile inattitudine predittiva delle discipline scientifiche sulla base delle quali la decisione era stata assunta, a partire dall'economia politica; la seconda concerne invece il suo incompressibile contenuto valoriale (che ovviamente non può apprezzarsi né sulla base di un'equazione, né grazie a un sofisticato algoritmo). Si tratta di un approccio che, all'evidenza, ha spinto alle estreme conseguenze l'elemento razionalistico che tipicamente è proprio della modernizzazione⁷ e dei suoi alfieri.

In questa cornice più generale si è storicamente situato il cammino della integrazione europea, o per meglio dire quella sua fase ad un tempo delicata e decisiva nota con il nome, evocativo ma anche fuorviante, di *costituzionalizzazione*⁸. Lungo un periodo articolato e complesso – che prende le mosse dalla fine degli anni settanta e termina con il crollo di Lehman Brothers – il processo di integrazione ha conosciuto molte e significative tappe, che ne hanno alterato profondamente i connotati, disegnando una parabola fatalmente puntata, così almeno pareva, verso una *cisatlantica more perfect union*: dalle prime elezioni del parlamento europeo del 1979 e dall'atto unico (1986-87), al Trattato di Maastricht (1992-93), fino a quello di Lisbona (2007-09), passando per Amsterdam (1997-99) e per la carta di Nizza (2000).

La traiettoria di questa parabola, che per vero già aveva mostrato qualche incertezza con la bocciatura nei referendum francese e olandese del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (2003), si è però interrotta con la crisi del 2008, per il convergere di una pluralità di fattori. In primo luogo, la congiuntura ha incrinato il canale di legittimazione più rilevante su cui poggiava l'agire delle Istituzioni europee. Complici sia la prima (2008-2009), sia la seconda (2010-2012) ondata della crisi, il peggioramento delle condizioni di vita di parte significativa dei cittadini europei e l'assenza di una prospettiva in grado di infondere fiducia verso un futuro migliore hanno eliso quel generale senso di soddisfazione verso l'*output* prodotto dalla generalità degli organi di governo, con rilevanti rimescolamenti nei sistemi politici a livello nazionale e un diffuso senso di delusione verso l'opera di chi non poteva contare sulla forza legittimante – e sulla

⁶ V. M. Magatti, *Libertà immaginaria. Le illusioni del capitalismo tecno-nichilista*, Milano, 2009, 58 ss.

⁷ M. Levy, *Modernization and the Structure of Societies*, Princeton (NJ), 1966.

⁸ Sul tema v. per tutti I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Comm. Mkt L. Rev.*, 1999, 703 ss.

spinta al rinnovamento – del processo politico. Più in generale, si è progressivamente indebolita la legittimazione sociale del processo di mondializzazione delle relazioni economiche, con la conseguente necessità di rivalutare criticamente tanto gli assunti teorici che ne sono stati alla base, quanto i suoi presupposti giuridico-politici e le modalità di implementazione utilizzate nel ventennio precedente.

Non è questa la sede per analizzare la fondatezza di questo disincanto, quanto piuttosto di sottolinearne la principale conseguenza: con la crisi del 2008, ciò che per un lungo periodo era parso fondarsi su assunti obiettivi e scientificamente fondati ha mostrato improvvisamente la sua natura squisitamente contingente. In altri termini, per un periodo lungo le principali scelte politiche sottese alla modernizzazione conservatrice erano state recepite come opzioni in grado di perseguire un interesse generale di carattere obiettivo e, con esso, il maggior grado di benessere per ciascuno dei consociati. Viceversa, con gli avvenimenti del 2008-2010 queste stesse scelte hanno mostrato il loro carattere intimamente politico e il loro legame con interessi materiali specifici e ben situati all'interno del corpo sociale, con tutte le evidenti conseguenze circa la necessità di forme di legittimazione politica e le seguenti implicazioni per il processo di integrazione comunitario.

* * * * *

In questa cornice più ampia si situa il percorso di riflessione che ha portato alla presente sezione monografica.

I quesiti sollevati dal contesto cui si è fatto riferimento e dalla sua evoluzione diacronica non si prestano infatti a risposte secche e puntualmente definite. La critica di un processo di integrazione incentrato sulla rimozione della natura intimamente politica delle decisioni attinenti al governo della collettività e sull'univocità degli sbocchi dell'approccio tecnico-scientifico alle principali questioni poste dal vivere associato non può infatti condurre a esiti monodromi. Al contrario, la complessità delle relazioni che intercorrono tra le singole comunità politiche, i sistemi economici, i processi di internazionalizzazione dei mercati dei fattori e dei prodotti e, infine, le dinamiche di integrazione ordinamentale a livello sovranazionale impongono alla riflessione giuridica – e in particolare a quella di carattere comparatistico – un sovrappiù di riflessione e di analisi. In altri termini, non è sufficiente predicare un ritorno allo Stato nazionale novecentesco per rifondare il modello sociale europeo, restituire centralità ai processi politici o riposizionare *l'homme situé* al centro dell'azione del pubblico potere. Al contrario, la riaffermazione del nucleo di valore essenziale del costituzionalismo democratico richiede un'analisi spregiudicata dell'evoluzione conosciuta dalle società contemporanee, della molteplicità di forze che l'hanno determinata e dei principali processi – economici e sociali – in cui questa evoluzione si sostanzia, al pari ovviamente del loro *coté* istituzionale e delle loro forme giuridiche.

Si tratta, com'è comprensibile, di un programma di ricerca complesso e ambizioso, che questa sezione monografica non si propone certo di esaurire. Al contrario, lungi dal proporre una visione esaustiva di un tema così ampio, complesso e caratterizzato da una ricca molteplicità di correlazioni, i contributi qui raccolti mirano a metterne a fuoco alcune problematiche specifiche e che sono apparse di particolare rilievo, al fine di delineare qualche figura della sinopia di un affresco che sarà, per sua natura, il frutto di uno sforzo corale e collettivo.

Edmondo Mostacci
Dip.to di Scienze politiche
Università degli Studi di Genova
edmondo.mostacci@unige.it

Alessandro Somma
Dip.to di Scienze giuridiche
Sapienza Università di Roma
alessandro.somma@uniroma1.it

La sovranità economica fra diritto interno e diritto transnazionale dell'economia. Considerazioni alla luce dell'esperienza britannica

di Guido Comparato

Abstract: Economic sovereignty between domestic and transnational economic law. Considerations around the British experience – The article considers the case of Brexit in order to discuss the question of economic sovereignty within the international economic order, placing emphasis on the public and private interests behind that notion. The first part of the contribution looks at the concept of sovereignty in the British constitutional system highlighting its socio-economic underpinnings. The second part moves on to examine the ways in which economic sovereignty plays out in the international economic context, referring to both supranational and transnational phenomena, and aiming at overcoming the predominant narrative which opposes the state - in this particular case the UK - on the one hand and the European Union on the other hand. The contribution does not aim at re-discussing the notion of sovereignty possibly placing it against processes of globalisation, but rather at highlighting how different social and economic interests, of both public and private nature, might find expression through those channels.

263

Keywords: Sovereignty; Economic law; United Kingdom; Brexit; Transnational law.

1. Introduzione

“Leaving the EU will save our sovereignty, rein in migration and boost our economy”.¹ Così suonava uno degli argomenti principali che nel corso della campagna per il noto referendum sulla Brexit convinsero poco meno del 52% dei votanti britannici ad intraprendere l'accidentata via di un recesso dall'Unione europea che avrebbe messo in crisi la stessa tenuta costituzionale di quel Paese.

Come noto, gran parte della retorica che ha influenzato quelle vicende si è incentrata su temi identitari quali il controllo dell'immigrazione, al fine di ristabilire una sovranità statale che appariva compromessa dalla partecipazione ad un'Unione europea consacrata alla missione di una *'ever closer union'* e ritenuta capace, per il tramite in particolare della sua Corte di giustizia, di sconvolgere il diritto giurisprudenziale edificato nel corso dei secoli dalle corti domestiche. D'altra parte, molte delle reazioni avverse all'esito di quel referendum hanno attinto piuttosto all'immaginario dei valori comuni e della identità della 'famiglia' europea,

¹ Lord Green, D. Hannan, P. Minford, *10 reasons why choosing Brexit on June 23 is a vote for a stronger, better, Britain*, su *The Sun* del 22 giugno 2016, citato in S. Buckledee, *The Language of Brexit: How Britain talked its way out of the European Union*, Londra, 2018, 36.

compromessi da una decisione vista come frutto di irrazionali pulsioni populiste di chiusura rispetto ad un progetto invece cosmopolita. Contro tali retoriche incentrate sull'identità, declinata in chiave ora nazionalista ora europeista, qui interessa piuttosto considerare il fenomeno Brexit guardando in ottica transnazionale al concetto di sovranità economica. La possibilità, cioè, che il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord potesse indipendentemente stabilire la propria politica economica, senza condizionamenti imposti dall'appartenenza al Mercato unico europeo e quindi una rinnovata libertà di autoregolamentazione in ogni settore fino ad allora europeizzato, dal diritto del consumo² fino a quello dei servizi finanziari.³ Malgrado la pervasività dei temi identitari cui si accennava, l'importanza delle considerazioni relative alla sovranità economica per l'esito di quel voto e per le successive fasi del processo di uscita dalla UE non deve essere sottovalutata. Del resto, la campagna referendaria si sviluppò in un periodo critico nel quale la UE si trovava alle prese con un complesso negoziato con gli Stati Uniti per addivenire all'accordo di commercio transatlantico TTIP, un negoziato ampiamente criticato in tutta Europa fra le altre cose per la sua supposta mancanza di trasparenza.⁴ D'altra parte, incertezze circa la ripartizione di competenze fra UE e Stati membri in materia di accordi commerciali e d'investimento e divergenze di opinioni in seno al Comitato per la politica commerciale circa la conclusione di un trattato con Singapore avevano spinto la Commissione europea a richiedere un parere alla Corte di giustizia, la quale avrebbe in seguito chiarito e puntellato la competenza esclusiva dell'Unione a concludere accordi di libero scambio con Paesi terzi,⁵ discostandosi in parte dall'opinione dell'avvocata generale Sharpston che propendeva per la tesi di una competenza condivisa in più settori.⁶ Nell'ambito britannico ma soprattutto inglese, socialmente dolente per politiche di austerità implementate in risposta alla crisi economica,⁷ l'eco di tali dibattiti aggravò⁸ la percezione, fomentata da parte del mondo politico, che la sovranità popolare fosse stata non soltanto esautorata dall'UE ma addirittura esercitata in maniera tale da tenere volutamente il popolo fuori da ogni efficace forma di controllo democratico.⁹ Gli euroscettici britannici potevano invece rassicurare i propri concittadini che, se la campagna per la Brexit avesse avuto successo, nessun trattato commerciale negoziato dalla UE sarebbe stato imposto sul

² Sul tema, con riferimenti alle fonti giornalistiche, J. Devenney e M. Kenny, in *The post-Brexit legacy of EU consumer law in the UK: chronic rejection or continued acceptance*, in 6(2) *Journal of European Consumer and Market Law* (2017) 49.

³ Si vedano i contributi in A. Kern, C. Barnard, E. Ferran, A. Lang, N. Moloney (ed), *Brexit and Financial Services. Law and Policy*, Oxford, 2018.

⁴ Sul tema, E.C. Heldt, *Contested EU trade governance: transparency conundrums in TTIP negotiations*, in *Comparative European Politics* (2019) 1.

⁵ Parere 2/15 della Corte di giustizia UE, 16 maggio 2017.

⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston, presentate il 21 dicembre 2016, Procedimento di parere 2/15 instaurato su domanda della Commissione europea. Per un'analisi del parere della Corte e dell'opinione dell'AG, si veda M. Cremona, *Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017*, in 14(1) *European constitutional law review* (2018) 231.

⁷ T. Fetzer, *Did Austerity cause Brexit?*, in 109(11) *American Economic Review* (2019) 3849.

⁸ E.C. Heldt, *op. cit.*

⁹ S. Buckledee, *op. cit.*, 36.

Regno Unito.¹⁰ Tali tendenze hanno oltretutto terreno fertile in un sistema che sembra comprimere la sovranità popolare fra due poli, esternamente dalle dinamiche europee, ed internamente da una concezione pregnante, ancorché instabile se non apparentemente desueta,¹¹ di sovranità parlamentare.

Ma se il dibattito prevalente effigia una contesa istituzionale fra Stato da un lato ed Unione europea dall'altro, laddove la sovranità viene esercitata o qui o lì, tale rappresentazione glissa non solo sulla risalente questione della frammentazione interna della sovranità,¹² ma anche sull'aspetto del posizionamento di quest'ultima nell'ordine giuseconomico internazionale e delle ripercussioni che questo ha su quel piano interno che si vorrebbe ora regolare (o deregolare) in autonomia. In un siffatto contesto, se è noto che una sovranità intesa quale autonomia assoluta coinciderebbe con un isolazionismo incompatibile tanto col diritto internazionale generale che col diritto internazionale dell'economia in particolare,¹³ poiché come noto gli Stati "cannot be both internally absolute and externally social",¹⁴ ben potrebbe dubitarsi che il recesso da una singola organizzazione internazionale possa coincidere con un preteso recupero della sovranità economica, come sembrerebbe invece promettere la visione più polarizzata del dibattito politico. Quest'ultima sembra infatti soffrire di un eccesso di reificazione del concetto di sovranità, che può condurre a congetturare un passato in realtà mai esistito nel quale lo Stato esercitava un potere in realtà mai avuto.¹⁵ Postulato di tale visione è la suggestione che il mondo sia un sistema a somma zero, ove la sovranità perduta da una parte viene guadagnata da un'altra,¹⁶ sempre nel quadro di una ripartizione di poteri pubblici. Se tale approccio offre eccellente materiale retorico, non aiuta tuttavia una piena comprensione delle dinamiche della stessa sovranità all'interno dell'ordine internazionale economico - col che anche il dibattito sulla Brexit finisce con il soffrire, in modo solo apparentemente paradossale, di un eccesso di eurocentrismo.

In opposizione a quell'approccio, questo articolo prende le mosse dal caso britannico e prova ad articolare la questione della sovranità economica all'interno dell'ordine giuridico transnazionale, considerando gli interessi pubblici e privati che la informano. La prima parte sarà dedicata ad una rapida disamina della

¹⁰ David Davies, lettera aperta a *The People's NHS*, 18 maggio 2016, citato in Z. Niu e S. Fowles, *Fact Check: is Brexit the way to escape TTIP?*, su *The Conversation* del 26 maggio 2016.

¹¹ Sul tema, A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, 2 DPCE (2019) 745.

¹² Basta un riferimento all'opera di Harold J. Laski, raccolta in *The Foundations of Sovereignty and other essays*, Londra, 1921.

¹³ J.H. Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, 2006, 57.

¹⁴ D. Kennedy, *Theses About International Law Discourse*, in 23 *German Yearbook of International Law* (1980) 353.

¹⁵ I. Wallerstein, *States? Sovereignty? The dilemmas of capitalists in an age of transition*, in D.A. Smith, D.J. Solinger, S.C. Topik (ed), *States and Sovereignty in the Global Economy*, Londra, 1999, 22; S.D. Krasner, *Globalization and sovereignty*, in D.A. Smith, D.J. Solinger, S.C. Topik, op. cit., 35

¹⁶ S. Sassen, *Embedding the Global in the National. Implications for the Role of the State*, in D.A. Smith, D.J. Solinger, S.C. Topik, op. cit., 158

nozione di sovranità nel sistema costituzionale britannico, mettendo in luce la dimensione materiale della stessa. L'obiettivo è quello di evidenziare che, piuttosto che acclamare o attaccare la sovranità in astratto,¹⁷ sia opportuno riconoscerne il significato economico concreto da valutare in relazione ad esperienze possibilmente differenti, che ne condiziona lo sviluppo tanto interno quanto esterno. La seconda parte si focalizzerà quindi su tale seconda dimensione, quella esterna, guardando al ruolo di quel concetto nel sistema economico transnazionale e al fine di superare l'enfasi sulla raffigurazione di una sovranità contesa fra Stato e UE. Per far ciò, riprende considerazioni - legate alla critica materialista ed incentrate sull'effettività - niente affatto nuove nell'ambito degli studi sul diritto internazionale dell'economia, eppure largamente offuscate dalle retoriche prevalenti. Il contributo, ovviamente, non mira ad un'ulteriore e ridondante ridiscussione del concetto di sovranità, possibilmente contrapposto alle tendenze che si suole sintetizzare col termine 'globalizzazione'; non è rivolto a sostenere una possibile irrilevanza del concetto di sovranità ma, all'opposto, a mettere in luce più sostanziali interessi che vi si celino dietro,¹⁸ suggerendo che le questioni che essi sollevano permangano e risultino anzi ancor più impellenti in una dimensione extra-europea ovvero, nel caso britannico, post-Brexit. Se il punto di partenza e di arrivo di tali considerazioni è il Regno Unito converrà anche specificare che tali vicende, con le opportune correzioni, non coinvolgono solamente quel Paese ma possono riguardare ogni altro Stato che partecipi all'economia internazionale.

2. Sovranità statale ed assetto socio-economico nel Regno Unito

Alcuni cenni alla nozione di sovranità nel sistema britannico appaiono necessari in questa sede, per una maggiore contestualizzazione del tema e per evidenziare come la questione economica non possa essere scissa da quella politica, così che ogni trattazione della sovranità in astratto che non ne consideri anche il substrato materiale risulterà parziale nella migliore delle ipotesi o fuorviante nella peggiore. La nozione di sovranità nel sistema britannico è caratterizzata da una complessa coesistenza, talvolta sfociante nello scontro, fra varie concezioni della stessa, *in primis* sovranità popolare - o addirittura popolari, riferendosi alla frammentazione del Paese in quattro diverse nazioni - e sovranità parlamentare. Se per lungo tempo le cronache, e ancor più le retoriche, allusero ad un conflitto fra volontà popolare quale solennemente espressasi in un referendum e volontà parlamentare, incapace o riluttante a dare corso a quel risultato prima che il popolo fosse nuovamente coinvolto con le risolutive elezioni del dicembre 2019,¹⁹ il conflitto storico in seno

¹⁷ In effetti, l'origine della dottrina della sovranità è fondamentalmente pratica. Come spiega efficacemente M. Koskeniemi, *What Use for Sovereignty Today?*, in *25 Asian Journal of International Law* (2011) 61: "Sovereignty did not seem valuable because of some transcendental ideal embodied in it. On the contrary, its point was to look away from anything transcendental, into the power of the secular ruler that was to be harnessed for the benefit of the population. Without power, neither security nor welfare could exist. Without power, the bond between protection and obedience is broken and "anarchy" will re-emerge".

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Per una cronistoria delle negoziazioni fra Regno Unito e UE e delle relative ripercussioni

alla sovranità interna britannica ha piuttosto riguardato l'opposizione fra assemblea parlamentare e poteri regi. Un conflitto che, lungi dal coinvolgere un concetto metafisico di popolo, affonda invece le radici in concreti assetti socio-economici e pertanto in 'popoli' con precise connotazioni. Come ben noto, lo scontro fra Parlamento – Camera dei Comuni più nello specifico – e re si acuì nel diciassettesimo secolo sull'onda della trasformazione socio-economica che attraversò l'Inghilterra in particolare sotto il regno di Carlo I. *Casus belli*, la pretesa del re di riscuotere tributi senza approvazione parlamentare, supportata da una controversa decisione della Camera dei Lord che tuttavia vincolava tale potere al perseguimento dell'interesse pubblico in specifici casi di urgenza.²⁰ Se dal punto di vista intellettuale lo scontro fra parlamentaristi e realisti si incentra sulla questione se al re spetti una funzione di mera promulgazione delle leggi, politicamente esso si traduce in una guerra civile dalla quale Carlo I stesso uscirà sconfitto e decapitato, ultimo sovrano nella storia britannica a subire tale sorte. Al termine dell'interregno repubblicano, la restaurazione monarchica si compie con l'incoronazione di Carlo II e, a seguito della morte naturale di questi, del fratello Giacomo II, il quale entrerà nuovamente in conflitto con i Comuni reclamando prerogative che a quel punto storico nessuno è più disposto a concedergli. Il riconoscimento definitivo della sovranità parlamentare arriverà quindi per via militare a seguito della cosiddetta Gloriosa rivoluzione quando, costretto Giacomo II alla fuga oltremarina, in Inghilterra si insidierà, dall'Olanda, Guglielmo d'Orange. Investito del titolo di sovrano, questi giura recitando la nuova formula stabilita dal *Coronation Oath Act* del 1688 che, diversamente da quanto stabiliva la vecchia formula, impegna il sovrano a governare seguendo le leggi stabilite dal Parlamento. Il *Bill of Rights* del 1689 segna quindi lo spostamento del baricentro dalla corona al Parlamento.²¹

Eppure tale spostamento risponde a precise dinamiche sociali, ed in particolare al fatto che già dalla fine del sedicesimo secolo la ricchezza dei commercianti e dei proprietari terrieri si fosse costantemente accresciuta, richiedendo migliore rappresentanza e portando ad una maggiore conflittualità con il re, mentre quella di quest'ultimo era venuta a scemare, in quanto ancorata ad un patrimonio più statico e al declinante valore della moneta.²² Fu proprio questo che aveva poi spinto il re a tentare la disgraziata via dell'imposizione di balzelli senza passare dal Parlamento,²³ dove avrebbe incontrato l'opposizione dei rappresentanti delle altre classi sociali. A quel punto, si faceva già notare che i proprietari terrieri erano diventati i nuovi sovrani.²⁴ Lo sintetizza Marx, quando osserva come la Rivoluzione gloriosa portò al potere, insieme a Guglielmo III, gli

politiche prima dell'insediamento del governo Johnson, si veda F. Fabbrini, *The Brexit Negotiations and the May Government*, in *European Journal of Legal Studies* (2019) 1.

²⁰ *R v Hampden*, 1637.

²¹ C. Hill, *Reformation to Industrial Revolution. British economy and society: 1530-1780*, Londra, 1969.

²² J.W. Allen, *English Political Thought. 1603-1660*, Vol. 1 1603-1644, Londra, 1938, 41.

²³ Si noti che la tassazione fu un tema cruciale già nella Magna Carta del 1215, che già aveva limitato il potere del sovrano di riscuotere tributi quali l'antico *scutagium*.

²⁴ J.W. Allen, op. cit., 42.

accumulatori di plusvalore fondiari e capitalistici.²⁵ Sono anni che, in senso più lato, segnano l'inizio della modernità insieme capitalistica e giuridica del Regno Unito. Se all'inizio del diciassettesimo secolo Coke sostiene che tanto il re quanto il Parlamento fossero vincolati al rispetto dei principi fondamentali del *common law* e della ragione - tanto che una legge adottata contrariamente a questi poteva esser dichiarata nulla²⁶ - Blackstone, scrivendo in un periodo storico ben differente, riafferma invece la supremazia del Parlamento.²⁷ Quest'ultima è quindi la concezione che si è infine imposta nel diritto inglese - peraltro differente da quella cokiana abbracciata per comprensibili ragioni storiche dai coloni americani²⁸ che finì poi, non si sa quanto direttamente, con l'ispirare meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi.

La centralità della sovranità parlamentare nella costituzione britannica è quindi da un lato sì radicata nella vittoria storica sulla corona ma dall'altro lato è espressione di un assetto socio-economico aperto alla contestazione. Ed infatti quell'assetto sarebbe ben presto venuto a mutare. Se la Gloriosa rivoluzione aveva portato al potere i proprietari terrieri, un'altra rivoluzione che prese le mosse proprio in Inghilterra - quella industriale - avrebbe presto scombinato gli equilibri, aumentando la pressione proprio su quella classe sociale. Nel 1832, il *Great Reform Act* modifica i criteri per l'elezione al Parlamento ed i rapporti fra le sue due camere, incrementando la rappresentanza delle nascenti aree industriali a discapito di quelle tradizionalmente dominate dall'aristocrazia. Se la legge del 1689 aveva spostato il baricentro politico dalla corona al Parlamento, quella del 1832 lo muove ulteriormente dal Parlamento al popolo.²⁹ Un 'popolo', ovviamente, che risponde a precise caratteristiche socio-economiche. Ben presto, il governo guidato da Robert Peel nel 1841 avvierà una serie di riforme basate sui principi del liberalismo economico; su tutte il *Bank Charter Act* del 1844 che nel tentativo di contenere l'inflazione attribuiva alla Banca d'Inghilterra il monopolio dell'emissione della moneta, e ancor più l'abolizione delle controverse *Corn Laws*, le quali imponevano dazi alle importazioni di grano a tutto vantaggio dei proprietari terrieri. Quest'ultimo controverso provvedimento, spaccando il partito conservatore nel quale trovavano rappresentanza anche gli interessi dei proprietari terrieri, portò alla fine di quell'esperienza di governo, aprendo la strada al successivo governo liberale di John Russell. Al contempo, simili principi sembrano ispirare l'operato delle corti che prendono ora una serie di decisioni forse rivoluzionarie³⁰ in tema di

²⁵ K. Marx, *Il Capitale*, Libro I, sezione VII, capitolo 24.

²⁶ *Dr Bonham's case* del 1610.

²⁷ R. Van Caenegem, *Judges, Legislators & Professors*, Cambridge, 1987, 22.

²⁸ Sulla controversa recezione di Blackstone negli Stati Uniti, vedasi H.L. Lubert, *Sovereignty and Liberty in William Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, in 72 *The Review of Politics* (2010) 271.

²⁹ D. Armitage, *Parliament and International Law in the Eighteenth Century*, in J. Hoppit (ed), *Parliaments, Nations and Identities in Britain, 1660-1850*, Manchester, 2003, 169.

³⁰ P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1985. Una visione parzialmente diversa, che insiste meno sulla discontinuità, è offerta da W. Swain, *The Law of Contract 1670-1870*, Cambridge, 2015.

diritto dei contratti, gettando le basi per lo sviluppo del diritto industriale e bancario inglese.

Ma come conciliare la sovranità parlamentare, gloriosamente conquistata strappandola dalle mani del re con la sovranità popolare - o per meglio dire la sovranità popolari - che diventano sempre più importanti in tutta Europa? Dicey, che pure aveva espresso il principio della sovranità parlamentare nei termini più enfatici, parlava di “the ultimate supremacy of the true political sovereign, or, in other words, of the electoral body”.³¹ Il Parlamento ha la sovranità giuridica, ma il popolo è il detentore della sovranità politica. Stante la diversità fra i due concetti, l'uno giuridico e l'altro politico, la conciliazione fra i due appare vaga e contraddittoria già nell'opera di Dicey.³² Se l'ipotetica riconciliazione di tali opposte istanze presuppone un delicato equilibrio, rispetto ad esso il referendum costituisce un elemento possibilmente destabilizzante. I referendum sono quindi eventi rari e recenti nella storia britannica, tanto che, escludendo consultazioni limitate a solo alcune regioni, se ne registrano solamente tre - due dei quali legati all'integrazione europea. Il referendum compensa quindi la scarsità con l'importanza, vertendo su materie di carattere costituzionale. Più volte poi la politica ha discusso della possibilità di indirne ulteriori, sempre su temi costituzionali.³³ Tale non è un mero accidente ma l'eco di una dottrina - la *theory of the mandate* - la quale suggerisce che “the electoral body must supply the House of Commons with a Mandate to alter the Constitution”.³⁴ Eppure, una visione più pragmatica sembra sfatare tale lettura costituzionale del referendum, suggerendo che l'appello al popolo rappresenti primariamente un artificio per superare impasse interni ai partiti, a loro volta spesso radicati nel conflitto fra opposti interessi sociali. Un meccanismo peraltro rischioso, poiché se da un lato la costruzione giuridica nega un valore vincolante al referendum, d'altra parte i risultati possono esacerbare quei conflitti piuttosto che attenuarli.³⁵ Il caso del referendum del 1975 sulla permanenza nella Comunità europea è indicativo in tal senso. Un osservatore si chiese cosa sarebbe successo se il risultato finale fosse stato di segno opposto,³⁶ articolando quindi una serie di condizioni che il referendum dovrebbe soddisfare, poiché “[s]ome issues are more suitable for submission to vox populi than others”, e suggerendo in conclusione che “continued membership of the European

³¹ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londra, 1915, 287.

³² R. Weill, *Dicey was not Diceyan*, in 62(2) *Cambridge Law Journal* (2003) 474; I. McLean e A. McMillan, *Professor Dicey's contradictions*, in *Public law* (2007), 435; I. McLean, *What's Wrong with the British Constitution?*, Oxford, 2009.

³³ S. Weir e D. Beetham, *Political Power and Democratic Control in Britain*, Londra, 1999, 111.

³⁴ H.S. Maine, *Popular Government*, Londra, 1885, 129.

³⁵ Edward Short, il *Leader* della Camera dei Lord nel 1975, propose una soluzione al possibile conflitto articolando una gerarchia dalla quale il Parlamento usciva ancora vincitore: ‘the government will be bound by its result, but Parliament, of course, cannot be bound’ (HC Deb 11 marzo 1975, c 293). Una soluzione vista, proprio a causa della pressione pubblica, come ‘constitutionally correct, but politically implausible’: T. Wright et al, *The British Political Process: An Introduction*, Londra, 2000, 146.

³⁶ J.P. Mackintosh e P.G. Richards, *Mackintosh's The Government and Politics of Britain*, Londra, 1988, 117.

Community was the worst possible topic for a referendum”.³⁷ Considerazioni inascoltate che sarebbero divenute di grande attualità anni dopo. Contrariamente a tali raccomandazioni della politologia, il legislatore britannico si era peraltro mosso nella direzione opposta con lo *European Union Act* del 2011, adottato sull’onda delle polemiche seguite alla ratifica del Trattato di Lisbona senza passare per quella via referendaria che tanto clamore aveva suscitato in altri Paesi. La legge stabiliva che future modifiche ai trattati europei comportanti nuove cessioni di sovranità dovessero passare per approvazione referendaria. Nell’impianto costituzionale britannico essa presentava aspetti peculiari, spostando ulteriormente il baricentro dalla sovranità del Parlamento a quella del popolo - a dispetto del tenore dell’articolo che riaffermava la supremazia del Parlamento e l’efficacia del diritto europeo solo in quanto richiamato da quello domestico - perfezionando così quel processo di allontanamento della sovranità regale cui si accennava. Nelle convulse fasi parlamentari che seguirono al referendum del 2016, il *Great Repeal Bill* del 2018 abrogò la più parte della legge del 2011 con effetto quasi immediato.

3. La globalizzazione e la sovranità degli Stati e dei privati

Se è chiaro come la sovranità sia concetto sfaccettato e non neutrale politicamente sul piano interno, la sua proiezione su quello esterno produce risultati ancor più controversi. Il diritto inglese aveva sì elaborato una robusta concezione della supremazia parlamentare per rappresentare - limitando per quanto possibile il ricorso diretto ai cittadini - le nuove istanze sociali, ma si trovava ora di fronte alla questione di come il Parlamento supremo potesse essere vincolato dal diritto internazionale. Infatti “the conception of parliament’s omnipotence in municipal matters contrasted with its relative impotence in foreign affairs”³⁸ laddove, suggeriva Blackstone, “the King is the delegate or representative of his people”.³⁹ Non è questo il luogo per discutere di monismo e dualismo,⁴⁰ ma converrà notare in estrema sintesi che, se il diritto internazionale consuetudinario venne presto considerato come incorporato nel *common law*,⁴¹ l’affermazione di una concezione fortemente dualista⁴² accrebbe la rilevanza del Parlamento cosicché, ancora nel celebre caso *Miller* del 2016, la Corte suprema poteva affermare che “[i]t can thus fairly be said that the dualist system is a necessary corollary of Parliamentary sovereignty”⁴³ - una sovranità parlamentare che ovviamente rimane “a

³⁷ Ibid., 118.

³⁸ D. Armitage, op. cit., 172.

³⁹ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, volume 1 [252].

⁴⁰ Il diritto internazionale consuetudinario è incorporato nel diritto nazionale se non incompatibile con la legge domestica, mentre quello pattizio richiede un’incorporazione per tramite di un atto del Parlamento. Per un’analisi della giurisprudenza inglese in materia, si veda J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford, 2019, 58.

⁴¹ Lord Mansfield in *Triquet v Bath*, 1754, con riferimento a *Buvot v Barbut*, 1737.

⁴² *R v Keyn*, 1876.

⁴³ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, 2016, para. 57.

fundamental principle of the UK constitution".⁴⁴ In quell'occasione, la Corte sentenziò quindi che il governo non potesse esercitare le proprie prerogative in materia di conclusione di trattati internazionali in maniera tale da privare i cittadini dei diritti loro conferiti dal Parlamento, inclusi quelli derivanti da trattati internazionali recepiti nell'ordinamento interno. Peraltro il Parlamento aveva storicamente anche ottenuto di discutere e scrutinare i trattati prima della ratifica,⁴⁵ e capillare è stato anche il controllo esercitato sugli atti UE: le proposte di tali atti sono state sottoposte a scrutinio da parte di un'apposita commissione parlamentare permanente, lo *European Scrutiny Committee*, spesso animata dalle fazioni maggiormente euroscettiche.⁴⁶ D'altra parte fu la stessa UE, al fine di superare attriti con le sovranità parlamentari, ad essersi mossa dopo Lisbona nella direzione di un maggiore coinvolgimento dei Parlamenti nazionali, ora chiamati a giocare un ruolo attivo nella definizione delle politiche europee.⁴⁷ Poiché "international law is part of the law of the land, but it yields to statute",⁴⁸ il rapporto con l'UE ed il suo approccio alla risoluzione delle antinomie rimase tuttavia tradizionalmente controverso, portando ad una difficile composizione nel celebre caso *Factortame*.⁴⁹ Questo manifestò un contrasto che poteva risolversi o sulla base della regola interpretativa per la quale si presume che il Parlamento non abbia inteso violare il diritto europeo - una regola che "serves to preserve the formal veneer of Diceyan orthodoxy while undermining its substance"⁵⁰ - o più radicalmente accettando, come sostenne Lord Bridge, che con l'approvazione dello *European Communities Act* del 1972 il Regno Unito avesse volontariamente ceduto parte della propria sovranità, essendo ben formata e nota al momento dell'adesione la dottrina della supremazia del diritto comunitario.

Considerando le difficoltà riscontrate nel riconciliare il concetto di sovranità parlamentare con la supremazia del diritto dell'UE, sembrerebbe doversi concludere che la partecipazione ad un organismo sovranazionale, e segnatamente la UE, sia possibile soltanto al costo di cessioni o limitazioni di sovranità, come autorevolmente riconosciuto nello stesso diritto costituzionale britannico. Del resto, la dottrina politologica e costituzionalista aveva portato proprio il caso dell'UE ad esempio dello sviluppo di una maniera nuova - e apparentemente antitetica al tradizionale approccio assolutistico che si rinviene in Bodin o Hobbes, il quale aveva elaborato le sue tesi sul Leviatano proprio con la mente rivolta alla Guerra civile inglese - di intendere la sovranità, questa volta 'condivisa'⁵¹ e

⁴⁴ Ibid., para. 43.

⁴⁵ Prassi più recentemente riconosciuta dal *Constitutional Reform and Governance Act* 2010.

⁴⁶ A. Huff e J. Smith, *Westminster and the European Union: Ever-Increasing Scepticism?*, in C. Heffler, C. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith (ed), *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, Londra, 2015, 312.

⁴⁷ Articolo 12 TEU, e Protocollo (n.1) sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea.

⁴⁸ *Cheney v Conn*, 1968.

⁴⁹ *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No. 2)* 1991.

⁵⁰ P. Craig, *Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame*, in 11 *Yearbook of European law* (1991) 221, 251.

⁵¹ R.O. Keohane, *Ironies of Sovereignty: The European Union and the United States*, in JHH Weiler, I Begg e J Peterson (ed), *Integration in an Expanding European Union. Reassessing the Fundamentals*, Oxford, 2003, 312. B. Fekete, *The Limits of Sovereignty Pooling: Lessons from*

consistente nel suo esercizio in comune con gli altri Stati europei. Il che ben può comportare nei fatti un incremento del potere statale anziché una sua riduzione, se parlando di sovranità si insiste sulla dimensione dell'effettività piuttosto che su quella della legittimità, cosicché la stessa globalizzazione non necessariamente erode ogni spazio di autonomia statale, anzi aprendo nuovi campi ove questa si dispieghi. Eppure, se la sovranità parlamentare è il risultato storico di un accomodamento fra interessi socio-economici differenti e a tratti conflittuali, lo sviluppo di una sovranità internazionalmente diffusa non rischia di alterare, in un senso o nell'altro, quell'equilibrio?

Sarebbe fuorviante ritenere che questi sviluppi siano peculiari ai soli rapporti con la UE, e sarebbe ancor meno convincente immaginare che, sia nell'ambito europeo che in quello internazionale, la sovranità sia un gioco a somma zero, all'esito del quale questa può essere persa da una parte e contestualmente acquisita da un'altra. Due ulteriori e collegate considerazioni - qui per ragioni di semplificazione sintetizzate nelle formule di sovranazionalismo e transnazionalismo - risultano particolarmente ficcanti e verranno sviluppate nelle prossime pagine: da un lato, anche al di fuori della UE permangono meccanismi capaci di compromettere anche in maniera notevole la pretesa sovranità ritrovata - ovvero alterare gli equilibri di cui si diceva poc'anzi. Dall'altro lato e più radicalmente, la sovranità nel contesto economico transnazionale non rileva come libertà assoluta dai condizionamenti, quanto piuttosto come capacità di condizionare al fine di promuovere talune istanze, e per comprendere la quale non può limitarsi a considerare il raggio d'azione dei soggetti pubblici, che pure rimane notevole, ma occorre guardare anche a quello dei privati, che può ora dispiegarsi su di un piano globale anziché solo nazionale.

4. Il sovranazionalismo oltre la UE

Una delle opzioni maggiormente discusse - ancorché formalmente rigettata dal Parlamento britannico - a seguito dello stallo generatosi nel tentativo di approvare l'accordo negoziato dal governo May, fu la possibilità di un recesso dall'Unione europea senza addivenire ad un accordo con essa. Tale radicale soluzione avrebbe avuto come conseguenza la ricaduta del Regno Unito, divincolatosi dall'Unione doganale europea allo scadere del più volte prorogato termine dell'art 50 TEU, sotto il regime generale delle norme dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), in attesa della conclusione di accordi di libero scambio con nuovi partner globali.⁵² Nel dibattito pubblico, peraltro, tale opzione è stata più recentemente⁵³

Europe, in M. Belov (ed), *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Oxford, 2018, 133.

⁵² D. Collins, *Brexit and International Trade: The Aspiration of Global Britain*, in E. Fahey, e T. Ahmed, (eds.), *On Brexit: Law, Justices and Injustices*, Cheltenham, 2019, 238. Per una disamina della relazione fra Regno Unito ed OMC in tale contesto, vedasi M.L. Marceddu, *A Complicated Relationship: The UK in the WTO at the Time of Brexit*, in A. Biondi, P.J. Birkinshaw, M. Kendrick (ed), *Brexit: the legal implications*, Alphen aan den Rijn, 2018.

⁵³ Si veda H. Lewis, *How Britain Came to Accept a 'No-Deal Brexit'*, su *The Atlantic* del 22 agosto 2019.

presentata non solo come scenario di *default* in caso di mancato raggiungimento di un accordo, ma come scelta da abbracciare coscientemente in alternativa alle ristrettezze del Mercato unico europeo, per garantire l'accesso ad un'arena non più solo europea ma ora globale. Certo, l'effetto pratico e piuttosto 'inusuale' dell'opzione sarebbe che “within the space of an eye blink, the United Kingdom and the European Union to go from having one of the closest of legal relationships for trade, namely the single market, to having one of the weakest, namely operating under the general regime provided by the WTO”,⁵⁴ ma una piena sovranità economica sembrerebbe quantomeno recuperata. Tale possibilità, tuttavia, stimola immediatamente un'obiezione: i medesimi rilievi che sono stati mossi alla UE potrebbero valere anche per l'OMC? Ovvero, la sovranità economica verrebbe in effetti ricondotta entro i sicuri confini britannici, salvaguardata dalle corti domestiche, o non slitterebbe piuttosto ad un ulteriore livello di *governance*, questa volta ancor più distante dal cittadino?

Certamente, un ente di tipo sovranazionale determina restrizioni potenzialmente più problematiche rispetto a quelle di organizzazioni tendenzialmente internazionali, per il fatto che in queste ultime gli Stati membri appaiono avere maggior peso.⁵⁵ Insomma, esercizio di sovranità piuttosto che sua limitazione. Un conflitto con la sovranità nazionale dovrebbe escludersi, si dice, poiché l'OMC sarebbe impossibilitato ad unilateralmente obbligare un membro a riformare il proprio diritto.⁵⁶ La stessa struttura dell'OMC è del resto assai differente da quella UE, mancando di meccanismi para-legislativi capaci di vincolare i membri con regolamenti o direttive. E tantomeno il diritto dell'OMC, stante la separazione fra diritto internazionale ed interno, può imporsi direttamente sui cittadini, mancando di quell'effetto diretto che è tipico invece del diritto unieuropeo come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia UE,⁵⁷ la quale ha peraltro ammesso che attribuire effetto diretto al diritto dell'OMC comprometterebbe la posizione dell'UE al momento di possibili rinegoziazioni delle misure in disputa.⁵⁸ Insomma, come è stato suggerito, “for the time being, the WTO does not seem mature enough to bear the consequences of direct effect”.⁵⁹

E tuttavia gli aspetti problematici non mancano. Tralasciando ovvie ancorché importanti contestazioni tutte interne al dibattito sulla Brexit, quali il fatto che il *no deal* non aggirerebbe comunque l'ostacolo insito nella difficoltà di approvare poi un accordo commerciale con la UE a 27 o che parte delle regole OMC quali quelle del GATS appaiono in realtà troppo lacunose per offrire

⁵⁴ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge, 2019, 411.

⁵⁵ A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

⁵⁶ K. Jones, *Who's Afraid of the WTO?*, Oxford, 2004.

⁵⁷ Precedentemente alla creazione dell'OMC e basato sulle norme del GATT: Sentenza del 12 dicembre 1972, cause riunite 21 a 24-72, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*. Successivamente alla creazione dell'OMC: Sentenza del 23 novembre 1999, C-149/96, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*.

⁵⁸ C-149/96, paragrafo 46.

⁵⁹ H. Ruiz Fabri, *Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations?*, in 25(1) *The European Journal of International Law* (2014) 173.

all'economia finanziaria britannica una solida alternativa alle regole europee,⁶⁰ più fondamentali obiezioni potrebbero sollevarsi circa le limitazioni imposte anche dalla partecipazione ad organismi quali la stessa OMC. La controversia circa le ripercussioni di questa sulla sovranità nazionale è questione risalente, ampiamente dibattuta,⁶¹ e basterà qui ricordare come già la transizione dal sistema del GATT 1947 a quello dell'OMC suscitò più di qualche malumore da parte di chi temeva che ciò precludesse al sorgere di un nuovo attore internazionale capace di compromettere la posizione economica di attori statali rilevanti.⁶² Al netto di tali preoccupazioni, la nuova struttura apparve poi in grado di scontentare anche i Paesi in via di sviluppo, le cui politiche sociali dovettero talvolta, e con certa irritazione, modificarsi per le decisioni dei meccanismi para-giurisdizionali dell'OMC.⁶³ Proprio il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, se da un lato viene lodato per la sua notevole effettività,⁶⁴ dall'altro può di ciò farsi vanto soltanto al prezzo di compressioni non irrilevanti dell'autodeterminazione nazionale, al punto da sollevare la questione della necessità di una ridefinizione dello stesso concetto di sovranità in ambito giuseconomico internazionale.⁶⁵ Se è vero infatti che le decisioni dell'*Appellate Body* divengono vincolanti - oltre che precedenti che contribuiscono allo sviluppo giurisprudenziale del diritto dell'OMC⁶⁶ - soltanto se approvate poi dai rappresentanti degli Stati membri, è pur vero che tale sistema è ora incentrato sul meccanismo del consenso inverso, che attribuisce pressoché automatica vincolatività a quelle decisioni, di fatto annientando il potere del singolo di opporvisi. In forza di ciò, l'*Appellate Body*, che pure non era stato inizialmente pensato come fulcro del diritto dell'OMC, ha incrementato in modo ragguardevole la propria rilevanza, ergendosi di fatto a vera '*World Trade Court*'⁶⁷ - divenendo a questa maniera tuttavia anche il bersaglio di critiche da parte di Stati che possono sabotarne il funzionamento esponendolo a crisi profonde, come sta del resto avvenendo al momento in cui si scrive.

⁶⁰ Financial Markets Law Committee, *Issues of Legal Uncertainty Arising in the Context of the U.K.'s Withdrawal from the E.U.—the Application and Impact of World Trade Organization Rules on Financial Services*, December 2017, <http://www.fmlc.org>

⁶¹ J.H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, 2006.

⁶² Circa la posizione statunitense, tradizionalmente ambivalente sull'OMC, si veda G. Sen, *The United States and the GATT/WTO System*, in R. Foot, S.N. MacFarlane, M. Mastanduno (ed), *US Hegemony and International Organizations: The United States and Multilateral Institutions*, Oxford, 2003, 115.

⁶³ U. Camen e C. Norchi, *Challenging Sovereignty: India, TRIPS, and the WTO*, in J.D. Montgomery e N. Glazer, *Sovereignty Under Challenge. How Governments Respond*, Londra, 2002, 180.

⁶⁴ P. Van den Bossche, *From Afterthought to Centerpiece. The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2005/1.

⁶⁵ J.H. Jackson, *Sovereignty: Outdated Concept or New approaches*, in W. Shan, P. Simons, D. Singh (ed), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Oxford, 2008, 3, 7, opponendosi alla visione più radicale espressa da L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, l'Aia, 1995, 10.

⁶⁶ *Appellate Body Report, US - Stainless Steel (Mexico)*, para. 160.

⁶⁷ P. Van den Bossche, op. cit., 2.

Tali sono peraltro ancora limitazioni di carattere giuridico, cui devono poi aggiungersi quelle di natura politica. Di ciò, il Regno Unito fu neanche troppo velatamente avvertito. Come disse esplicitamente il direttore generale dell'OMC parlando proprio a Londra pochi giorni prima del referendum del 2016, “no WTO Member can unilaterally decide what its WTO rights and obligations are”.⁶⁸ In effetti, neppure la riconquistata capacità di stabilire i propri *schedules of commitments* garantisce che questi possano poi replicare i contenuti di quelli in forza fino al momento e frutto di negoziati condotti sull'assunto di un mercato europeo composto da 28 Paesi.⁶⁹ Tutto questo prescinde da un'analisi, al momento ovviamente prematura, dell'ipotetico nuovo accordo fra UE e Regno Unito, che ben potrebbe prevedere nuove forme blande di sovranazionalismo, del resto non estranee persino all'ormai ridottissima Associazione europea di libero scambio,⁷⁰ storicamente prima e fuggevole collocazione britannica nel quadro dell'integrazione economica europea. L'accordo di uscita raggiunto con l'Unione europea già prevede una serie di comitati specializzati, supervisionati da un *Joint Committee* formato da rappresentanti britannici e dell'Unione le cui decisioni avranno carattere legalmente vincolante per le parti, senza che peraltro alcuna forma di controllo giudiziario o democratico sia stata prevista sul suo operato,⁷¹ ma che già sembra candidato a divenire l'autorità preposta anche alla supervisione del futuro trattato commerciale fra le due parti. Prescinde anche dal tema, politicamente cruciale, della conciliazione fra integrità territoriale del Regno Unito da un lato e assenza di confini fra Repubblica d'Irlanda ed Irlanda del Nord per il tramite del noto *backstop* il quale, è stato suggerito, potrebbe comportare nella pratica “for the UK the definitive abdication of the ambition of an independent trade policy”.⁷²

Si potrebbe continuare. Ma per quanto retoricamente allettante sia la scelta di contrapporre i regimi commerciali europei e dell'OMC, le regole del diritto internazionale dell'economia capaci di irritare la nozione di sovranità statale sono ulteriori. Particolarmente critico ed attuale appare il tema dei trattati bilaterali di

⁶⁸ Roberto Azevêdo, *Trade and Globalisation in the 21st Century: The Path to Greater Inclusion*, (Speech delivered at the World Trade Symposium, 7 June 2016), www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra126_e.htm

⁶⁹ Julian Braithwaite, Rappresentante Permanente del Regno Unito presso l'OMC, spiegava che “to minimise any grounds for objection, we plan to replicate our existing trade regime as far as possible in our new schedules. Before we take any formal steps in the WTO we will hold extensive informal consultations with the WTO membership. Every member will have an opportunity to raise any issues or concerns with us before we proceed”, citato e discusso con riferimenti critici in D.A. Green, *Brexit and the issue of the WTO schedules*, sul *Financial Times* del 28 febbraio 2017

⁷⁰ Per una sintetica discussione con particolare riferimento alla questione dell'accesso all'Area economica europea per l'industria finanziaria britannica, si veda M. Kinander, *Why won't the UK get a good Brexit deal on financial services? One word: Norway*, LSE Blog, 13 marzo, 2018; Ø. Bø, *Should the UK choose the 'Norway model', it would still be subject to the jurisdiction of a foreign court*, LSE blog, 27 marzo 2018; M. Kinander, *EFTA's model of compliance would struggle to accommodate the UK*, LSE blog, 12 aprile 2018.

⁷¹ D. Chalmers et al, op. cit., 415.

⁷² G. Sacerdoti e P. Mariani, *Brexit and Trade Issues*, in *European Journal of Legal Studies* (2019) 187, 203.

investimento i quali, conferendo diritti agli investitori contro gli Stati, finiscono con l'attribuire al capitale diritti sostanziali e agli Stati diritti invece procedurali.⁷³ Gli aspetti maggiormente ambigui non riguardano tanto i trattati di investimento in quanto tali, che rimangono pur sempre espressione di accordi fra Stati sovrani, quanto gli attuali meccanismi arbitrali preposti alla risoluzione delle relative controversie che coinvolgono investitori privati.⁷⁴ Essi, traslando il meccanismo tipico dell'arbitrato commerciale a dispute non più fra privati ma fra privati e Stati,⁷⁵ sono in grado di comprimere quel che viene solitamente definito 'diritto di regolare' di questi ultimi, e pertanto la loro capacità di dare espressione a certe istanze domestiche. Lungi dall'essere un mero meccanismo di risoluzione di controversie fra parti eguali, l'arbitrato di investimento svolge quindi una funzione tipicamente statale e si conclude con decisioni finali che coinvolgono i diritti e i doveri di intere popolazioni.⁷⁶ Tale delicata funzione richiederebbe estrema cautela, eppure un'autorevole dottrina critica ha rilevato come tali tribunali siano nella pratica spesso composti da arbitri commerciali poco consapevoli della dimensione internazional-pubblicistica dei trattati e che tendono piuttosto a massimizzare gli interessi commerciali a discapito di quelli pubblici.⁷⁷ Si è quindi detto che se ogni trattato costituisce una limitazione auto-imposta alla sovranità, è solo nel momento in cui è sorta una controversia che gli Stati (e soprattutto, alcuni Stati) hanno avvertito tale effetto.⁷⁸ L'argomento contrattualista della volontarietà della limitazione di sovranità convince un po' meno nel momento in cui tali tribunali possono porre interessi nazionali strategici, quali ad esempio la regolamentazione delle risorse naturali, su di un piano equivalente se non addirittura inferiore agli interessi economici dei privati in causa. In tal senso, i trattati di investimento appaiono come uno strumento attraverso cui rispondere alla dottrina della "permanent sovereignty over national resources" che fu riconosciuta nel 1962 dall'ONU e sostenuta in particolare dai Paesi in via di sviluppo.⁷⁹ Commentando una decisione del Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti, è stato notato da uno studioso della materia come questa comporti una 'mercificazione della sovranità',⁸⁰

⁷³ A. Arcuri, *The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration*, in L. Sachs, L. Johnson e J. Coleman (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2018*, Oxford, 2019.

⁷⁴ Per maggiore chiarezza, ci si riferisce qui all'arbitrato di investimento, il quale coinvolge Stati e privati stranieri, e non anche all'arbitrato commerciale o all'arbitrato fra Stati.

⁷⁵ I. Alvik, *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*, Oxford, 2011.

⁷⁶ G. Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints. Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, 2013, 7.

⁷⁷ M. Sornarajah, *The Neo-Liberal Agenda in Investment Arbitration: Its Rise, Retreat, and Impact on State Sovereignty*, in W. Shan, P. Simons, D. Singh, op. cit., 218.

⁷⁸ J. Karl, *International Investment Arbitration. A threat to State Sovereignty?*, in W. Shan, P. Simons, D. Singh, op. cit., 230.

⁷⁹ J. Crawford, *Sovereignty as a legal value*, in J. Crawford e M. Koskeniemi (ed), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, 2012, 120.

⁸⁰ N.M. Perrone, *International Investment Law, Development and Sovereignty: No Harm?*, 2006, disponibile a www.alternautas.net/blog/2016/3/9/international-investment-law-development-sovereignty-no-harm

per la quale considerazioni circa la necessità di proteggere risorse energetiche e *welfare* nazionali sono sì incidentalmente riconosciute quali obiettivi legittimi che uno Stato può e deve perseguire, ma che sono poi portati in bilanciamento con gli interessi di privati che ben possono aver realizzato un inadempimento efficiente – interessi pubblici quindi tutto sommato superabili fintanto che la ricchezza complessiva viene massimizzata.⁸¹ E di fronte a queste preoccupazioni, ormai diffuse in tema di accordi di investimento al punto da portare a considerare il modello attuale una minaccia allo stesso sviluppo degli investimenti internazionali⁸² e spingere gli Stati ad una più cauta stesura dei trattati,⁸³ appare poi ancora più significativo in un'ottica post-Brexit che sia la Corte di giustizia dell'UE ad avere stabilito criteri per la validità delle clausole compromissorie, come nel recente ma già celebre caso *Achmea*, alla luce in particolare del principio di effettività del diritto dell'Unione.⁸⁴ Nell'ambito di accordi non più fra Stati membri ma fra UE e Paesi terzi, dopo che già il meccanismo di risoluzione delle controversie inizialmente proposto nel TTIP aveva destato gravissime perplessità,⁸⁵ il meccanismo stabilito nel CETA con il Canada - trattato che viene al momento considerato più papabile modello di riferimento per forgiare la futura relazione fra Regno Unito e UE⁸⁶ - è stato ancor più recentemente ritenuto legittimo proprio nella misura in cui la giurisdizione della Corte CETA si limiti al diritto pattizio senza anche sconfinare in quello dell'UE,⁸⁷ per quanto tale demarcazione possa poi nella pratica rivelarsi molto meno netta.⁸⁸

5. Lo scenario transnazionale

Alla luce degli esempi sopra riportati, deve quindi concludersi che, malgrado le rinnovate retoriche incentrate sul recupero del controllo, la sovranità sia solo un miraggio nel contesto internazionale economico, necessariamente compromessa dalla partecipazione alle sempre più numerose organizzazioni internazionali che animano lo scenario globale? O deve piuttosto ribadirsi che gli Stati rimangono l'anima di quelle organizzazioni? La domanda, ovviamente, non è affatto nuova: si è da tempo dibattuto su quale sia il ruolo della sovranità statale nei più ampi processi di globalizzazione cui si è potuto assistere massimamente a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo.⁸⁹ Era divenuto tema comune in tal senso che la globalizzazione - qualunque cosa ciò significasse - fosse un processo irreversibile

⁸¹ N.M. Perrone, op. cit.

⁸² M. Sornarajah, op. cit.

⁸³ V. Korzun, *The Right to Regulate in Investor– State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs*, in 50(2) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2017) 355, 387.

⁸⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, C-284/16, *Achmea*.

⁸⁵ H. Schepel et al, *Public consultation on investor-state arbitration in TTIP – Comment*, 1.

⁸⁶ L. O'Carroll, *Can UK get 'super Canada-plus' trade deal with EU by end of 2020?*, *The Guardian*, 12 novembre 2019.

⁸⁷ Parere 1/17 della Corte, 30 aprile 2019.

⁸⁸ G.C. Leonelli, *CETA and the external autonomy of the EU legal order: risk regulation as a test*, in 47(1) *Legal Issues of Economic Integration* (2020) 43.

⁸⁹ S. Cassese, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013.

largamente dovuto all'evoluzione tecnologica e rispetto al quale gli Stati altro non potevano che uniformarsi, in parte rinunciando alla propria sovranità - concetto peraltro visto più come termine retorico che come utile strumento giuridico⁹⁰ e che in effetti, nelle controversie internazional-economiche nelle sedi di cui si diceva sopra, può essere ed è stato impiegato per sostenere tanto una cosa quanto il suo esatto contrario.⁹¹ E, in linea con la tendenza avviata in tardo ottocento a vedere la sovranità come espressione di egoismo nazionale,⁹² tale processo in realtà neppure appariva come qualcosa di negativo poiché capace anche di attenuare le tendenze drammaticamente più aggressive dello Stato nazione. Invece di ammettere schmittianamente Stati territorialmente sovrani che partecipano più o meno pacificamente all'ordine internazionale a condizione che se ne riconosca lo *ius ad bellum*,⁹³ si possono ridurre gli spazi di sovranità al fine di scongiurare la guerra. Insomma, come un'autorevole dottrina ha sintetizzato le tradizionali e più diffuse obiezioni rivolte dagli internazionalisti al concetto di sovranità, "from a sociological perspective, we have attacked it because it fails to articulate the economic, environmental, technological and ideological interdependencies that link humans all across the globe, giving a mistaken description of the reality of human relationships across the world".⁹⁴

Tuttavia, che la globalizzazione stia rendendo obsoleto lo Stato nazionale non ha mai convinto gli studiosi cosiddetti realisti della geopolitica economica, per i quali la sovranità non si sarebbe affatto dissolta nel nuovo contesto.⁹⁵ E questo per la doppia ragione che da un lato, malgrado le vigorose concettualizzazioni degli autori moderni che stabilirono quel concetto, un potere statale assoluto e non internazionalmente limitato non è nella pratica mai esistito e quindi neppure può dirsi che sia andato perduto,⁹⁶ e dall'altro che anche nei processi di globalizzazione economica gli Stati restano attori fondamentali capaci di dare ben precise connotazioni al fenomeno.⁹⁷ Il mercato, tanto quello nazionale che quello internazionale, non va quindi reificato al punto da trascurare il ruolo giocato dallo Stato nella definizione delle sue caratteristiche,⁹⁸ il che peraltro è storicamente coinciso con un incremento della regolamentazione sia domestica che internazionale piuttosto che con un suo declino.⁹⁹ D'altra parte, lo stesso concetto

⁹⁰ L. Henkin, op. cit.

⁹¹ Su come la nozione è stata impiegata in talune dispute nell'OMC, vedasi A.H. Qureshi, *Sovereignty Issues in the WTO Dispute Settlement. A 'Development Sovereignty' Perspective*, in W. Shan, P. Simons, D. Singh, op. cit. 163.

⁹² M. Koskenniemi, *The Legacy of the Nineteenth Century*, in D. Armstrong (ed), *Routledge Handbook of International Law*, Londra, 2009, 150.

⁹³ C. Schmitt, *The Concept of the Political* (1932), Chicago, 2007.

⁹⁴ M. Koskenniemi, *What Use for Sovereignty Today?*

⁹⁵ R. Gilpin, *Global Political Economy. Understanding the International Economic Order*, Princeton, 2001, 15.

⁹⁶ S.D. Krasner, op. cit.

⁹⁷ S. Sassen, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, 2019.

⁹⁸ D.A. Smith, D.J. Solinger, S.C. Topik, *Introduction*, in D.A. Smith, D.J. Solinger, S.C. Topik (ed), *States and Sovereignty in the Global Economy*, Londra, 1999, 7.

⁹⁹ E. Helleiner, *Sovereignty, territoriality and the globalization of finance*, in D.A. Smith, D.J. Solinger, S.C. Topik, op. cit, 138, 144.

di sovranità nel diritto internazionale sembra essere inteso in termini diversi in Paesi diversi, giocando ancora un ruolo particolarmente importante in alcuni di essi.¹⁰⁰ Se ciò è vero, appare allora incorretto ipotizzare che nell'attuale scenario economico si stia verificando un generale ritorno alla chiusura nazionale: la sfida non sembra tanto ripararsi dagli effetti della globalizzazione economica o addirittura negarne la portata - la società globale del rischio permane ed anzi sembra pericolosamente espandersi¹⁰¹ - quanto piuttosto influenzarne dinamiche e regole. Una dottrina più critica suggerisce quindi che, al di là della diatriba forse neppure troppo fertile fra chi considera che la globalizzazione stia distruggendo lo Stato nazione e chi ritiene invece che non vi sia nulla di nuovo sotto il sole,¹⁰² l'effetto immediatamente tangibile di quel fenomeno sia piuttosto una deterritorializzazione dell'autorità statale.¹⁰³ Questa da un lato implica che talune autorità non siano più radicalmente escluse dall'influenza sulla regolamentazione di altri territori - il che di per sé sarebbe già dirompente rispetto all'esclusività che è caratteristica fondante di ogni ordinamento¹⁰⁴ - e d'altro lato avvantaggia quegli attori nazionali privati che siano capaci di promuovere i propri interessi attraverso le nuove modalità, stabilendo le condizioni della partecipazione al mercato globale.¹⁰⁵ Insomma, sarebbe il piano interno più che quello esterno a risultare interessato.

Per quanto concerne il primo aspetto, gli Stati e l'UE sono già ampiamente impegnati in una competizione per la promozione extra-territoriale dei propri standard e quindi valori giuseconomici, al fine di spingere altri attori sia pubblici che privati ad un'armonizzazione o *compliance* con il modello che serva meglio gli interessi di quell'ente.¹⁰⁶ Per ottenere tale risultato, la cooperazione transnazionale appare uno strumento utile ma non esclusivo: basti pensare alle regole circa l'equivalenza nell'ambito della regolamentazione finanziaria e dello scontro che ne è derivato fra Stati Uniti e UE, fautori di modelli pure in teoria simili in quanto largamente concordati internazionalmente.¹⁰⁷ Ciò può avvenire perché "it has become necessary for firms from any country who want to work internationally to adjust to the most widely accepted standards in the world or not be a player in the world financial market".¹⁰⁸ Ne consegue un'espansione degli standard giuridici di

¹⁰⁰ A. Roberts, *Is International Law International?*, Oxford, 2017, 296, con riferimento, nel caso cinese, a P.C.W. Chan, *China, State Sovereignty and International Legal Order*, Leida, 2015.

¹⁰¹ U. Beck, *Weltrisikogesellschaft - Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Francoforte sul Meno, 2007.

¹⁰² S. Sassen, *Embedding the global in the national*, op. cit., 158.

¹⁰³ S. Sassen, *Globalization or Denationalization?*, in 10(1) *Review of International Political Economy* (2003) 1; S. Sassen, *Embedding the global in the national*, op. cit., 158, J. Ruggie, *Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations*, in 47(1) *International Organization* (1993) 139, E. Elleiner, op. cit., 150.

¹⁰⁴ R. Bin, P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, Bologna, 2005, 33.

¹⁰⁵ R. Howse, *Sovereignty, Lost and Found*, in W. Shan, P. Simons, D. Singh, op. cit., 61, 64.

¹⁰⁶ Con particolare riferimento all'Unione europea, si vedano i contributi in M. Cremona e H.-W. Micklitz, *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford, 2016 e M. Cremona e J. Scott, *EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, 2019.

¹⁰⁷ P. Davies, *Financial Stability and the Global Influence of EU Law*, in M. Cremona e J. Scott, op. cit., 146.

¹⁰⁸ S. Sassen, *Embedding the global in the national*, op. cit., 164.

taluni enti oltre i limiti delle proprie giurisdizioni - ciò che può riscontrarsi in vari ambiti ed è già stato etichettato nel caso specifico dell'UE *Brussels effect*.¹⁰⁹ Tale dimensione rimane fondamentale anche nelle vicende relative alla Brexit: il piano del governo britannico nel 2018 suggeriva che “the UK would make an upfront choice to commit by treaty to ongoing harmonisation with the relevant EU rules”.¹¹⁰ Questo al fine di facilitare la circolazione delle merci - ma non necessariamente anche dei servizi - da e per il resto d'Europa, ma a costo di correre il rischio, paventato dalle ali euroscettiche più intransigenti, di ridurre il Regno Unito ad un ruolo subalterno di *rule-taker*. Compiutasi infine la Brexit, la questione dell'imposizione extraterritoriale dei propri standard economici e di sicurezza è divenuta infatti - in maniera peraltro per nulla inaspettata se non a chi forse ingenuamente riteneva che la data del 31 gennaio 2020 segnasse effettivamente la fine del capitolo Brexit nella politica britannica - un tema cruciale nei negoziati fra UE e Regno Unito.¹¹¹

Se tutto ciò non sembra necessariamente irritare il dogma della sovranità internazionale, sempre forte dell'argomento per il quale le limitazioni di sovranità sono in realtà auto-limitazioni, ben appare capace invece di creare tensioni con quella domestica, nella misura in cui tali dinamiche influiscono sul perseguimento di politiche possibilmente non allineate agli interessi degli attori fondamentali della globalizzazione. Il secondo aspetto dell'idea di deterritorializzazione dell'autorità statale menzionata poc'anzi suggerisce infatti che la globalizzazione produca i suoi effetti più evidenti sul piano interno anziché su quello internazionale. E noi vedremo allora tali effetti più nelle regolamentazioni domestiche riferite agli attori economici, le quali possono implementare soluzioni internazionalmente orientate,¹¹² che non discutendo di una possibile evoluzione del concetto di Stato, del quale in effetti sembra mutare più la funzione economica¹¹³ che non il modello concettuale fondamentale. Solo più recentemente si è quindi cominciato ad investigare il nesso esistente fra sovranità esterna ed interna.¹¹⁴

Ciò appare in grado di dissipare quella 'cortina fumogena' rappresentata dalla sovranità e porre in evidenza la diversità degli interessi dei vari gruppi che vi si celano dietro.¹¹⁵ Si prenda ancora l'esempio della regolamentazione

¹⁰⁹ A. Bradford, *The Brussels Effect*, in 107(1) *Northwestern University Law Review* (2012) 1; Id., *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020, suggerisce anche che nessuna forma di Brexit sarà in grado di liberare completamente il Regno Unito dall'influenza della regolamentazione UE.

¹¹⁰ *White Paper of the UK Government on 'The future relationship between the United Kingdom and the European Union'* del 17 luglio 2018, 8.

¹¹¹ F. Lawrence, *Why chlorinated chicken is centre of the table in UK-EU talks*, su *The Guardian* del 25 febbraio 2020.

¹¹² Si vedano ad esempio i contributi in M. Faure, A. Van der Walt (ed), *Globalization and Private Law. The Way Forward*, Cheltenham, 2010.

¹¹³ J. Stiglitz, *Globalization and the economic role of the state*, in 12 *Industrial and Corporate Change* (2003) 3.

¹¹⁴ C. Eckes, *The reflexive relationship between internal and external sovereignty*, in 18(1) *Irish Journal of European Law* (2015) 33.

¹¹⁵ M. Koskeniemi, *What Use for Sovereignty Today?*

finanziaria. Se da un lato occorre considerare le politiche monetarie e deregolatrici adottate da alcuni Stati a partire già dagli anni 60 per poter spiegare lo sviluppo di quel mercato globale che tanto avrebbe condizionato le politiche interne di alcuni Paesi, a riprova del ruolo dello Stato (o quantomeno di qualche Stato) nell'arena globale, d'altro lato è stato notato che nel contesto finanziarizzato che ne è derivato le banche centrali ed i governi appaiono spesso più preoccupati di accontentare mercati ed "inflation-obsessed bondholders" che non a sviluppare obiettivi di crescita economica e benessere sociale, al costo di promuovere politiche deflative.¹¹⁶ Il che può essere aggravato allorché tali istanze - a prescindere da una discussione sul merito - vengano portate avanti da organizzazioni che esacerbano il contrasto con la sovranità domestica. Questo si è visto nel noto caso greco e più in generale in ciò che concerne lo sviluppo del meccanismo della condizionalità, ora più esplicitamente accolto anche in ambito europeo dopo che esso si era sviluppato nel contesto del diritto economico internazionale:¹¹⁷ proprio nella disputa che è sorta circa la compatibilità del Meccanismo europeo di stabilità con varie disposizioni del TFEU, la Corte di giustizia ha riconosciuto la legalità del meccanismo di assistenza verso uno Stato membro indebitato 'purché le condizioni collegate a siffatta assistenza siano tali da stimolarlo all'attuazione di una politica di bilancio virtuosa',¹¹⁸ unionizzando quel principio di condizionalità che, esso stesso condizione politica di esistenza del fondo e proposto sempre più spesso come rimedio, appare poi nella pratica come uno degli irritanti più notevoli del sistema economico internazionale, meccanismo volto alla stabilità finanziaria ma non necessariamente anche a quella politico-sociale¹¹⁹ malgrado il possibile, e spesso ricordato al fine di promuovere riforme istituzionali, legame fra quelle forme.¹²⁰ In tal senso, ed è forse uno degli aspetti centrali, la globalizzazione può sì corrompere la sovranità statale, ma attraverso un canale diverso e potenzialmente più destabilizzante: erodendo la legittimità dello Stato agli occhi dei suoi cittadini, i quali si attendono politiche che ora lo Stato non sempre può offrire.¹²¹ Questo, intuitivamente, dispiega i suoi effetti in modo più percepibile in un contesto che abbia conosciuto lo Stato regolatore e lo Stato sociale rispetto ad uno di Stato minimo. Tutto ciò pone quindi sotto una luce diversa e meno nitida la relazione fra Stato e mercato, e altresì fra diritto pubblico e privato, contro lo schematico tipico tanto dell'argomento della volontarietà dell'autolimitazione di sovranità quanto di quello del *nihil sub sole novum*.

¹¹⁶ S. Sassen, *Losing Control?*, op.cit., 50.

¹¹⁷ A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in 48 *Materiali per una storia della cultura giuridica* (2018) 167.

¹¹⁸ *Thomas Pringle v Government of Ireland*, C-370/12, 137.

¹¹⁹ F. Costamagna, *Saving Europe 'Under Strict Conditionality': A Threat for EU Social Dimension?*, Working Paper-LPF n. 7 (2012).

¹²⁰ A. Alesina, R. Pedrotti, *Income distribution, political instability, and investment*, in 40(6) *European Economic Review* (1996) 1203.

¹²¹ Si vedano S. Gill, *Globalization, democratization, and the politics of indifference*, in J.H. Mittelman (ed) *Globalization: Critical Reflections*, Boulder, 1996, 205 e C. Offe, *Ungovernability*, in S.A. Jansen, E. Schröter, N. Stehr (ed), *Fragile Stabilität - stabile Fragilität*, Wiesbaden, 2013, 77.

Di fatti, mentre i margini di manovra per gli Stati (o per meglio dire taluni Stati) sembrano - in un modo o nell'altro, in una misura o nell'altra - alterarsi, sono i privati (o per meglio dire taluni privati) che paiono in grado di muoversi agilmente nel contesto economico non più solo internazionale ma ora transnazionale,¹²² al punto che si era suggerito che fosse il capitale ad essere divenuto il nuovo sovrano internazionale in un contesto che si riteneva ad un certo punto avere addirittura già dissolto la dimensione nazionale.¹²³ Tali privati sono talvolta delegati essi stessi con funzioni tipicamente statali, per quanto attiene alla risoluzione delle controversie, ma anche indirettamente alla regolamentazione per il tramite della standardizzazione.¹²⁴ La globalizzazione giuridica, che appare meno coerente e sviluppata di quella economica,¹²⁵ si nutre poi di una nuova *lex mercatoria* transnazionale,¹²⁶ mentre quello stesso diritto statale che aveva storicamente assorbito e rimodellato la primigenia *lex mercatoria* risulta adesso mercificato. Si insegue il consenso degli investitori, invitati ad optare per un diritto nazionale nell'ampio 'mercato delle regole' globale,¹²⁷ il che può preludere o ad una corsa possibilmente al ribasso ovvero alla deregolamentazione (l'effetto Delaware), o all'espansione extraterritoriale di certi standard (l'effetto Bruxelles, o California come lo si è conosciuto in ambito statunitense). Regole che, quindi, vengono 'foot voted' da investitori e consumatori ponendo di nuovo in discussione il ruolo della sovranità parlamentare quale canale privilegiato per dar voce alle classi economiche dominanti o subalterne. In tal senso è paradigmatica l'espansione semantica che interessa la sovranità, posta adesso in capo non più solo al Parlamento o al popolo, collettivamente, ma al consumatore, individualmente, nel momento in cui si comincia a parlare metaforicamente di *consumer sovereignty*. L'espressione, che trae origine dal lavoro dell'economista inglese William Harold Hutt,¹²⁸ allude alla capacità del consumatore, per il tramite delle sue scelte di acquisto e non acquisto, di dettare le linee dello sviluppo non solo economico, ma anche sociale, coerentemente con un'impostazione in senso lato neoliberale che può tuttavia entrare in conflitto con i meccanismi della democrazia rappresentativa.¹²⁹

6. Dilemmi e trilemmi

Se la relazione fra sovranità economica e globalizzazione non è immediatamente dicotomica, altri autori hanno suggerito che le variabili dell'equazione non sarebbero due, ma tre - delle quali solo due sembrerebbero poter coesistere: per la

¹²² Si veda S. Strange, *The Retreat of the State, The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, 1996.

¹²³ M. Hardt, A. Negri, *Empire*, Harvard, 2000.

¹²⁴ C. Scott, *Regulating private legislation*, in F. Cafaggi e H. Muir-Watt (ed), *Making European Private Law*, Cheltenham, 2008, 254.

¹²⁵ S. Cassese, *Oltre Lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

¹²⁶ F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

¹²⁷ A. Zoppini (ed), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma, 2004.

¹²⁸ W.H. Hutt, *Economists and the Public: A Study of Competition and Opinion*, Londra, 1936

¹²⁹ N. Olsen, *The Sovereign Consumer. A New Intellectual History of Neoliberalism*, Cham, 2019, 10; T. Biebricher, *Neoliberalism and Democracy*, in 22 *Constellations* (2015) 255.

nota tesi articolata da Rodrik, sarebbe infatti impossibile la coesistenza di autodeterminazione nazionale, mercati globali e democrazia.¹³⁰ Ora, la tensione fra i tre elementi rimane latente fino a che vi sia una generale accettazione della globalizzazione o fino a che la sua effettiva portata rimanga tutto sommato circoscritta, tanto che le limitazioni che questa comporta non sembrano destare perplessità. Al punto in cui, direbbe il cinico, la convenienza economica superi lo svantaggio politico o a quello, sarebbe più corretto dire, in cui le dinamiche della globalizzazione non alterino in modo significativo gli equilibri socio-economici cristallizzati nella concezione prevalente di sovranità in uno Stato. Per questa ragione si rileva anche criticamente che il trilemma di Rodrik si palesa soltanto nei casi estremi e possibilmente teorici di *iperglobalizzazione*, e non anche in un quadro giuridico economico internazionale ove la sovranità nazionale ancora giochi un ruolo, potendo rappresentare il canale attraverso cui uno Stato possa promuovere i propri interessi.¹³¹ Si può quindi, per risolvere il trilemma, ricorrere al solito argomento per il quale non vi sarebbe compressione, ma anzi esercizio di sovranità, poiché i trattati internazionali sovranamente sono siglati dagli Stati stessi.¹³² Il che, principio base del diritto internazionale,¹³³ rimane sì indubbiamente vero, ma pure glissa tanto sulle questioni attinenti agli elementi di sovranazionalità cui si accennava poc'anzi che più fondamentalmente sulla dimensione fattuale della sovranità: l'uso dell'immagine contrattualistica apre la porta anche ai rilievi critici sull'astrattezza dell'autonomia contrattuale. Guardando alla realtà dei negoziati precedenti la conclusione dei trattati commerciali, parte della dottrina giuseconomica dubita che il 'libero' commercio attuale sia effettivamente tale,¹³⁴ poiché taluni attori internazionali sono capaci di affermare i propri interessi per il tramite di pratiche che, si svolgessero nell'ambito di negoziazioni private, non esiteremmo a qualificare come inficanti il consenso contrattuale.¹³⁵ E questo è un aspetto che dovrebbe forse preoccupare anche il privatista fino a ieri impensierito dai progetti di armonizzazione europea in materia civile e commerciale, poiché l'esperienza attuale riferisce di casi in cui taluni Paesi sono stati in grado di dettare l'agenda interna di altri, richiedendo non solo che il diritto di questi fosse amministrato ed applicato in modo ragionevole ed imparziale, come gli accordi per

¹³⁰ D. Rodrik, *The Globalisation Paradox. Democracy and the Future of the World Economy. Why Global Markets, States, and Democracy Can't Coexist*, Oxford, 2012.

¹³¹ J.P. Trachtman, *Review Essay: The Antiglobalisation Paradox – Freedom to Enter into Binding International Law is Real Freedom* *Review of Dani Rodrik, The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, in 36(11) *The World Economy* (2013) 1442.

¹³² Ibid.

¹³³ Corte permanente di giustizia internazionale, caso *Wimbledon*, 1923, para 35: "The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty".

¹³⁴ F.J. Garcia, *Consent & Trade. Trading Freely in a Global Market*, Cambridge, 2019.

¹³⁵ Ibid., 82.

la liberalizzazione dei servizi spesso tendono a fare,¹³⁶ ma richiedendo ed ottenendo anche specifiche riforme del diritto commerciale al fine di allinearli alle regole familiari ai propri operatori giuridici ed economici.¹³⁷ Il che non è poi molto dissimile da quello che si è già più volte perseguito per il tramite della condizionalità, sostenendo la circolazione di modelli di una certa tradizione giuridica, giustificata da considerazioni che riducono il diritto comparato ad un falsamente ingenuo esercizio classificatorio.¹³⁸

Può ancora discutersi se sia il mercato globale che necessariamente produce questi risultati, o se non sia piuttosto la sua struttura attuale che ciò invero, e quindi - stavolta in ottica propositiva - se non vi sia una strada, per il tramite di una regolamentazione ispirata magari ad una diversa nozione di giustizia transnazionale, che garantisca partecipazione al mercato globale senza che ciò porti a ripercussioni non tanto sulla sovranità, che rimane un'astrazione funzionale al mercato, quanto più fondamentalmente sulle istanze che attraverso questa dovrebbero trovare espressione. Nello stesso dibattito interno al diritto dell'UE del resto ci si interroga se l'attuale crisi sia dovuta ad una costruzione giuridica del mercato deliberatamente ispirata ad un'agenda liberista¹³⁹ o se tale costruzione non abbia invece un carattere essenzialmente pluralista ed aperto ad opzioni differenti, fra le quali è poi la politica a compiere scelte contingenti.¹⁴⁰ La questione ha rappresentato un punto nevralgico in particolare per la sinistra britannica di fronte alla questione Brexit, travagliata dal dilemma *remain* o *Lexit*, risultante in un atteggiamento parzialmente ambivalente e, sembrerebbe, elettoralmente infruttuoso. Vi è chi, puntando ad una (ulteriore) democratizzazione delle strutture esistenti e prima fra tutte la UE, affermava in periodo di campagna referendaria a favore della permanenza nell'UE che "we reject the notion that Britain must settle for diminished sovereignty as the price of global influence in the era of globalisation".¹⁴¹ Eppure proprio quella visione espressa notoriamente da Varoufakis veniva anche criticata, fra gli altri da Lapavitsas, per essere una rassicurante illusione progressista, poiché la UE sarebbe nella pratica irrimediabile in senso radicale.¹⁴² Un confronto, questo fra i due economisti greci a lungo trapiantati in Gran Bretagna che è intriso di patimento politico, portato avanti da due transfughi dall'esperienza di Syriza posti di fronte alla difficoltà di mediare istanze democratiche, espresse per il tramite di un referendum popolare, ed economiche internazionali.

¹³⁶ F. Ortino, *Regional Trade Agreements and Trade in Services*, in S. Lester et al (ed), *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, Cambridge, 2015, 238.

¹³⁷ F.J. Garcia, op.cit., 89.

¹³⁸ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, 172.

¹³⁹ A.J. Menéndez, *The existential crisis of the European Union*, in 14 *German Law Journal* (2013) 453.

¹⁴⁰ C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, 2016.

¹⁴¹ Y. Varoufakis, *Brexit is an empire-era trick. Only the radical case for Europe makes sense*, su *The Guardian* del 28 maggio 2016.

¹⁴² C. Lapavitsas, *The Left Case Against the EU*, Cambridge, 2019, 121.

7. Conclusioni

Torniamo in terra britannica. Sappiamo come la creazione della sovranità parlamentare sia stata di importanza storica costitutiva per il Regno Unito moderno, nella misura in cui ha permesso il ridimensionamento della monarchia e la promozione di una transizione economica in senso liberale. Sappiamo anche, tuttavia, che le contraddizioni insite nella sovranità parlamentare emersero presto, venendo esacerbate da un'evoluzione economica e sociale che porterà ad un rapporto teso con la sovranità popolare in senso lato. Se le contraddizioni economico-sociali della sovranità esterna non furono affrontate immediatamente lo si deve soprattutto alla particolare storia economica britannica che, già dal sedicesimo secolo, fu per larga misura storia coloniale prima ancora che si affermasse pienamente la supremazia parlamentare. Tale concetto, del resto, funziona senza dare adito a problemi o trilemmi fintanto che il Parlamento è perno di un sistema commerciale che attorno ad esso ruota e cui sia in grado di dettare le regole. E così, ad esempio, il Parlamento inglese fu capace a partire dal diciassettesimo secolo, con i vari *Navigation Acts*, di regolamentare i traffici con le colonie obbligandole al solo commercio con la madrepatria, mentre fu solamente con l'esecutivo *whig* di John Russell, insediatosi a seguito della caduta del governo Peel per le questioni cui si è accennato sopra, che quelle leggi tramontarono in nome delle dottrine del libero commercio. Al contempo, il *common law* storicamente sviluppato dai giudici inglesi offriva agli attori economici dell'impero lo stesso insieme di regole sostanziali. Le pretese britanniche sulle colonie, ed in particolare quelle americane, ebbero come noto conseguenze storiche tutt'altro che secondarie. Ebbene, nel momento in cui tale sistema coloniale viene meno, l'effettività della sovranità parlamentare risulta affievolita, o quantomeno continua ad esercitarsi in aree di influenza via via più ristrette, ed anzi il concetto di sovranità, esercitato stavolta nella forma di autodeterminazione da parte dei Paesi una volta coloniali,¹⁴³ erode gli spazi dell'antico colonizzatore. È paradigmatico che la sovranità economica esterna sia stata più ardua da conquistare per le ex-colonie che non la stessa sovranità politica domestica.¹⁴⁴ Il vecchio impero cede il passo al *Commonwealth of Nations*, che rimane insieme sbocco commerciale e geopolitico per un Paese che, come espresso dal Primo ministro Attlee nel 1948, si presenta come “not solely a European power but a member of a great Commonwealth and Empire”.¹⁴⁵ Il continente europeo che inizia ad integrarsi, attraverso forme giuridiche differenti, comincia ad apparire come un mercato appetibile per le esportazioni britanniche, e fra gli anni 60 e 70 sembra necessario,

¹⁴³ Koskenniemi nota la derivazione dello stesso vocabolario anticolonialista, nei suoi riferimenti a concetti quali quello di sovranità, dalle elaborazioni giusinternazionaliste occidentali: M. Koskenniemi, *The Legacy of the Nineteenth Century*, 144.

¹⁴⁴ J.P. Greene, *Evaluating Empire and Confronting Colonialism in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge, 2013, 272.

¹⁴⁵ In R. Saunders, *Yes to Europe! The 1975 Referendum and Seventies Britain*, Cambridge, 2018, 259. La doppia prospettiva europea e globale riapparirà, in termini diversi, anche nel discorso del Primo ministro Johnson al compimento della Brexit il 31 gennaio 2020: “a Britain that is simultaneously a great European power and truly global in our range and ambitions”.

primariamente ai conservatori, coltivare e mantenere un legame con entrambe le aree.¹⁴⁶ La collocazione britannica all'interno del progetto comunitario sembrava quindi servire bene la sovranità britannica, intesa ovviamente come capacità di massimizzare la propria influenza sulla scena globale.¹⁴⁷ Nella stessa maniera in cui il cambiamento di assetti socio-economici domestici aveva avviato un'evoluzione interna alla sovranità statale, l'alterazione degli equilibri economici internazionali portò ad un cambiamento del ruolo se non addirittura della stessa nozione di sovranità in ambito transnazionale. Questa appare allora non come un insieme statico di diritti e doveri, quanto piuttosto come un cangiante quadro di riferimento da colmare con contenuti dettati da elementi extra-giuridici.¹⁴⁸ È a tal modo che essa è emersa quale “a fundamental pillar of the capitalist world-economy”,¹⁴⁹ rispetto alla quale essa esiste non necessariamente in opposizione ma in rapporto dialettico; almeno fino al momento in cui è invece divenuta una parola, di limitato significato giuridico forse,¹⁵⁰ che “expresses frustration and anger about the diminishing spaces of collective re-imagining, creation and transformation of individual and group identities by what present themselves as the unavoidable necessities of a global modernity”.¹⁵¹ La dicotomia reale in tal senso non sembra più quella, comoda ma parziale, fra sovranità parlamentare e popolare, o fra globalizzazione e sovranità statale, ma tutt'al più quella persistente fra centro e periferia,¹⁵² fra *rule-makers* e *rule-takers*, declinata nelle sue diverse forme storiche prima ancora che giuridiche.

L'insieme dei richiami identitari nella campagna per la Brexit in questo contesto assume quindi un nuovo sapore, ampiamente rilevato in stampa ed accademia,¹⁵³ che sembra riavvicinare dimensione economica e identitaria – a dispetto del tentativo dichiarato in apertura di questo articolo di tenere le due separate. La realtà dei rapporti economici fa trasparire un elemento importante, quello della relazione fra sovranità e impero, che dovrebbe ispirare al momento un esame più critico della stessa nozione di sovranità.¹⁵⁴ Un esame che, già da tempo avviatosi nell'ambito degli studi critici sulla decolonizzazione proprio in area anglosassone, sembra avere invece attecchito meno altrove, dove la critica al concetto di sovranità è stata generalmente portata avanti in chiave eurocentrica

¹⁴⁶ Si veda R. Saunders, op.cit.

¹⁴⁷ G. Howe, *Sovereignty and interdependence: Britain's place in the world*, in 66(4) *International Affairs* (1990) 675.

¹⁴⁸ V. Lowe, *Sovereignty and International Economic Law*, in W. Shan, P. Simons, D. Singh, op. cit., 77.

¹⁴⁹ I. Wallerstein, *States? Sovereignty?* op. cit., 33.

¹⁵⁰ R. Bin, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. Pugiotto (ed), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, 2013, 369.

¹⁵¹ M. Koskenniemi, *What Use for Sovereignty Today?*

¹⁵² I. Wallerstein, *World-system analysis: theoretical and interpretive issues*, in T.K. Hopkins e I. Wallerstein (ed) *World-System Analysis: Theory and Methodology*, Beverly Hills, 1982, 91.

¹⁵³ P. Beaumont, *Brexit, Retrotopia and the perils of post-colonial delusions*, in 3(4-5) *Global Affairs* (2018) 379-390; G. Younge, *Britain's imperial fantasies have given us Brexit*, su *The Guardian* del 3 febbraio 2018; N. Urbinati, *Ma con la Brexit la povertà resta*, su *La Repubblica* del 15 dicembre 2019.

¹⁵⁴ Si veda A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, 2005.

prima ed europeista dopo e che adesso, affievolitasi - non sappiamo per quanto - l'attrattiva di quell'approccio, rischia all'estremo opposto di cedere il passo ad una rinnovata feticizzazione della sovranità formale ed esterna piuttosto che ad una sua più radicale e sostanziale critica in chiave insieme domestica e transnazionale.

Guido Comparato
School of law
Birkbeck College, University of London
g.comparato@bbk.ac.uk

È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?

di Marco Dani e Agustín José Menéndez

Abstract: Can Democratic and Social Constitutionalism be still reconciled with European integration? – Contrary to opinions regarding national sovereignty and the EU as antithetic, the article examines the potential for their complementary relationship by drawing from the seminal analysis by Alan Milward. It restates that originally the process of European integration was instrumental to the pursuit of the foundational commitments inspiring national democratic and social constitutional self-government and that only with the crisis of the social state in mid 1970s was European integration re-oriented to transform in neoliberal terms democratic and social constitutionalism. As in the most recent evolutionary phase this trend is maintained and radicalized, Milward's idea of conceiving European integration with a view to rescue national constitutional self-government may inspire attempts at redressing the contents and structures of EU law.

289

Keywords: European integration; democratic and social constitutionalism; constitutional self-government; Alan Milward; neoliberalism.

1. Introduzione

Già all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso Alan Milward esprimeva la propria esasperazione per come il dibattito sull'integrazione europea finisse inesorabilmente per avvatarsi in una superficiale antitesi tra istituzioni sovranazionali e stato nazionale¹. Proprio quella esasperazione avrebbe motivato lo sforzo ricostruttivo culminato in *The European Rescue of the Nation-State*, il fortunato volume in cui si dimostra come quell'antitesi sia infondata e, segnatamente, come sin dalle sue origini il processo di integrazione europea abbia contribuito in maniera significativa al processo di riaffermazione dello stato nazionale in Europa². Spiace dover constatare che quella indimenticata lezione non è riuscita a smuovere il dibattito dalle secche di quella antitesi: a distanza di ormai trent'anni, tocca ancora assistere ad una contrapposizione, altrettanto sterile e fuorviante, tra federalisti e sovranisti, dove oggetto del contendere è la sovranità intesa riduttivamente come potere supremo di comando³.

¹ Cfr. A. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, Oxon, 2000, x (dove si riporta la prefazione alla prima edizione del 1992).

² Ibidem, 2-3. Si veda anche A. Milward, *Delors' Agonistes*, in *New Left Review*, 145-151 (2009).

³ Il riduzionismo di un simile approccio è evidenziato da D. Quaglioni, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, 3-16. Per una trattazione più specifica delle manifestazioni della sovranità nei

Che questa contrapposizione sia sterile lo si può facilmente intuire richiamando l'attenzione su alcuni dati di realtà che, se animati da un minimo di onestà intellettuale, entrambi i fronti potrebbero facilmente ammettere. Nell'attuale fase della storia europea, infatti, tanto la sovranità nazionale quanto la cooperazione sovranazionale sono elementi di contesto da cui è molto difficile prescindere⁴. È realistico prevedere che in Europa per un periodo di tempo ancora ragionevolmente lungo ci troveremo ad operare in un ordine giuridico e politico fondato da un lato su stati membri organizzati a partire da costituzioni democratiche e sociali e dall'altro su un assetto istituzionale sovranazionale chiamato a favorire l'elaborazione congiunta di politiche riguardanti le materie maggiormente esposte all'interdipendenza economica.

In un simile contesto, la prospettiva di un trasferimento alle istituzioni europee del potere supremo di comando, oltre ad apparire illusoria in relazione alla effettiva consistenza delle forze politiche disposte a sostenerla, si rivela frutto di una superficiale valutazione di ciò che, al di là della facile retorica, un simile sviluppo implica. Troppo spesso si dimentica che la sovranità non è un attributo fungibile, ovvero suscettibile di essere collocato con disinvoltura su questo o quel livello di governo senza alterarne le qualità intrinseche⁵. Per essere tale, il potere supremo di comando presuppone l'esistenza di apparati amministrativi, di risorse economiche e, non da ultimo, di un sistema politico di cui oggi solo gli stati nazionali sono in grado di disporre⁶.

A ricordarci questi dati di realtà non sono soltanto un certo numero di costituzioni degli stati membri e di pronunce delle corti costituzionali nazionali⁷. Lo stesso diritto dell'Unione europea dimostra piena consapevolezza circa l'attuale collocazione della sovranità nella sfera statale. Fin dalle pronunce che hanno introdotto i principi dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario, la Corte di giustizia si è ben guardata dal rivendicare per le istituzioni europee un potere sovrano⁸. Ora come allora l'assetto istituzionale dell'Unione esprime un

dibattiti sull'integrazione europea si veda invece D. Chalmers, *European Restatements of Sovereignty*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2013.

⁴ La difficoltà di prescindere dalla cooperazione sovranazionale si sta palesando in maniera spettacolare nell'ambito del processo che condurrà al recesso del Regno Unito dall'Unione europea (*Brexit*). Sebbene questo processo dimostri che il recesso dall'Unione non sia un'eventualità solo teorica, è altrettanto evidente come un simile sviluppo non lascerà spazio ad un esercizio dei poteri sovrani interamente svincolato da obblighi internazionali e dalla partecipazione a forme di cooperazione internazionale multilaterale.

⁵ Chalmers, cit., 4.

⁶ A testimonianza della mancata fungibilità della sovranità si può portare l'esempio della politica monetaria, per la quale il trasferimento al livello sovranazionale non ha comportato la riproduzione della costellazione istituzionale riscontrabile negli stati membri, ma ha determinato invece la creazione di un assetto di governo tecnocratico le cui credenziali democratiche sono perlomeno controverse. Cfr. A. Guazzarotti, *Sovranità ed integrazione europea*, in *Rivista AIC* n. 3/2017, 7.

⁷ La più nota di queste pronunce è il *Lissabon Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco (2 BvE 2/08). Sulla circolazione degli argomenti sviluppati in questa sentenza si veda M. Wendel, *Lisbon before Courts: Comparative Perspectives*, 7 *European Constitutional Law Review*, 96-137 (2011).

⁸ Sul punto si veda la lettura dei casi *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL* proposta da Chalmers,

tipo di autorità che non si giustifica per la sua capacità di rappresentare l'unità e l'autonomia di una comunità politica sovranazionale, ma per la sua più limitata idoneità a sviluppare politiche che solo in parte riguardano le funzioni tradizionalmente associate alla sovranità⁹. Di questa consapevolezza reca traccia l'art. 4 (2) TUE, nella parte in cui prevede che l'Unione "rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale"¹⁰.

Considerazioni speculari si possono rivolgere a quanti vagheggiano un ritorno alla sovranità nazionale depurata da ogni vincolo esterno. È almeno dal secondo dopoguerra che la sovranità nazionale è declinata nel senso di un'esplicita apertura alla cooperazione internazionale¹¹. In un mondo caratterizzato da intensa interdipendenza, uno dei più importanti elementi della sovranità è la sua capacità di conferire agli stati l'opportunità di entrare in accordi internazionali vincolanti che garantiscano la possibilità di incrementare la loro capacità di governo e di estendere il controllo democratico su politiche che esplicano i loro effetti anche al di fuori dei confini nazionali¹². In questa prospettiva, il multilateralismo – di cui l'Unione europea non è altro che una manifestazione regionale – offre l'opportunità di rafforzare la sovranità nazionale e, più nello specifico, di facilitare il conseguimento degli obiettivi ed il rispetto dei principi codificati all'interno delle costituzioni nazionali.

Che poi questo non necessariamente si verifichi è un ulteriore dato di realtà di cui è indispensabile prendere atto¹³. Ma, a ben vedere, questa è una questione che non riguarda tanto la collocazione nazionale o sovranazionale della sovranità, quanto i contenuti delle istanze normative che ispirano rispettivamente il diritto dell'Unione europea e le costituzioni nazionali ed il tipo di rapporto che intercorre tra esse¹⁴. Di questo è urgente occuparsi¹⁵, ma per farlo è necessario riformulare i

cit., 4-7. In senso analogo si esprimono R. Kehoane, S. Macedo, A. Moravcsik, *Democracy-enhancing Multilateralism*, in *63 International Organization*, 23 (2009), affermando che le istituzioni multilaterali non ambiscono a sostituirsi agli stati ma, piuttosto, a svolgere un ruolo ad essi complementare.

⁹ Chalmers, cit., 5. La politica monetaria costituisce senza dubbio la più incisiva incursione nel cuore della sovranità nazionale.

¹⁰ M. Starita, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?* in F. Viola (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, 164.

¹¹ Il riferimento classico è a A. Chayes, A. H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge Massachusetts, 1995.

¹² Cfr. Kehoane e altri, cit., 4-5.

¹³ La possibilità che le istituzioni multilaterali possano talora inibire le democrazie costituzionali è riconosciuta da Kehoane e altri, cit., 23. L'ambivalente contributo delle istituzioni multilaterali alla tenuta e allo sviluppo delle costituzioni democratiche è evidenziato anche da A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, capitolo 5.

¹⁴ Si può intravedere a questo riguardo una diversa concezione di sovranità, diretta ad esprimere un assetto di principi ed istituzioni nazionali protetto da eventuali interferenze del diritto dell'Unione, cfr. Chalmers, cit., 8-14.

¹⁵ Si deve riconoscere ancora al *Lissabon Urteil* (§ 226) il merito di avere, almeno in parte, imboccato questa via attraverso l'introduzione del controllo sul rispetto dell'identità

termini del dibattito odierno, per esempio chiedendosi se la tesi sviluppata da Milward circa il contributo dell'integrazione europea alla tenuta dello stato nazionale sia ancora valida. Impostato in questi termini, il dibattito permette di sfilarsi dall'estenuante tiro alla fune tra federalisti e sovranisti e di approfondire l'analisi dei paradigmi relazionali sviluppati nel tempo tra costituzionalismo democratico-sociale e istituzioni europee.

Nell'intraprendere questo percorso, questo articolo si propone un duplice obiettivo: da un lato cerca di difendere e rivalutare le ragioni originarie del processo d'integrazione europea, individuate, seguendo la tesi di Milward, nel contributo all'affermazione del costituzionalismo democratico e sociale in Europa¹⁶; dall'altro, esso cerca di cogliere le sollecitazioni più fondate che ispirano l'attuale *revival* della sovranità nazionale, evitando di accreditare un'idea di sovranità che non solo è sorpassata ma che, soprattutto, contrasta con la concezione di sovranità che ispira il costituzionalismo sociale e democratico, il modello costituzionale che i più presentabili fautori della sovranità nazionale affermano di voler riabilitare.

Fatta luce sugli obiettivi dell'articolo, in estrema sintesi se ne anticipa il percorso argomentativo. La trattazione si apre con una succinta illustrazione delle caratteristiche fondamentali del costituzionalismo democratico e sociale instaurato in Europa all'indomani della fine della seconda guerra mondiale. Dopo aver evidenziato come questo nuovo ordine giuridico e politico ripudi tanto l'esperienza totalitaria quanto quella liberale, si procede all'enucleazione in positivo degli impegni fondativi che caratterizzano questa forma di autogoverno costituzionale, ovvero la democrazia, la legalità costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali, la giustizia sociale e l'apertura alla cooperazione internazionale. Su questa base, si osserva che le costituzioni europee del secondo dopoguerra non hanno dato vita solo ad un'utopia politico-costituzionale; fintantoché la cooperazione multilaterale in Europa è stata concepita al fine di valorizzare il costituzionalismo democratico e sociale, questo ordine giuridico e politico è riuscito a conformare in maniera significativa la vita politica e le strutture giuridiche degli stati nazionali.

La trattazione prosegue rilevando che l'orientamento socio-economico sottostante alle Comunità europee delle origini era contraddistinto da una evidente ambivalenza, essendo possibile declinarlo tanto nella direzione del rafforzamento del costituzionalismo democratico-sociale quanto in quella della sua destabilizzazione e, segnatamente, di un ritorno al liberismo del *laissez-faire*. Per un lungo periodo l'integrazione europea si è sviluppata in modo congeniale alla valorizzazione del costituzionalismo democratico-sociale, sviluppando un tipo di integrazione economica diretta essenzialmente a contrastare le tendenze

costituzionale tedesca. Su questo cambio di paradigma sia consentito il rinvio a M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, 1-6.

¹⁶ Il tentativo non si limita semplicemente ad una ricostruzione storica ma esprime un'ambizione normativa, ovvero individuare le ragioni che possono oggettivamente giustificare il processo di integrazione europea a prescindere dalle motivazioni particolari degli attori politici ed economici coinvolti.

autarchiche insite nelle politiche nazionali e a creare le condizioni economiche e politiche per uno sviluppo autonomo dello stato sociale.

Un simile assetto istituzionale, tuttavia, non era scolpito nella pietra. Si è già accennato che sin dall'inizio i Trattati europei erano suscettibili anche di interpretazioni potenzialmente non allineate ai principi del costituzionalismo democratico e sociale. Questa modalità alternativa di concepire l'integrazione europea si fa strada a partire dalla fine degli anni Settanta, ispirando il progetto del mercato unico e l'unificazione monetaria (prima nella forma del Sistema monetario europeo, poi dell'Unione economica e monetaria). Attraverso questi progetti l'Unione europea espande le proprie competenze verso ambiti materiali politicamente più salienti ed inizia a riconfigurare il proprio rapporto con gli stati membri. In questa fase si assiste non solo ad una torsione in senso neolibérale delle politiche dell'Unione, ma ad un processo di trasformazione ben più radicale consistente nell'irrigidimento di questo nuovo corso all'interno dei trattati. In un contesto in cui le comunità politiche nazionali faticano a tener fede ai principi ispiratori del costituzionalismo democratico-sociale, il linguaggio costituzionale inizia ad essere impiegato dall'Unione al fine di cooptare le forze politiche progressiste nella propria agenda di trasformazione neolibérale, di incrementarne la sostenibilità e di placare le prevedibili resistenze delle corti costituzionali nazionali.

Tanto la capacità di inibire il costituzionalismo democratico-sociale quanto la vacuità del nuovo linguaggio costituzionale emergono in maniera ancora più brutale durante la crisi economico-finanziaria, quando l'agenda di trasformazione neolibérale è al centro di una svolta non priva di connotazioni autoritarie all'interno delle politiche e dell'assetto istituzionale dell'Unione.

In reazione ad un ordine giuridico e politico così controverso, l'articolo conclude evidenziando l'esigenza di riscoprire il paradigma relazionale a suo tempo delineato da Milward, ovvero l'idea che l'obiettivo primario delle istituzioni europee non sia tanto quello di procedere all'unificazione politica e costituzionale del continente in antitesi o in competizione con gli stati-nazione, quanto quello di contribuire agli sforzi delle comunità politiche nazionali di tener fede agli impegni codificati nelle loro costituzioni.

2. Il salvataggio europeo degli stati nazionali

2.1. Teoria dell'autogoverno costituzionale e costituzionalismo democratico e sociale

La tesi di Milward sul salvataggio europeo dello stato nazionale muove dalla constatazione di una generale crisi di consenso politico degli stati europei nel periodo a cavallo tra le due guerre mondiali¹⁷. In un simile frangente, gli stati faticano a rispondere ai bisogni della società contemporanea, convogliati in misura crescente all'interno delle loro istituzioni dalla progressiva estensione dei diritti di

¹⁷ Milward, cit., 26. Cfr. anche R. Dahrendorf, *The Modern Social Conflict: An Essay on the Politics of Liberty*, London, 1988, 97.

partecipazione politica¹⁸. Il tratto caratterizzante dello stato affermatosi all'indomani della fine della seconda guerra mondiale risiede appunto nel tentativo incessante di farsi carico di quei bisogni, in modo da assicurarsi l'agognato consenso politico¹⁹. Una simile tensione attraversa tutti i paesi dell'Europa occidentale fino a sfociare nella creazione di un nuovo modello di società e, di riflesso, di quel nuovo tipo di costituzionalismo che convenzionalmente si può definire democratico e sociale²⁰.

A partire dal 1945 la maggior parte delle comunità politiche europee sono infatti impegnate nella ricerca di un nuovo inizio politico ed istituzionale. Di questo sforzo si fanno interpreti soprattutto i partiti politici emersi dalla temperie della seconda guerra mondiale²¹. Nel mettere mano ai patti fondativi delle loro comunità politiche, forze politiche normalmente separate da profondi conflitti ideologici appaiono (quanto meno temporaneamente) unite non solo nel ripudio del totalitarismo fascista e comunista, ma anche nell'esigenza di superare il modello dello stato liberale²². Il costituzionalismo democratico e sociale si delinea perciò come un nuovo e per molti versi inedito orizzonte chiamato a guidare lo sviluppo dell'ordine giuridico e politico, anche se la tempistica e le modalità della sua affermazione variano notevolmente in ragione delle diverse circostanze geo-strategiche ed economiche di ciascuno stato europeo. Come è noto, nell'immediato dopoguerra alcuni degli stati più importanti dell'Europa occidentale (Francia, Italia e Germania) riscrivono le loro costituzioni. Un simile sviluppo è indice di un drastico riallineamento della politica europea, caratterizzata dall'influenza predominante dei partiti socialdemocratici e cristianodemocratici e delle loro rinnovate agende politiche. In altri paesi (Regno Unito, Olanda, Belgio) il rapporto tra stato e società viene trasformato in modo altrettanto radicale, anche se le costituzioni nazionali sono interessate solo marginalmente da questo processo. Infine, in gran parte dell'Europa meridionale (Grecia, Portogallo, Spagna) si devono attendere gli anni Settanta per registrare l'avvento del costituzionalismo democratico e sociale, mentre nei paesi dell'Europa orientale si giungerà a tale approdo, non senza tante esitazioni e ambiguità²³, solo dopo la caduta del Muro di Berlino.

¹⁸ Ibidem, 26-28. Un ruolo fondamentale in questa emersione è svolto dai partiti politici, non più club ristretti di élite, ma macchine organizzative dirette ad intercettare e selezionare i bisogni provenienti dal corpo sociale per tramutarli in politiche.

¹⁹ Ibidem, 27.

²⁰ Ibidem, 24-25, dove si fa riferimento ad una nuova forma di stato incardinata meno sulla forza e più sul consenso politico e sociale generato attraverso un diverso assetto organizzativo e valoriale. Sul modello delle costituzioni democratico-sociali si veda sinteticamente D. Grimm, *Types of Constitutions*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 124-128.

²¹ La centralità dei partiti quali fattori di disciplinamento ed integrazione e, successivamente, quali forze costituenti si afferma a partire dagli anni Venti con il superamento delle nozioni di nazione sovrana e popolo, cfr. M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 2004, 74-76.

²² Somek, cit., 154-155.

²³ L'approdo al costituzionalismo nell'Europa centro-orientale si verifica nel pieno della svolta neoliberale di cui si dirà *infra* a 3.1. Di qui la divaricazione (e, quindi, nel complesso

Anche nei paesi in cui si approvano nuove costituzioni la distanza che intercorre tra le ambizioni costituzionali e la realtà socio-politica rimane significativa. Nondimeno, vi sono solide ragioni per ritenere che non solo vi è corrispondenza tra il cambiamento costituzionale e una significativa trasformazione della realtà economica e sociale, ma che anche gli ideali ispiratori del costituzionalismo democratico e sociale rimangono un punto di riferimento prioritario indipendentemente da quelle che sono le loro applicazioni concrete. Insomma, per quanto alcune delle norme più avanzate siano rimaste a lungo inattuata o abbiano ricevuto modeste applicazioni, il costituzionalismo democratico e sociale non costituisce solo un idealtipo, ma anche una fonte di pratiche costituzionali che hanno modificato profondamente le coordinate della vita politica e della cultura giuridica dell'Europa occidentale.

Per procedere ad una ricostruzione teorica dell'idealtipo del costituzionalismo democratico e sociale utili spunti possono essere tratti dalla teoria dell'autogoverno costituzionale²⁴. Questo contributo teorico si colloca nell'alveo delle concezioni dualiste della democrazia²⁵ e, individuando nella dimensione intertemporale il *proprium* di un ordinamento costituzionale, attribuisce un rilievo cruciale al concetto di impegno costituzionale (*constitutional commitment*), intendendo con questo un fondamentale atto di volontà politica effettuato da una comunità politica nel passato al fine di governare stabilmente il proprio futuro²⁶. Jed Rubenfeld, il costituzionalista a cui più si deve questa impostazione teorica, sostiene infatti nel suo *Freedom and Time* che la libertà politica così come la libertà individuale non si riducono semplicemente all'espressione da parte di un attore di una volontà contingente nel presente²⁷. La libertà, egli sostiene, può essere più accuratamente descritta come un'incessante interazione dialettica tra l'attuazione e la rielaborazione nel presente di specifici impegni contratti nel passato²⁸. In questa prospettiva, l'autogoverno costituzionale si presenta come una pratica politica attraverso cui una comunità cerca nel tempo di rievocare, interpretare, mantenere e, talvolta, modificare i propri impegni fondativi²⁹. Il costituzionalismo americano, pertanto, non si esaurisce in una formula di autogoverno democratico fondata sulla subordinazione

l'ambiguità) fra una retorica che va nel senso del consolidamento del costituzionalismo democratico e sociale e una realtà contraddistinta da alcune delle manifestazioni più radicali della trasformazione neoliberale, cfr. P. Ther, *Europe after 1989 – A History*, New Haven e Londra, 2016, dove si indica nella scrittura delle costituzioni dell'Europa centro-orientale il momento in cui si dà inizio alla torsione neoliberale.

²⁴ Cfr. soprattutto J. Rubenfeld, *Freedom and Time. A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven e Londra, 2001.

²⁵ Su cui si vedano B. Ackerman, *We, the People: Foundations*, Cambridge, Mass. 1991, G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008 e W. Partlett, Z. Nwokora, *The foundations of democratic dualism: Why constitutional politics and ordinary politics are different*, in *26 Constellations*, 177 (2019).

²⁶ Rubenfeld, *Freedom & Time*, cit., 92.

²⁷ Id., 137.

²⁸ Id., 97.

²⁹ Id., 163.

dei governati alle volontà politiche contingenti di volta in volta risultanti dalle procedure democratiche; l'esperienza costituzionale americana consiste piuttosto nell'incessante e controversa rielaborazione degli impegni costituzionali posti in origine a fondamento dell'ordinamento costituzionale³⁰. Questo non significa che quegli impegni siano irrevocabili: ogni comunità politica deve essere in grado di poter ripudiare gli impegni originari qualora ne avverta l'estraneità³¹. La rigidità della costituzione, tuttavia, preserva gli impegni costituzionali da frettolose abiure, permettendone la revisione solo quando la comunità politica si dimostri pronta esprimere la propria volontà in maniera strutturale³².

Nel teorizzare l'autogoverno costituzionale, Rubenfeld non aveva probabilmente l'ambizione di sviluppare una teoria di portata universale. Anzi, in un articolo di poco successivo a *Freedom and Time*³³, egli traccia una netta distinzione tra il costituzionalismo degli Stati Uniti, derivante la propria autorità dall'esercizio democratico del potere costituente, ed il costituzionalismo dell'Europa occidentale del secondo dopoguerra, caratterizzato invece da un marcato scetticismo nei confronti della sovranità popolare e più incline a fondare la propria autorità sull'aderenza alla Dichiarazione universale dei diritti umani³⁴. Si tratta con tutta evidenza di una tesi estremamente semplificatoria, soprattutto nella parte in cui omette di considerare la varietà dei paradigmi di legittimazione delle costituzioni democratiche europee, tra cui si possono sicuramente annoverare anche significative esperienze di costituzionalismo di matrice democratico-popolare³⁵. All'interno di un simile e più eterogeneo panorama costituzionale, non pare azzardato affermare che la teoria dell'autogoverno costituzionale possa esplicitare il proprio valore euristico anche in Europa. In molti paesi dell'Europa occidentale, i processi culminati nell'adozione di nuove costituzioni si prestano ad essere descritti come veri e propri processi costituenti che, benché sottoposti a significativi condizionamenti esterni, si fondano su forme particolarmente intense di mobilitazione politica³⁶. Il costituzionalismo democratico e sociale, quindi, può davvero essere concepito come il prodotto di un nuovo tipo di politica costituzionale fondata non tanto sulla riproposizione di un figurino delineato nelle

³⁰ Id., 163-168.

³¹ Id., 174.

³² Id., 175.

³³ J. Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 NYU Law Rev., 1971 (2004).

³⁴ Id., 1991-1995. Ricostruzioni analoghe sono state successivamente proposte da J-W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven, 2013, 128 e Somek, cit., 85 e 94-95.

³⁵ Per una ricostruzione più articolata si veda il recente contributo di B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, Mass., 2019, 3-23, dove si osserva che in Europa convivono tre paradigmi di legittimazione delle costituzioni (*revolutionary, establishment ed elite*).

³⁶ Ne dà una vivida ricostruzione G. De Luna, *La Repubblica inquieta. L'Italia della Costituzione 1946-1948*, Milano, 2017. Non va dimenticato che in paesi come l'Italia e la Spagna, l'esercizio popolare del potere costituente coincide con la piena estensione del diritto di voto attivo e passivo a tutti i cittadini e le cittadine maggiorenni (nel caso spagnolo, si è in presenza di una ri-estensione dopo il protratto intervallo 1939-1977).

dichiarazioni internazionali di diritti³⁷, quanto sulla negoziazione e sulla definizione autoctona di impegni costituzionali (“patti”) da parte di partiti politici normalmente divisi da profondi iati ideologici³⁸.

Proprio in relazione all’atteggiamento dei partiti politici è possibile riscontrare una profonda maturazione rispetto all’esperienza costituzionale del periodo intercorso tra le due guerre mondiali. Essi, infatti, sembrano aver compreso che la costituzione non è uno dei tanti oggetti del contendere all’interno del conflitto politico ordinario. Nonostante le loro divergenze, i partiti riescono nell’impresa di accordarsi su una serie di impegni costituzionali generali diretti da un lato a rigettare i capisaldi dei regimi totalitari e del liberalismo ottocentesco, dall’altro a delineare anche in positivo il profilo dell’incipiente ordine giuridico e politico³⁹. Certo, i tratti di quest’ultimo sono spesso solo abbozzati, sicché su molte delle questioni trattate la disciplina costituzionale non offre indicazioni specifiche⁴⁰. Lungi dall’essere un limite, l’apertura si rivela presto come un pregio delle costituzioni democratico-sociali, contribuendo in maniera significativa al loro sforzo di istituzionalizzare i conflitti della società industriale⁴¹. Ed è proprio l’obiettivo di legittimare e mediare tali conflitti a costituire una vera e propria ossessione per il costituzionalismo europeo di questo periodo. Ne è prova il fatto che è raro che le costituzioni si spingano ad imporre alla politica una concezione unitaria del bene pubblico. Molto più spesso la costituzione si limita a stabilire i presupposti formali e sostanziali della competizione politica. Alle norme costituzionali non spetta infatti il compito di dettare alla politica un programma ben definito⁴²; ad esse compete piuttosto il diverso ruolo di organizzare il processo politico attraverso procedure e principi capaci di far emergere ed incanalare la pluralità di aspirazioni, istanze ed interessi presenti nella società⁴³.

Volendo ricostruire l’idealtipo del costituzionalismo democratico e sociale a partire dagli impegni costituzionali che ne sono alla radice, è doveroso assegnare un ruolo di primo piano alla *democrazia*⁴⁴. Le costituzioni nazionali del secondo

³⁷ Somek, cit., 94-95.

³⁸ Zagrebelsky, cit., capitolo 4.

³⁹ La necessità di ripudiare la precedente identità costituzionale ma, al contempo, di trasformarne e reincorporarne alcuni tratti è evidenziata da M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Oxon, 2010, 185-188.

⁴⁰ Le norme costituzionali di principio incorporano infatti un *conflictual consensus*, cf. C. Mouffe, *On the Political*, Oxon, 2005, 121.

⁴¹ R. Bin, *Che cos’è la Costituzione?*, in XXVII *Quaderni costituzionali*, 19-21 (2007).

⁴² Zagrebelsky, cit., 133-135. A testimonianza della consapevolezza di questo diverso ruolo della costituzione si può ricordare come, nell’ambito dell’Assemblea Costituente, il Partito Comunista Italiano non pretese di perseguire in costituzione il superamento dell’economia capitalista, ma puntò all’inserimento di significativi elementi di giustizia sociale e di garanzie ai diritti civili e politici che avrebbero permesso l’azione politica e sindacale necessarie ad influire sugli organi di indirizzo politico, cfr. F. Saitto, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 141-142.

⁴³ V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1997, 107.

⁴⁴ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX, Padova, 1975-1976, 149.

dopoguerra sono anzitutto documenti diretti a valorizzare i diritti politici e l'autogoverno democratico. Proprio in esse si porta a compimento il processo di allargamento del suffragio, segnando anche a questo riguardo una chiara cesura non solo con l'autoritarismo fascista, ma anche con il classismo del liberalismo ottocentesco. La piena affermazione dei diritti politici non si esaurisce nella pur essenziale dimensione individuale, ma si estende altrettanto significativamente alla dimensione collettiva. Il costituzionalismo democratico e sociale ripone infatti piena fiducia nei partiti politici quali interpreti principali della politica nazionale⁴⁵ e nella democrazia rappresentativa quale principale metodo di istituzionalizzazione dei loro conflitti⁴⁶. Quest'ultima infatti appare da subito come la formula più adeguata a riflettere le tensioni ed i rapporti di forza esistenti nella società, ad incoraggiare il controllo democratico sull'azione dei governi e a favorire la mediazione dei conflitti, riconoscendo alla dialettica democratica la capacità, almeno potenziale, di trasformare gli impulsi politici in giudizi politici⁴⁷.

La rigidità delle costituzioni non è di ostacolo allo sviluppo di forme anche accese di competizione politica. Come si è detto, le costituzioni democratico-sociali stabiliscono una serie di coordinate fondamentali idonee ad ospitare un'ampia varietà di opzioni politiche⁴⁸. La libertà politica, a ben vedere, non viene soltanto limitata, ma viene piuttosto costituita⁴⁹. Insomma, la costituzione detta le procedure decisionali e garantisce una serie di diritti e di strumenti che agevolano e riequilibrano la partecipazione ai processi sociali e politici⁵⁰, dimostrando perciò di non volere predefinire le scelte politiche contingenti o imporre al legislatore un programma politico predefinito. Il legislatore, infatti, gode di ampia libertà tanto in merito agli obiettivi verso cui indirizzare la propria azione quanto in merito alle strategie e agli strumenti per il loro perseguimento.

Un simile impegno in direzione della valorizzazione della libertà politica e della democrazia rappresentativa non è assunto a cuor leggero. Tutte le forze politiche conservano vividi ricordi dell'esperienza costituzionale degli anni Venti e Trenta e, in particolare, della destabilizzazione dei regimi parlamentari ad opera di forze eversive illiberali. Proprio queste esperienze inducono ad una robusta sorveglianza ai confini dei sistemi politici: soprattutto nei paesi più esposti al

⁴⁵ Non è un caso che proprio nelle prime costituzioni democratico-sociali il loro ruolo sia espressamente codificato, cfr. art. 49 della Costituzione italiana e art. 21 della Legge fondamentale tedesca. L'esigenza di dare ai partiti politici una base costituzionale era già stata espressa da H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929] (trad. G. Melloni) in Id., *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 2010, 62-63.

⁴⁶ Id., 104-106. Sulla manifestazione competitiva del principio democratico si veda A. J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, 1947, capitolo XXII.

⁴⁷ J. Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge, Mass., 2016, capitolo 6.

⁴⁸ C. S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1992.

⁴⁹ H. Heller, *Rule of law or dictatorship?*, in 16 *Economy and Society* (1987) 127; M. García Pelayo, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977; S. d'Albergo, *Costituzione e organizzazione del potere nell'ordinamento italiano*, 1991.

⁵⁰ A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, 51-52, dove si fa riferimento alla libertà sindacale, il diritto di sciopero e gli strumenti di programmazione economica quali istituti di democrazia economica.

rischio di una regressione autoritaria, le costituzioni assumono un carattere militante⁵¹, prevedendo espressamente strumenti diretti a contrastare e financo a bandire i partiti anti-sistema⁵².

Il profilo militante delle costituzioni democratico-sociali permette di comprendere come la loro apertura non vada confusa (né in teoria né in pratica) con una supposta neutralità⁵³. Il costituzionalismo democratico-sociale, infatti, non esita a manifestare le proprie preferenze valoriali, se non addirittura ideologiche. Ci si imbatte qui nel secondo impegno costituzionale che caratterizza le costituzioni del secondo dopoguerra, ovvero quello verso la *legalità costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali*. Le costituzioni nazionali approvate nel secondo dopoguerra ospitano ricchi cataloghi di diritti fondamentali, esprimendo così un impegno condiviso delle comunità politiche nazionali nella direzione della tutela della persona e della dignità umana. Quest'ultimo principio manifesta l'aspirazione a rovesciare il rapporto tra stato e persona, affermando, in aperta polemica con le concezioni filosofiche e giuridiche stataliste, la piena strumentalità del primo rispetto alla seconda⁵⁴. Un simile sovvertimento non esaurisce la propria portata nella pur importante dimensione concettuale, ma aspira a pervadere l'intero ordine giuridico e politico, indicando alle forze politiche l'orizzonte programmatico della creazione di un uomo nuovo⁵⁵. Pienamente immersa nella temperie della società industriale⁵⁶, questa creatura si distingue anzitutto per la titolarità di una radicale pretesa all'emancipazione⁵⁷, intesa anzitutto come liberazione dai più impellenti bisogni materiali⁵⁸.

A ben vedere, proprio alla soddisfazione di questi bisogni risponde il riconoscimento dei diritti civili, politici e sociali. Lungi dall'essere concepiti in base

⁵¹ Si veda K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights. I*, in 31 *American Political Science Review*, 417 (1937) e K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights. II*, in 31 *American Political Science Review*, 638 (1937). Cfr. anche J-W. Müller, *Militant Democracy*, in M. Rosenfeld, A. Sajó, cit., 1253 e G. Capoccia, *Defending Democracy: Reactions to Extremism in Interwar Europe*, Baltimore, Maryland, 2005.

⁵² Si vedano in via esemplificativa l'art. 21 (2) della Legge fondamentale tedesca e la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana. Certamente, e come è risaputo, il clima di guerra fredda ha portato a palesi abusi della democrazia militante, che da concetto rispondente ad una logica anti-fascista si è tramutato in strumento di lotta ideologica in chiave anti-comunista. Si vedano, per esempio, R. A. Monson, *Political Toleration versus Militant Democracy: The Case of West Germany*, 7 *German Studies Review*, 301 (1984) e C. Invernizzi Accetti e I. Zuckerman, *What's wrong with militant democracy?*, 65 *Political Studies*, 182 (2016).

⁵³ Zagrebelsky, cit., 137, dove si osserva che anche le costituzioni aperte contengono dei residui decisionisti escludenti.

⁵⁴ Si veda a riguardo G. D'Amico, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in Cortese, Caruso, Rossi, cit., 101-110.

⁵⁵ D'Amico, cit., 101. Sul tema della *reformatio* si veda G. Dossetti, *Funzioni e ordinamento dello stato moderno*, in 2 *Quaderni di Iustitia*, 16 (1953).

⁵⁶ D'Amico, cit., 110-111. La figura dell'*homme situé* è al centro delle riflessioni di G. Burdeau, *La democrazia* [1956], Roma-Ivrea, 25-41.

⁵⁷ Espresa in forma sintetica agli artt. 3 (2) della Costituzione italiana e 9 (2) della Costituzione spagnola. Sulla dignità intesa come emancipazione come principio originario ispiratore delle costituzioni democratico-sociali si veda Somek, cit., 155-158.

⁵⁸ Saitto, cit., 143.

al modello offerto dal diritto di proprietà, anche i diritti subiscono un'importante trasfigurazione. Immersi in un contesto costituzionale contraddistinto da un preminente *ethos* comunitario⁵⁹, essi si presentano come entità interconnesse di cui si afferma l'indivisibilità. Ne derivano profonde conseguenze visibili anzitutto nell'impossibilità di stabilire tra di essi un ordine gerarchico fisso⁶⁰ e nella possibilità di apportare ad essi limitazioni legislative nell'interesse pubblico⁶¹.

L'impegno del costituzionalismo democratico-sociale verso la tutela dei diritti fondamentali trova un immediato riscontro nella rigidità della costituzione e nella diffusione di sistemi di giustizia costituzionale⁶². Superate le esitazioni che tra le due guerre avevano impedito l'affermazione della giustizia costituzionale⁶³, nella maggior parte dei paesi europei si istituiscono corti costituzionali incaricate di controllare che l'azione legislativa e, più in generale, l'esercizio dei poteri pubblici sia conforme ai principi costituzionali e, soprattutto, ai diritti fondamentali⁶⁴. Anche attraverso la giustizia costituzionale, perciò, i diritti costituzionali non solo iniziano ad arginare l'azione legislativa ma, aspetto questo forse più importante, contribuiscono ad una catarsi valoriale complessiva dell'ordinamento⁶⁵, assurgendo a punti di riferimento imprescindibili nello sviluppo della cultura politica democratica⁶⁶. In questo modo si generano un nuovo tipo di linguaggio politico e, di riflesso, un nuovo tipo di legalità⁶⁷ incentrati sulla

⁵⁹ Le cui origini sarebbero riconducibili alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, cfr. Somek, cit., 156-157.

⁶⁰ R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 40.

⁶¹ Sulla concezione debole dei diritti che ne risulta si vedano G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, e K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, 2012. Per una ricostruzione delle origini storiche di questo modello, cfr. J. Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge, 2013, capitolo 2.

⁶² Per una ricostruzione si veda V. Ferreres Comella, *Constitutional Courts & Democratic Values. A European Perspective*, New Haven & London, 2009, 3-26. Un'approfondita analisi comparata è sviluppata in M. De Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford and Portland, 2014.

⁶³ Un ruolo rilevante nell'ostacolare l'adozione della giustizia costituzionale va riconosciuto alla giurisprudenza della Corte Suprema americana esemplificata dalla sentenza *Lochner*. Cfr. E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 1921 e E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 15-16. Si veda anche P. Cruz, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

⁶⁴ Sull'espansione del controllo di costituzionalità in Europa si veda M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968 e Zagrebelsky, cit., capitolo VIII.

⁶⁵ Somek, cit., 97-100 Di "magmatica pervasione dell'ordinamento" parla invece D'Amico, cit., 114.

⁶⁶ Occorre tuttavia precisare come nel disegno originario le costituzioni nazionali fossero destinate anzitutto ad una attuazione in sede legislativa e come solo successivamente sia venuta in rilievo la loro attuazione giudiziaria, cfr. M. Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 295 (2014).

⁶⁷ Di passaggio da una cultura giuridica dell'autorità ad una cultura giuridica della giustificazione parlano M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge, 2013, capitolo 6.

tutela dei diritti fondamentali come principi costituzionali, sul principio di proporzionalità e sull'interpretazione conforme delle norme legislative⁶⁸.

Si è più volte sottolineato che la polemica con il passato⁶⁹ che anima il costituzionalismo democratico-sociale non è rivolta solo alle esperienze totalitarie, ma anche alle loro radici individuate nell'irrisolta questione sociale⁷⁰. L'orientamento tenuto dalle costituzioni nazionali nel secondo dopoguerra riguardo a conflitti che per tutta la prima parte del Novecento erano apparsi intrattabili si manifesta anzitutto in forma negativa attraverso l'esclusione tanto del modello collettivista quanto del *laissez-faire* dall'ambito delle opzioni politiche legittimamente perseguibili all'interno del perimetro costituzionale. Agli occhi dei costituenti europei, entrambi questi modelli di governo dell'economia appaiono come fonti di destabilizzazione dell'ordine costituzionale che potrebbero rapidamente condurre ad involuzioni autoritarie. Questa scelta trova esplicita conferma nell'assunzione da parte delle costituzioni nazionali di un impegno alla promozione della *giustizia sociale*⁷¹, concetto che delinea un orizzonte condiviso in cui si persegue il governo dei processi economici all'interno di una robusta rete di protezione sociale⁷². Un simile impegno costituzionale non implica l'adesione ad uno specifico indirizzo di politica economica⁷³, potendosi esso declinare tanto attraverso politiche di stampo interventista quanto per mezzo di approcci ispirati all'idea della regolamentazione⁷⁴. Ne è prova il fatto che mentre nella Repubblica Federale tedesca, sotto la spinta della scuola ordoliberal, si persegue attivamente l'efficienza economica dei mercati quale obiettivo da cui dovrebbe discendere a cascata un più ampio progresso sociale (in un contesto segnato dalla netta divisione delle strutture e procedure per decidere sulla politica fiscale e la politica monetaria)⁷⁵, in paesi come la Francia l'influenza delle teorie keynesiane orienta l'intervento pubblico decisamente in direzione delle politiche industriali, della programmazione, delle nazionalizzazioni dei monopoli, della politica monetaria discrezionale sotto propulsione politica e del sostegno alla domanda⁷⁶. È attraverso simili strumenti che le costituzioni democratico-sociali ridefiniscono lo status ed i limiti della libertà d'impresa e della proprietà privata, subordinandole nel loro esercizio alla prioritaria soddisfazione di bisogni sociali ed economici fino

⁶⁸ Sul percorso evolutivo della legalità costituzionale si veda Cohen-Eliya, Porat, cit., capitolo 2, e, soprattutto, Bomhoff, cit., capitoli 3 e 4.

⁶⁹ P. Calamandrei, *Discorso ai giovani sulla costituzione*, 28 Gennaio 1955.

⁷⁰ Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., 19-21.

⁷¹ D. Miller, *Principles of Social Justice*, Cambridge-London, 2003, 3-4.

⁷² Si è parlato a riguardo di un modello che aspira alla cattura dell'economico da parte del politico, cfr. M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 161 (1996).

⁷³ In questo senso il Tribunale costituzionale federale tedesco fin dalla *Investitionshilfe* (BVerfGE 4, 7).

⁷⁴ Saitto, cit., 127-128.

⁷⁵ F. Felice, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, 21-29.

⁷⁶ Il significativo impatto della spesa pubblica nel sostegno alla domanda con investimenti nei settori della difesa, dell'edilizia pubblica, della modernizzazione industriale e dell'istruzione è evidenziato da Milward, cit., 34-36.

a quel momento lasciati perlopiù inevasi. Più in generale, è l'insieme dei rapporti tra sfera pubblica e privata a subire una drastica trasformazione attraverso il massiccio ricorso alla leva fiscale⁷⁷ e l'instaurazione di un imponente apparato di *welfare*, inclusivo di programmi di sicurezza sociale e di sostegno ai disoccupati, strumenti di promozione dell'accesso al mercato del lavoro, misure dirette a garantire la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro, strumenti diretti a difendere il potere di acquisto dei salari e, più in generale, politiche economiche e monetarie ispirate all'obiettivo della piena occupazione⁷⁸.

Infine, il costituzionalismo democratico-sociale si distingue anche per l'impegno alla *cooperazione internazionale e sovranazionale*. Benché prevalentemente dedite all'instaurazione di un ordine giuridico e politico nazionale imperniato sulla democrazia rappresentativa, la tutela dei diritti fondamentali e la giustizia sociale, le costituzioni democratico-sociali sono tutt'altro che documenti autoreferenziali⁷⁹. Reagendo alla propensione degli stati europei ad intraprendere strategie imperialiste o a ricorrere a politiche protezionistiche, esse assumono un impegno inequivocabile a promuovere un sistema di relazioni internazionali governato dal diritto internazionale⁸⁰. Agli albori del costituzionalismo democratico-sociale, un senso di ineluttabilità storica sembra accompagnare l'associazionismo internazionale⁸¹, anche se non sempre vi è accordo tra i costituenti sull'obiettivo a cui tale apertura debba servire e sugli assetti istituzionali compatibili con questo impegno⁸². Ciò che appare chiaro è che la cooperazione multilaterale non è promossa solo come una soluzione diretta a prevenire o disinnescare conflitti distruttivi; ad essa ci si affida anche in virtù del suo possibile apporto al perseguimento degli altri impegni costituzionali⁸³. Nel manifestare un atteggiamento favorevole alla cooperazione internazionale, perciò, le costituzioni nazionali non cercano solo di recuperare la reputazione internazionale perduta⁸⁴ o di sviluppare un vincolo esterno diretto a mettere in

⁷⁷ F. Neumark, *Principios de la Imposición*, Madrid, 1974; S. Steinmo, *The End of Redistribution? International Pressures and Domestic Tax Policy Choices*, in 37 *Challenge*, 10-12 (1994); Id. *Taxation and Democracy*, New Haven and London, 1996.

⁷⁸ C. Offe, *The European Model of "Social" Capitalism: Can It Survive European Integration?* (2003) *The Journal of Political Philosophy*, 450-453. Per una ricostruzione dell'evoluzione storica del welfare state in Europa si veda anche M. Stolleis, *The European Welfare State: A Model under Threat?* in XLVI *Quaderni fiorentini*, 25 (2017).

⁷⁹ P. Faraguna, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in Cortese, Caruso, Rossi, cit., 67-68.

⁸⁰ Di inedita apertura delle costituzioni alla cooperazione internazionale parla B. De Witte, *The European Union as an International Legal Experiment*, in G. de Búrca, J. H. H. Weiler (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2012, 26-27.

⁸¹ Faraguna, cit., 72.

⁸² Ibidem, 81.

⁸³ Il contributo delle organizzazioni multilaterali al rafforzamento delle democrazie costituzionali nazionali è stato individuato nella loro idoneità a contrastare i fenomeni di cattura del regolatore, a sostenere la protezione dei diritti individuali e delle minoranze e a rafforzare le basi epistemiche delle decisioni pubbliche, cf. Kehoane, Macedo, Moravcsik, cit., 6-9.

⁸⁴ Faraguna, cit., 66.

sicurezza determinati principi e assetti istituzionali di impostazione liberaldemocratica⁸⁵. L'apertura alla cooperazione internazionale aspira ad obiettivi ulteriori quali il superamento dell'autarchia politica ed economica⁸⁶ e la creazione di sbocchi commerciali per la produzione industriale nazionale⁸⁷. In ogni caso, non vi può essere contraddizione tra la collaborazione intergovernativa e l'organizzazione della vita politica, economica e sociale nazionale⁸⁸. Pertanto, se è possibile sostenere che le clausole di integrazione contenute nelle costituzioni nazionali possano comportare deroghe all'allocazione dei poteri statali⁸⁹, lo stesso non si può dire quando ad essere limitati sono gli altri impegni alla base del costituzionalismo democratico-sociale.

2.2. L'ambivalenza della Comunità economica europea

Il significato ed i limiti dell'impegno delle costituzioni democratico-sociali verso la cooperazione internazionale sono oggetto di importanti e, talvolta, animate discussioni fin dagli albori del processo di integrazione europea⁹⁰. I Trattati europei stabiliscono sin dalle loro prime versioni norme che prefigurano una relazione ambivalente con gli altri impegni a fondamento del costituzionalismo democratico-sociale. Tale ambivalenza non riflette solo i limiti del consenso politico sottostante alle nuove costituzioni, ma è anche il frutto di tensioni oggettivamente riscontrabili tra quegli impegni.

Si badi, l'ambivalenza di cui qui si tratta non ha però un carattere solo derivato, ovvero non è semplicemente un prodotto di risulta delle tensioni e delle incertezze insite nel costituzionalismo del secondo dopoguerra. Ad essere ambivalente è anche e soprattutto la finalità del progetto di integrazione europea. Su questo specifico punto i trattati europei da sempre non esprimono una posizione netta. Se questo accade è essenzialmente perché tra i padri fondatori dell'Europa unita esistevano idee molto diverse tanto in relazione alla natura del processo di integrazione quanto alle modalità di condivisione del potere politico in sede sovranazionale.

Un primo snodo problematico riguarda la natura della comunità in via di instaurazione e, segnatamente, il modello in base al quale la cooperazione sovranazionale si sarebbe dovuta strutturare. Un gruppo minoritario ma comunque influente di attori preferiva la creazione di una comunità politica sovranazionale sul modello degli Stati Uniti d'Europa e, pertanto, immaginava la Comunità europea come una federazione sovranazionale⁹¹. La maggior parte degli altri attori era invece

⁸⁵ Guazzarotti, cit., 1-2.

⁸⁶ Faraguna, cit., 73-75.

⁸⁷ Milward, cit., 132-136.

⁸⁸ Somma, cit., 11.

⁸⁹ De Witte, cit., 27.

⁹⁰ Si veda ad esempio la magistrale ricostruzione dei dibattiti parlamentari riguardanti la ratifica dei Trattati CECA e CEE in merito all'interpretazione dell'art. 11 della Costituzione italiana come clausola autorizzativa in S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 276-288.

⁹¹ Si veda l'antologia W. Lipgens, *A History of European Integration: 1945-1947*, Oxford, 1982.

propensa ad impegnarsi in una forma più limitata di cooperazione e, pertanto, prediligeva la creazione di una struttura amministrativa sovranazionale imperniata su istituzioni e regole disciplinate dal diritto internazionale⁹².

Se questo primo dibattito è quello a cui normalmente si dedica maggiore attenzione, esiste un'ulteriore e non meno significativa questione riguardante il rapporto tra le istituzioni europee e il costituzionalismo democratico-sociale. A questo riguardo si registrano da un lato la posizione di quanti erano orientati a replicare a livello europeo gli impegni sottostanti al costituzionalismo democratico e sociale⁹³, dall'altro il tentativo di coloro che intendevano promuovere un ritorno ed un aggiornamento dei principi liberali che avevano ispirato l'immaginazione e la pratica costituzionale del diciannovesimo secolo⁹⁴. Come si è detto, le idee di questi ultimi erano state sostanzialmente sconfitte nei dibattiti costituzionali nazionali del secondo dopoguerra, ma continuavano ad essere influenti nelle discussioni e nelle decisioni in merito alla struttura dell'ordine economico internazionale⁹⁵. L'integrazione europea pareva offrire a questi attori l'opportunità di riconquistare a livello sovranazionale quanto era andato (per loro) perduto a livello nazionale⁹⁶.

Di entrambe queste tensioni recano traccia evidente i Trattati europei. Se il Trattato di Parigi non esitava ad esprimere il proprio sostegno ad una costruzione graduale di una comunità politica sovranazionale⁹⁷ e politiche economiche dirigiste⁹⁸, il Trattato di Roma sembrava in qualche misura ridimensionare l'afflato federalista e rivalutare le virtù del mercato⁹⁹. Nondimeno, l'obiettivo a lungo termine della Comunità economica europea di istituire un'unione sempre più stretta tra i popoli europei era comunque ambizioso e anche l'assetto istituzionale predisposto a quel fine, per quanto in alcuni aspetti indeterminato, creava uno spazio politico che consentiva di intraprendere un percorso verso una

⁹² Cf. Milward, cit., e A. Moravcsik, *The Choice for Europe*, Cornell, 1998.

⁹³ Esempio a questo riguardo E. Rossi, A. Spinelli, *Problemi della Federazione europea*, Roma, 1944.

⁹⁴ L. Einaudi, *I problemi economici della federazione europea*, Milano, 1945; *La guerra e l'Unità europea*, Milano, 1948; L. Erhard, *Prosperity through Competition*, Londra, 1958; W. Röpke, *Economic Order and International Law*, in 86 *Recueil des Cours*, 207-273 (1954); una figura chiave ma da solito dimenticata è stata quella di Per Jacobsson; cfr. E. E. Jacobsson, *A Life for Sound Money*, Oxford, 1979.

⁹⁵ Q. Slobodian, *Globalists – The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, MA, 2017.

⁹⁶ Cfr. G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana*, Bari, 1994.

⁹⁷ Classico è a questo riguardo il riferimento alla Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950 e all'idea di un processo di unificazione basato su realizzazioni concrete che creino una solidarietà di fatto tra i popoli europei.

⁹⁸ Eloquente è a questo proposito l'art. 68 CECA, norma chiave chiamata a disciplinare il rapporto tra diritto della concorrenza e politiche sociali all'insegna della sovranità sociale degli stati membri e del contrasto al *dumping* sociale, cfr. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 47-54.

⁹⁹ Come si evince dal ruolo centrale assegnato alle libertà economiche e al principio di concorrenza non distorta derivante dall'influente ruolo giocato nelle negoziazioni dagli attori istituzionali di orientamento ordoliberal.

trasformazione controllata in senso federale. Detto questo, il programma di integrazione codificato nei Trattati era piuttosto modesto, limitandosi all'eliminazione dei dazi, delle quote e degli ostacoli di natura fiscale che ostruivano la libera circolazione delle merci e alla liberalizzazione della circolazione dei lavoratori, per quanto alla fine di un lungo periodo transitorio e comunque con un numero considerevole di clausole di salvaguardia. Non era quindi chiaro se l'enfasi del progetto fosse riposta solo sul contrasto alle tendenze autarchiche dello stato nazione o, in aggiunta, anche su un recupero a livello sovranazionale delle garanzie alla proprietà privata e alla libertà d'impresa declassate dalle costituzioni nazionali.

Come sempre accade in queste circostanze, a sciogliere i dubbi e quindi a determinare l'effettiva direzione del processo di integrazione europea sarebbero stati il contesto internazionale e gli equilibri tra le forze politiche. A partire dall'inizio degli anni Sessanta fino a metà degli anni Settanta, il prodotto di queste variabili risolve l'ambivalenza della Comunità nella direzione dell'instaurazione di un assetto istituzionale congeniale al consolidamento del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰⁰. Anzitutto, la Comunità europea inizia ad operare come una struttura servente agli interessi dei suoi stati membri e, di conseguenza, all'autogoverno costituzionale nazionale¹⁰¹. È qui che la tesi di Milward svolge un ruolo esplicativo essenziale, dimostrando come l'integrazione europea abbia contribuito in maniera significativa alla stabilizzazione del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰².

Una simile sinergia si può anche apprezzare sul versante più propriamente istituzionale se si osserva che la Comunità inizia da subito a sviluppare un'identità peculiare risultante dalla combinazione di una struttura decisionale di impianto intergovernativo e di un ordinamento giuridico di natura quasi-federale capace di penetrare stabilmente all'interno degli ordinamenti costituzionali nazionali¹⁰³. Ne risulta una struttura sovranazionale dualista¹⁰⁴ che, seppur all'interno di un ambito materiale circoscritto, sviluppa una forma di regolamentazione indiretta per mezzo della quale le istituzioni sovranazionali riescono a co-optare i legislatori, le amministrazioni e financo le corti nazionali nel perseguimento di obiettivi condivisi.

¹⁰⁰ Milward, cit., 216, dove si sostiene enfaticamente che i trattati europei hanno svolto un ruolo di rinforzo esterno ai sistemi di welfare nazionali. Se questa tesi è fondata, appare difficile sostenere, come fa Somma, cit., 19-20, che sin dall'inizio i trattati europei abbiano perseguito l'obiettivo di creare un vincolo esterno diretto a spolicizzare il mercato. Lunghi dall'aver un orientamento liberista, il diritto comunitario delle origini sembra piuttosto impegnato a ricostruire le precondizioni economiche per il pieno ed effettivo godimento dei diritti fondamentali, cfr. Giubboni, cit., 29-30.

¹⁰¹ Il vincolo di delegazione tra stati membri ed istituzioni europee è messo in evidenza da P. L. Lindseth, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, 2010, 44-57.

¹⁰² Milward, cit., 44.

¹⁰³ De Witte, cit., 45-46, dove si sottolineano comunque le differenze tra supremazia federale e primato del diritto comunitario, dipendente dalla cooperazione delle corti statali e dall'autorizzazione delle costituzioni nazionali.

¹⁰⁴ J. H. H. Weiler, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *1 Yearbook of European Law*, 267 (1981).

Se si passa all'analisi della dimensione sostanziale del diritto comunitario delle origini, è facile osservare come questo sia inizialmente interpretato con l'obiettivo di valorizzare piuttosto che contraddire gli impegni cardine del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰⁵. L'integrazione economica è in larga misura concepita in direzione del consolidamento e del rafforzamento delle costituzioni nazionali e delle strutture chiamate a darne concreta attuazione, evolvendo secondo un paradigma relazionale non dissimile da quello sottostante al diritto internazionale dell'economia del secondo dopoguerra¹⁰⁶. In maniera probabilmente artificiale si istituisce un ordine giuridico e politico complessivo imperniato su una divisione del lavoro in cui alle istituzioni comunitarie è assegnato il compito di regolare il commercio delle merci alla luce di principi di razionalità economica, mentre gli stati sono chiamati a manovrare, apparentemente senza interferenze da parte della Comunità¹⁰⁷, le leve macroeconomiche e sociali in ossequio ai loro impegni costituzionali¹⁰⁸.

Nell'attuazione di un simile modello, tre sono gli sviluppi che si rivelano decisivi. Anzitutto, in questa fase vi è consapevolezza del fatto che l'integrazione economica deve procedere contestualmente all'integrazione politica. Non è un caso che tutti i passi compiuti in direzione dell'apertura dei mercati siano accompagnati da decisioni a livello politico. È questo e non altro a determinare una netta distinzione tra, da un lato, il regime della circolazione delle merci e dei lavoratori e, dall'altro, quello del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali. Mentre sulla liberalizzazione di merci e lavoratori già nei Trattati si era trovato un accordo (inclusivo delle necessarie clausole di salvaguardia), sulla liberalizzazione di capitali e sul diritto di stabilimento si deve attendere la maturazione di un ampio consenso politico e l'individuazione di strumenti diretti a conciliare tali obiettivi con gli impegni fondativi del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰⁹.

In secondo luogo, la sinergia tra integrazione europea e costituzioni nazionali viene conseguita attraverso una particolare interpretazione dei principi di regolamentazione del mercato. In questo periodo, la Corte di giustizia si dimostra scarsamente propensa a trattare la libera di circolazione delle merci e dei lavoratori come surrogati sovranazionali della libertà d'impresa e del diritto di proprietà¹¹⁰. A prevalere è invece una giurisprudenza incentrata sulla garanzia del

¹⁰⁵ Giubboni, cit., 68-69.

¹⁰⁶ J. Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in 36 *International Organization*, 393 (1982).

¹⁰⁷ F. W. Scharpf, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in 40 *Journal of Common Market Studies*, 645 (2002).

¹⁰⁸ C. Joerges, *Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation*, in 10 *German Law Journal*, 341 (2009).

¹⁰⁹ Cfr. l'articolo 67 del Trattato della Comunità Economica Europea, da cui emerge che ciò che effettivamente il mercato comune richiede è la libertà dei pagamenti e che la liberalizzazione dei movimenti di capitali è richiesta solo nella misura in cui ciò è necessario per la creazione di un mercato comune.

¹¹⁰ In *Costa* (C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66), la Corte di giustizia europea ha stabilito che la nazionalizzazione dell'impresa produttrice di energia elettrica era congruente con il contenuto sostanziale del diritto europeo (contrariamente a quanto sostenuto dall'attore, cfr. A. Arena,

divieto di discriminazione sulla base della nazionalità¹¹¹. Di conseguenza, l'obiettivo di creare un mercato *interno* è declinato nel senso di istituire un mercato *comune*, all'interno del quale gli stati membri sono tenuti ad assicurare parità di trattamento ai cittadini di altri stati membri, senza che il contenuto di questo trattamento sia in alcun modo definito dal diritto comunitario. Insomma, all'interno di una simile concezione delle libertà economiche, gli stati membri mantengono ampi margini di autonomia per definire gli obiettivi e gli strumenti delle loro politiche economiche e sociali. Al contempo, i cittadini degli stati europei acquistano una serie limitata di diritti di origine comunitaria complementari a quelli previsti dalle costituzioni nazionali. Ne emerge una forma embrionale di cittadinanza (si potrebbe dire una "proto-cittadinanza") che viene in rilievo nel momento in cui l'individuo si trasferisce in un altro stato membro e che implica la ridefinizione attraverso il criterio della residenza di comunità di assicurazione tradizionalmente imperniata sul criterio della nazionalità¹¹².

In terzo luogo, si predispongono infrastrutture monetarie e finanziarie (in un primo tempo l'Unione europea dei pagamenti, successivamente gli accordi di Bretton Woods) dirette a conciliare la stabilità del cambio con il potere di ogni stato di controllare i flussi di reddito e ricchezza e, di conseguenza, di determinare le proprie politiche monetarie e fiscali. A tale proposito, l'Unione europea dei pagamenti è stata persino più audace del sistema internazionale di Bretton Woods, sistema in cui invece il dollaro USA continuava a svolgere un ruolo egemonico ed in cui gli stati europei avevano un margine più ridotto per attuare la politica monetaria in relazione alle loro specifiche esigenze economiche, sociali e politiche. Nonostante questa importante differenza, entrambi i regimi operano nella direzione di compensare le disparità tra i pagamenti in entrata ed in uscita e di facilitare i necessari aggiustamenti in caso di squilibri, assicurando condizioni idonee alla sostenibilità del costituzionalismo democratico e sociale¹¹³.

Attraverso l'insieme di questi strumenti l'integrazione economica europea determina le condizioni per la ricostruzione economica del secondo dopoguerra e per un consolidamento protrattosi per oltre dieci anni. L'incremento degli scambi commerciali intra-comunitari testimonia il contributo dell'integrazione economica alla creazione di condizioni politiche, economiche e sociali favorevoli al perseguimento degli impegni alla base del costituzionalismo democratico e

How European Law Became Supreme: the making of Costa v. ENEL, in 30 *European Journal of International Law*, 1017)), e in *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114) che il bene collettivo di una politica agricola comune giustifica una limitazione al diritto di proprietà privata.

¹¹¹ Il modello di costituzione economica che ispira la regolamentazione del mercato comune in questa fase è quello che è stato definito *state regulation under non-discrimination*, cfr. M. Poiars Maduro, *We, the court*, 1998, Oxford and Portland, 143-149.

¹¹² Questo obiettivo era per il vero già stato affermato in sede di Consiglio di Europa nel *European Convention on Establishment, and Protocol thereto*, 13 Dicembre 1955, European Treaty Series, n. 19, disponibile a <tinyurl.com/y7xjb9qj>.

¹¹³ Sul'Unione europea dei pagamenti si veda B. Eichengreen, *Reconstructing Europe's Trade and Payments: European Payments Union*, Manchester, Manchester, 1993; R. Salais, *Le viol de l'Europe*, Paris, 2013.

sociale¹¹⁴. Anche all'integrazione europea va pertanto riconosciuto il merito di aver contribuito al successo effettivo di questo nuovo tipo di costituzionalismo, nonostante l'esistenza di tensioni e di diversi aspetti bisognosi di perfezionamento.

Lungi dall'essere privo di difetti, l'assetto istituzionale risultante dalla combinazione di costituzioni nazionali e Comunità economica europea è afflitto da insanabili contraddizioni¹¹⁵. Ma, al di là delle più o meno gravi disfunzioni riscontrabili nelle istituzioni, ad essere precario è soprattutto il contesto in cui questo ordine giuridico e politico è inserito. Il consenso politico di cui tanto gli stati quanto la Comunità beneficiano è alimentato da alti tassi di crescita economica, una condizione che sicuramente contribuisce ad approntare le prime serie risposte alla questione sociale, ma che non si sarebbe protratta per un periodo indefinito. Già alla fine degli anni Sessanta sono numerosi i segnali che indicano che il ciclo positivo volge al termine. L'esaurimento di questa fase si sarebbe certificato negli anni Settanta in occasione di una concomitante crisi economica e finanziaria che, tra le varie conseguenze, avrebbe comportato anche la destabilizzazione tanto della Comunità economica europea quanto del costituzionalismo democratico e sociale.

308

Più nello specifico, con la crisi economica e finanziaria del 1973 i conflitti distributivi si acuiscono, senza che le istituzioni europee e nazionali siano in grado di indirizzarli verso un esito positivo¹¹⁶. Le istituzioni europee si dimostrano capaci di imporre stabilmente dei limiti ai poteri decisionali degli stati membri, ma rimangono strutturalmente incapaci di elaborare misure di regolamentazione del mercato dotate della necessaria legittimazione ed efficacia. Diffusa infatti è la percezione che le istituzioni della Comunità non siano in possesso delle credenziali democratiche e delle capacità amministrative necessarie a sviluppare politiche con effetti apertamente redistributivi¹¹⁷. Insomma, l'idea di mantenere una simmetria tra integrazione politica ed integrazione economica si rivela in questa fase apertamente disfunzionale, poiché l'impatto asimmetrico della crisi acuisce la conflittualità e rende pressoché impossibili le decisioni all'unanimità¹¹⁸.

Con la Comunità europea di fatto ad un punto morto, spetta soprattutto agli stati membri apprestare una risposta alla crisi economica. Inizialmente molti governi nazionali tentano di stimolare l'economia per mezzo delle leve macroeconomiche predisposte e collaudate nel secondo dopoguerra. Tuttavia, la

¹¹⁴ Milward, cit., 135-136, dove si evidenzia come sia stata soprattutto l'economia tedesca a svolgere, tanto sul lato delle esportazioni e quanto delle importazioni, un essenziale ruolo di volano per il commercio intra-comunitario.

¹¹⁵ Infatti, la garanzia della trasmissione della legittimità democratica del livello nazionale al livello europeo attraverso la regola della unanimità nelle decisioni del Consiglio dei Ministri è condannata a diventare, con il tempo, un elemento di rigidità, nella misura in cui rende quasi impossibile modificare le decisioni già prese, anche quando non sono più sostenute dagli stati che originalmente le avevano volute. Si veda F. W. Scharpf, *The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration*, 66 *Public Administration* 239 (1988).

¹¹⁶ Cfr. W. Streeck, *Progressive Regression*, in 118 *New Left Review*, 117 (2019).

¹¹⁷ G. Majone, *The European Community between Social Policy and Social Regulation*, in 31 *Journal of Common Market Studies*, 153 (1993).

¹¹⁸ Scharpf, *The Joint Decision Trap*, cit.

turbolenza monetaria e l'incapacità di coordinare gli interventi nazionali non hanno solo l'effetto di limitare fortemente l'efficacia di quegli strumenti, ma producono profonde differenze tra gli stati membri non solo in relazione al tipo di politiche necessarie a mantenere fede agli impegni costituzionali, ma anche in merito alla perdurante validità e praticabilità di questi ultimi¹¹⁹.

Nel complesso, questi sviluppi determinano una situazione in cui gli obiettivi dell'integrazione europea subiscono una trasformazione apparentemente inesorabile. La fine degli anni Settanta è da questo punto di vista un periodo decisivo. In pochi mesi in diverse istituzioni della Comunità si adottano simultaneamente una serie di decisioni cruciali che hanno l'effetto di ridefinire il senso e la finalità dell'integrazione economica. Nell'autunno del 1978 viene stipulato l'accordo sul Sistema Monetario Europeo, una infrastruttura monetaria comunitaria che apre la strada verso la creazione di una moneta unica¹²⁰. Nell'inverno del 1979 la Corte di giustizia decide il caso *Cassis de Dijon*¹²¹, elevando l'idea dell'accesso al mercato (in luogo del divieto di discriminazione in base alla nazionalità) come principale criterio di regolamentazione del mercato interno e creando le premesse per uno sviluppo dell'integrazione economica secondo un modello di tipo competitivo¹²². Ognuna di queste decisioni ha una portata fondamentale, visto che la moneta unica ed il mercato unico finiranno per modificare in maniera radicale l'ordine economico e sociale europeo. A tempo debito condurranno all'affermazione della stabilità monetaria e di una concezione radicale della proprietà privata e della libertà d'iniziativa economica come norme fondamentali sostanziali del diritto comunitario. Un simile sviluppo implicherà non solo una ridefinizione della natura del processo di integrazione ma, soprattutto, un diverso paradigma relazionale con gli stati membri e, quindi, con gli impegni fondanti del costituzionalismo democratico e sociale.

3. Torsioni neoliberali

3.1. La svolta neoliberale ed il costituzionalismo della belle époque

La fase evolutiva del processo di integrazione europea che si apre con le crisi degli anni Settanta e che procede con l'Atto unico europeo ed il Trattato di Maastricht è solitamente presentata come un periodo di profondo rilancio e trasformazione istituzionale convenzionalmente denominato costituzionalizzazione¹²³. Secondo

¹¹⁹ Sulle conseguenze della turbolenza finanziaria, si veda R. Brenner, *The Economics of Global Turbulence: The Advanced Capitalist Economies from Long Boom to Long Downturn, 1945-2005*, London, 1998; sulle politiche applicate, si vedano le posizioni contrastanti di P. Armstrong, A. Glyn e John Harrison, *Capitalism since 1945*, Oxford, 1991 e B. Eichengreen, *The European Economy since 1945*, Princeton, 2008.

¹²⁰ Come è noto, si tratta di decisioni che saranno codificate successivamente nel Trattato di Maastricht, su cui v. *infra* 3.1.

¹²¹ Causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

¹²² Maduro, cit., 126-143.

¹²³ Il contributo principale a riguardo è costituito da J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*,

questa tesi, l'ordinamento comunitario vivrebbe in questa fase la propria *belle époque*, caratterizzata da una vera e propria conversione del proprio *ethos* e delle proprie strutture nella direzione del costituzionalismo democratico e sociale.

A contribuire a questo mutamento sono anzitutto una serie di riforme istituzionali quali l'espansione delle competenze della Comunità e poi dell'Unione europea, l'elezione diretta del Parlamento europeo, il graduale passaggio al voto a maggioranza qualificata nelle decisioni del Consiglio e l'incorporazione del linguaggio costituzionale, dapprima nella giurisprudenza della Corte di giustizia e in seguito anche nei Trattati. All'interno della tesi della costituzionalizzazione, quelli che sono innegabili sviluppi assurgono al rango di cambiamenti strutturali, alimentando così un tipo di immaginazione costituzionale di dubbia fondatezza.

Infatti, contrariamente a quanto sarebbe richiesto da una effettiva conversione al costituzionalismo democratico e sociale, il ricorso al linguaggio costituzionale nell'Unione europea non riflette l'assunzione dei necessari impegni costituzionali da parte di un popolo europeo o dall'insieme dei popoli nazionali interessati alla costruzione di una comunità politica sovranazionale¹²⁴. La costituzionalizzazione del diritto dell'Unione, invece, è un processo molto più ambiguo attraverso il quale gli attori istituzionali e le élite culturali dell'Unione si rifugiano nel linguaggio costituzionale per dissimulare l'effettiva portata del processo di trasformazione del costituzionalismo democratico e sociale intrapreso dall'Unione nello stesso periodo¹²⁵. Con questo non si vuole affermare che il linguaggio costituzionale non abbia ricadute concrete nel diritto dell'Unione. Non solo un certo rispetto di standard costituzionali vagamente riconducibili agli impegni sottostanti al costituzionalismo democratico e sociale è richiesto al momento dell'adesione degli stati membri¹²⁶, ma è doveroso altresì riconoscere che tanto nella regolamentazione del mercato unico¹²⁷ quanto in politiche come l'immigrazione¹²⁸ o la cooperazione in ambito penale¹²⁹ il linguaggio costituzionale ha contribuito ad una significativa ricalibratura delle politiche dell'Unione e della giurisprudenza della Corte di giustizia¹³⁰.

Cambridge, 1999, 10. Una riflessione critica sul concetto di costituzionalizzazione è offerta da M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in P. Dobner, M. Loughlin (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, 47.

¹²⁴ Per considerazioni in questo senso si vedano M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 1643 e D. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed Worlds*, in Dobner, Loughlin, cit., 17-18.

¹²⁵ U. Haltern, *Pathos and Patina. The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, in 9 *European Law Journal*, 14 (2003).

¹²⁶ Cfr. artt. 2 e 49 TUE. Cf. R. Janse, *The evolution of the political criteria for accession to the European Community, 1957–1973*, in 24 *European Law Journal*, 57 (2018).

¹²⁷ Cfr. Causa C-293/12, *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238.

¹²⁸ Cfr. Causa C-391/16, *M. c. Ministerstvo vnitra e X. e X. C. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, ECLI:EU:C:2019:403.

¹²⁹ Cfr. Cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

¹³⁰ L. Azoulay, *The European Court of Justice and the Duty to Respect Sensitive National Interests*, in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir (a cura di), *Judicial Activism of the European Court of Justice*,

Tuttavia, nel contesto della creazione del mercato e della moneta unica, la retorica costituzionale ha avuto l'effetto di distrarre da una realtà in larga misura segnata dalla predominanza degli esecutivi¹³¹, dall'attivismo giudiziario e dall'attribuzione di significative funzioni di governo ad istituzioni non rappresentative. In termini più sostanziali, in questo periodo si innescano processi che, nel promuovere un riorientamento in senso neoliberale dello stato sociale e nel valorizzare una forma di cittadinanza (or forse meglio sarebbe dire pseudo-cittadinanza) ridotta a mero diritto alla mobilità, stridono con l'*ethos* originario del costituzionalismo democratico e sociale¹³².

Per dare sostanza a questa ricostruzione alternativa, è necessario anzitutto riconsiderare la portata della costituzionalizzazione del diritto dell'Unione evidenziandone i nessi di continuità con i processi di liberalizzazione iniziati alla fine degli anni Settanta. In questa fase la retorica costituzionale tende ad edulcorare una realtà nella quale l'ambivalenza originaria delle Comunità europee è risolta in direzione drasticamente neoliberale.

Un primo ambito di riflessione critica riguarda le ragioni sottostanti all'espansione delle competenze dell'Unione europea. A questo riguardo, si può considerare ormai parziale se non addirittura marginale la spiegazione secondo cui l'ampliamento delle competenze dell'Unione sarebbe il prodotto di fenomeni di *spill-over* delle politiche originali e delle crescenti ambizioni politiche delle istituzioni europee¹³³. Se infatti è sicuramente vero che l'espansione verso settori come l'immigrazione, le politiche di asilo e la cooperazione in ambito penale risponde all'interesse dei governi nazionali di approfittare dell'asserita maggiore capacità dell'Unione a governare fenomeni di portata sovranazionale, è altrettanto vero che l'ampliamento di competenze in materie riguardanti la politica economica, monetaria e sociale risponde ad una *ratio* diversa, riconducibile all'esigenza avvertita dagli stessi governi di promuovere la riforma dello stato sociale attraverso un vincolo ed un veicolo esterno¹³⁴. Che l'attribuzione di maggiori competenze all'Unione sia stata effettuata principalmente per rafforzare i vincoli sui circuiti di decisione democratica nazionali è evidente qualora si osservi che, contrariamente a quanto accade all'interno delle dinamiche centripete dei sistemi federali maturi, il rafforzamento delle istituzioni dell'Unione non ha comportato

Cheltenham, 2013, 180-183.

¹³¹ Cfr. per es. M. Dani, *The Rise of the Supranational Executive and the Post-Political Drift of European Public Law*, in 24 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 399 (2017).

¹³² Sul persistente disallineamento del diritto dell'Unione con le costituzioni democratiche e sociali si veda Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 69-94.

¹³³ Loci classici al riguardo: E. B. Haas, *The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*. Stanford, 1958; L. N. Lindberg, *The Political Dynamics of European Economic Integration*. Stanford, 1963.

¹³⁴ Si vedano sul punto K. Dyson and K. Featherstone, *The Road To Maastricht: Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, 2000; K. Featherstone, *The Political Dynamics of the Vincolo Esterno: The Emergence of the EMU and the Challenge to the European Social Model*, Queen's Papers on Europeanization, Working Paper No. 6/2001, 9-15, C. J. Bickerton, *European Integration. From Nation States to Member States*, Oxford, 2012, 131-136 e Somma, cit., 94.

né un equivalente potenziamento delle istituzioni politiche sovranazionali né un proporzionale aumento bilancio dell'Unione. A ben vedere, l'europeizzazione dei poteri statali ha contribuito all'indebolimento della capacità di governo complessiva, sia in ragione della frammentazione delle funzioni legislative e amministrative in una pluralità di livelli di governo sia per il significativo coinvolgimento di attori privati. Così, mentre nella narrativa della costituzionalizzazione l'Unione assume i caratteri della forza positiva di governo, nella realtà essa opera prevalentemente come una forza impegnata nella deregolamentazione accompagnata da forme non altrettanto robuste di ri-regolazione.

La torsione neoliberale del diritto dell'Unione¹³⁵ si riscontra anzitutto nella natura delle competenze dell'Unione. In esse gli obiettivi di trasformazione in senso neoliberale sono indicati esplicitamente e anteposti ad altri potenziali obiettivi concorrenti il cui perseguimento è precluso o considerato secondario¹³⁶. L'espansione delle competenze comporta perciò un duplice costo: da un lato essa mina alla base la separazione tra politiche regolatrici e politiche redistributive che aveva contribuito all'originaria sinergia tra integrazione europea e costituzionalismo democratico-sociale; dall'altro la struttura delle nuove competenze, nel predefinire gli obiettivi delle politiche dell'Unione, ha l'effetto di erodere gli ambiti di contestazione democratica tanto a livello sovranazionale quanto a livello nazionale, rendendo particolarmente impervia se non impossibile la praticabilità di indirizzi politici diverso da quello neoliberale¹³⁷.

Un secondo ambito in cui il diritto dell'Unione mostra un'evidente inclinazione neoliberale è costituito dal contestuale consolidamento della politica monetaria iniziata con il Sistema monetario europeo e del filone giurisprudenziale inaugurato con *Cassis de Dijon*. Il Sistema monetario europeo (SME) ha l'effetto di alterare non solo la "costituzione monetaria", ma anche la costituzione politica degli stati membri e dell'Unione. Benché si tratti a prima vista di un accordo sulla parità del tasso di cambio che prevede sporadici obblighi giuridici, lo SME implica un massiccio condizionamento della politica monetaria. In particolare, invece di poter continuare ad usare la moneta ed il credito come strumenti a servizio della piena occupazione e della giustizia distributiva, gli stati che partecipano allo SME sono tenuti a considerare la difesa del valore della moneta come l'obiettivo principale della politica monetaria nazionale¹³⁸. Gradualmente le banche centrali sono rese indipendenti dalle istituzioni politiche, ma rimangono soggette, per il

¹³⁵ L'efficace metafora è tratta da E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto*, 481 (2013).

¹³⁶ Si vedano in via esemplificativa gli artt. 119 (2), 145 e 173 TFUE dove si indicano come prioritari gli obiettivi della stabilità dei prezzi, adattabilità della forza lavoro e competitività.

¹³⁷ Sul punto si veda, in generale, D. Grimm, *The Democratic Cost of Constitutionalization: The European Case*, in 21 *European Law Journal*, 460 (2015).

¹³⁸ I difensori dello SME lo presentarono infatti come un efficiente vincolo esterno; si veda R. Gualtieri, *L'impatto di Reagan. Politica ed economia nella crisi della prima repubblica (1978-1992)* in S. Colarizi, P. Craveri, S. Pons, G. Quagliariello (a cura di), *Gli anni ottanta come storia*, Soveria Manelli, 2004, 185.

tramite dello SME, al vincolo esterno della egemonia della Bundesbank¹³⁹. Di conseguenza, la mancanza di forza giuridica vincolante degli impegni assunti con lo SME non riduce la loro portata normativa ed il loro impatto materialmente costituzionale. Lo SME trasforma radicalmente sia le coordinate di riferimento in base a cui la politica monetaria deve essere valutata, sia l'allocazione dei poteri tenuti alla sua attuazione. Quelli che erano imperativi economici impliciti (come l'indipendenza delle banche centrali o il primato della politica monetaria sulla politica fiscale) diventano norme legalmente codificate nel Trattato di Maastricht. L'impulso verso una moneta unica contribuisce in tal modo al consolidamento di una costituzione europea funzionale che gravita attorno alle quattro libertà economiche e all'obiettivo della stabilità monetaria.

In modo analogo, i semi della radicale trasformazione in senso neolibérale piantati in *Cassis de Dijon* si sviluppano nel passaggio dal mercato comune al mercato unico. In questo nuovo contesto, tutte le libertà economiche sono riconsiderate per andare a costituire, nonostante le perduranti differenze sul piano formale, un'unica libertà di circolazione incentrata sul criterio dell'accesso al mercato¹⁴⁰. Nei fatti e, vale la pena sottolinearlo, a costituzionalizzazione in corso, questo blocco di libertà economiche dà vita ad una serie di diritti soggettivi che ridefiniscono nel senso di una accentuata deregolamentazione il contenuto sostanziale del diritto dell'Unione. Un contributo cruciale in questo senso è offerto dalla libera circolazione dei capitali. Reinterpretata negli anni Ottanta come presupposto per l'unificazione monetaria, tale libertà prefigura un dispositivo dalla notevole portata destabilizzante, non solo per la sua capacità di favorire il movimento di capitali tra gli stati membri e nei confronti dei paesi terzi¹⁴¹, ma soprattutto per l'attitudine a trasferire ai mercati finanziari un ingente potere di condizionamento nei confronti della politica economica degli stati membri. Accade così che alle libertà economiche sia attribuito un formidabile potenziale pervasivo e trasformativo che finisce per irradiarsi in pressoché tutti gli ambiti materiali

¹³⁹ Era assolutamente prevedibile che la creazione dello SME avrebbe condotto al consolidamento della Germania come stato quasi-egemone dell'area monetaria europea. Considerato che la Germania era l'unico stato della CEE ad avere una banca centrale indipendente, lo SME implicava il trasferimento *de facto* del potere di modulare tutte le politiche monetarie degli stati membri alla unica banca centrale indipendente della Comunità, creando così un precedente fondamentale di depoliticizzazione della politica monetaria. Senza il precedente dello SME, si può dubitare, per esempio, che le banche centrali avrebbero potuto giocare un ruolo così determinante nella successiva definizione dell'Unione economica e monetaria. Sul punto, cfr. H. James, *Making the European Monetary Union: The Role of the Committee of Central Bank Governors and the Origins of the European Central Bank*, Cambridge, 2012.

¹⁴⁰ Cfr. C. Barnard, S. Deakin, *Market Access and Regulatory Competition*, in C. Barnard, J. Scott (a cura di), *The Law of the European Single Market. Unpacking the Premises*, Oxford and Portland, 197. Paradossalmente l'unica marginale correzione nella direzione di una rivalutazione del principio di non discriminazione si riscontra proprio nella libera circolazione delle merci, l'ambito in cui si erano iniziato a sperimentare il nuovo approccio alle libertà economiche, cfr. Cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905.

¹⁴¹ Si veda ora l'art. 63 TFUE.

degli ordinamenti costituzionali nazionali¹⁴². Porzioni crescenti delle politiche sociali e fiscali sono sottoposte a notevoli pressioni competitive e a stringenti controlli della Corte di giustizia in base al principio di proporzionalità. E quando, come spesso accade, tali controlli portano alla rimozione di quelle norme nazionali che anche minimamente ostacolano o scoraggiano la circolazione dei fattori di produzione, non sempre esse vengono sostituite da analoghe misure europee.

Se possibile, l'introduzione della cittadinanza europea amplifica questa tendenza. Piuttosto che ispirare una genuina rivisitazione dello status degli individui nel senso della loro piena inclusione sociale e politica negli stati di residenza, la cittadinanza europea rimane essenzialmente un istituto diretto a promuovere la mobilità oltre il perimetro segnato dalle libertà economiche¹⁴³. Un simile strumento ha sicuramente per gli individui il pregio di incrementare l'opportunità di cogliere i benefici offerti dal neoistituito spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁴⁴. Tuttavia, il criterio che ispira questo nuovo status non fa altro che consolidare una concezione sostanzialmente depoliticizzata della persona, finendo per fare della cittadinanza europea un mero *restyling* dell'*homo oeconomicus* che era chiamata a sostituire.¹⁴⁵

Già si è detto che la tesi della costituzionalizzazione è fondata sull'idea che l'Unione operi come una forza positiva di governo. Un simile presupposto è associato al massiccio ricorso all'armonizzazione positiva, reso possibile dall'introduzione del voto a maggioranza qualificata nel Consiglio e dal sistematico coinvolgimento del Parlamento europeo nei procedimenti legislativi dell'Unione¹⁴⁶. In virtù di un simile assetto istituzionale, la regolamentazione del mercato non si sostanzierebbe esclusivamente nell'applicazione giudiziaria delle libertà economiche e, di conseguenza, in un modello di regolamentazione di tipo competitivo. In un contesto di intensa armonizzazione positiva, anche la portata del passaggio dal criterio del paese di destinazione a quello del paese d'origine insita in *Cassis de Dijon* sarebbe in qualche modo ridimensionata grazie alla graduale convergenza degli standard di regolamentazione nazionali¹⁴⁷.

Due sono però gli aspetti che inducono a raffreddare gli entusiasmi per l'ascesa dell'armonizzazione positiva. Anzitutto occorre osservare che la sostituzione degli standard nazionali con quelli sovranazionali spesso comporta una mutazione surrettizia degli obiettivi e del contenuto sostanziale dei regimi normativi in questione. Norme originariamente concepite con finalità non economiche si trovano ad essere sussunte all'interno della regolamentazione del

¹⁴² D. Grimm, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, 21 *European Law Journal*, 465 (2015).

¹⁴³ Si vedano sul punto M. Everson, *The Legacy of the Market Citizen*, in J. Shaw, G. Moore (a cura di), *The New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, 1995, 73, e N. N. Shiubhne, *The Resilience of EU market citizenship*, in 47 *Common Market Law Review*, 2010, 1597.

¹⁴⁴ Cfr. F. De Witte, *Justice in the EU*, Oxford, 2015.

¹⁴⁵ A. Menéndez e E. D. H. Olsen, *Challenging European Citizenship: Ideas and Realities in Contrast*, Houndsmill, 2020, capitoli III e IV.

¹⁴⁶ Weiler, *The Constitution of Europe*, cit., 66-86.

¹⁴⁷ Maduro, cit., 110-126.

mercato per essere trasformate principalmente in facilitatori dell'integrazione economica e solo secondariamente in presidi di interessi diversi dalla massimizzazione del profitto¹⁴⁸. In secondo luogo, è opportuno ricordare che l'armonizzazione non è una strategia perseguita in maniera uniforme. I regimi di tassazione ed i diritti dei lavoratori, per esempio, costituiscono ambiti in cui i trattati continuano a prevedere il voto all'unanimità e, in un'Europa ormai composta da ventisette stati membri, questo implica che nei fatti in questi ambiti la ri-regolazione è preclusa¹⁴⁹. Piuttosto agevole è intuire le conseguenze di un simile assetto istituzionale: in un contesto di accresciuta mobilità, forti sono gli incentivi per gli stati membri a convertire i sistemi di tassazione, di relazioni industriali e di sicurezza sociale in fattori di attrattività degli operatori economici più dinamici¹⁵⁰.

Pertanto, se, come si è cercato di dimostrare, il processo di costituzionalizzazione è fenomeno sovra-strutturale che non segnala un impegno costituzionale dell'Unione in direzione del costituzionalismo democratico e sociale, diviene importante comprendere quale sia l'impatto del suo nuovo assetto istituzionale sui processi di autogoverno costituzionale nazionali.

Occorre anzitutto osservare che, nonostante le massicce dosi di retorica profuse a sostegno della costituzionalizzazione dell'Unione e della cittadinanza europea, in questa fase non si registra un significativo fenomeno di identificazione collettiva con l'Unione¹⁵¹. Agli occhi dei cittadini europei le comunità politiche nazionali continuano ad assurgere a centro prioritario di discussione politica e immedesimazione culturale. Ne è prova il fatto che, anche quando l'Unione si avventura nell'elaborazione di un Trattato costituzionale, la retorica costituzionale si rivela più un tentativo di legittimare il perdurante assetto intergovernativo che il frutto di una genuina mobilitazione popolare¹⁵².

Detto questo, il fallimento nella costruzione di una comunità politica pan-europea non deve oscurare uno sviluppo di notevole portata costituzionale. In questa fase un numero significativo di costituzioni statali è oggetto di riforme dirette a codificare la partecipazione al processo di integrazione europea come tratto distintivo dell'identità nazionale¹⁵³. Se dal punto di vista giuridico-formale

¹⁴⁸ In merito alla concezione olistica del mercato che traspare da questo ricorso all'armonizzazione positiva si vedano le considerazioni critiche di A. Somek, *Individualism. Essay on the Authority of the European Union*, Oxford, 2008, capitolo 7.

¹⁴⁹ Artt. 114 (2) e 115 TFUE

¹⁵⁰ W. Schön, *Tax Competition in Europe – General Report*, in W. Schön (a cura di), *Tax Competition in Europe*, International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, 17-18; M. Leibrecht e C. Hochgatterer, *Tax Competition as a cause of falling corporate Income Tax rates: A survey of the empirical literature*, in 26 *Journal of Economic Surveys* 616 (2010)

¹⁵¹ F. Cheneval, F. Schimmelfennig, *The Case for Democracy in the European Union*, in 51 *Journal of Common Market Studies*, 337-338 (2013). Di conseguenza, nemmeno la natura giuridica dell'Unione si discosta dalla propria matrice originaria di diritto internazionale, cfr. De Witte, cit., 28-37.

¹⁵² N. Walker, *Reframing EU Constitutionalism*, in J. Dunoff, J. P. P. Trachtman (a cura di), *Ruling the World?, Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 2011, 162

¹⁵³ Si vedano in via esemplificativa gli artt. 23 della Legge fondamentale tedesca, 88-1 della

simili interventi possono apparire poco più che un aggiornamento dell'originario impegno delle costituzioni democratico-sociali nella direzione della cooperazione internazionale, dal punto di vista politico-simbolico il loro significato non deve essere sottovalutato: un impegno costituzionale esplicito a favore del processo di integrazione europea esprime nel modo più autorevole il sostegno ad una costruzione europea basata sulla cooperazione di una pluralità di comunità politiche nazionali. Allo stesso tempo, un impegno esplicito a sostegno di un'Unione così apertamente orientata in senso neoliberale può anche essere interpretato nel senso di una disponibilità delle comunità politiche nazionali a riconsiderare i propri impegni fondativi in base a questa nuova agenda politico-costituzionale.

Il riallineamento in senso neoliberale delle costituzioni democratico-sociali è visibile anzitutto nei vincoli imposti ai circuiti democratico-rappresentativi nazionali. Imbrigliate nelle strategie di regolamentazione dell'Unione, diviene particolarmente difficile per le comunità politiche nazionali perseguire programmi politici diversi da quelli compatibili con il nuovo corso neoliberale. Questo non è solo il risultato delle pressioni competitive esercitate dai mercati e della prescrizione di obiettivi insita nelle politiche dell'Unione. Notevoli limiti alla libertà politica nazionale discendono soprattutto dalla struttura di governo dell'Unione che, tanto nelle materie soggette al metodo comunitario quanto in quelle basate sul coordinamento delle politiche nazionali, ricorre alla regolamentazione indiretta per il perseguimento degli obiettivi europei. Sebbene tale cooptazione si verifichi con modalità notevolmente diverse, in gran parte delle politiche dell'Unione ai decisori nazionali non resta che procedere all'attuazione di strategie non necessariamente allineate con le loro preferenze politiche o con gli interessi nazionali. In un simile contesto, ciò che resta del principio democratico è la scelta non più tra obiettivi politici alternativi, ma tra i diversi strumenti per il loro conseguimento. Insomma, la dialettica democratica si riduce al *come* dare corso agli orientamenti neoliberali, senza che sia dato scegliere *se* aderire o meno ad essi¹⁵⁴.

L'appartenenza all'Unione ha ripercussioni evidenti anche sulla legalità costituzionale e la tutela dei diritti a livello nazionale. In ragione della dottrina del primato del diritto europeo e dell'espansione delle competenze dell'Unione, sia i

Costituzione francese, 7 (5) e (6) della Costituzione portoghese.

¹⁵⁴ Al riguardo è frequente che il problema sia sdrammatizzato osservando che in realtà i governi nazionali contribuiscono alla definizione delle misure di regolamentazione dell'Unione attraverso la partecipazione al Consiglio e alla comitologia, cfr. D. Halberstam, *Comparative Federalism and the Issue of Commandeering*, in R. Howse, K. Nicolaidis (a cura di), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and in the EU*, Oxford, 2001, 213. Se questa argomentazione rivela una certa forza persuasiva per quanto riguarda le decisioni di ridotta importanza politica, altrettanto non si può dire per le situazioni in cui la regolamentazione indiretta è impiegata in ambiti politicamente salienti. Qui, nonostante la partecipazione dei governi nazionali alle sedi decisionali dell'Unione, ci si trova comunque in presenza di decisioni risultanti da un sistema politico incapace di generare lo stesso grado di mobilitazione politica riscontrabile a livello nazionale. Di qui il possibile cortocircuito tra preferenze politiche espresse a livello sovranazionale e preferenze, in senso diverso o contrario, riscontrabili a livello nazionale.

diritti costituzionali che le corti costituzionali sono soggetti ad un processo di progressiva emarginazione. L'emarginazione dei diritti costituzionali si verifica anzitutto negli ambiti interessati dall'armonizzazione positiva, dove la predisposizione di regimi normativi sovranazionali porta con sé l'applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione¹⁵⁵. Ma la corrosione dei diritti costituzionali è visibile anche al di fuori delle competenze attribuite all'Unione. Tale fenomeno si riscontra nei casi in cui la protezione dei diritti costituzionali interferisce con l'applicazione delle libertà economiche, in particolare la libera circolazione dei capitali ed il diritto di stabilimento¹⁵⁶.

L'emarginazione delle corti costituzionali è invece un processo riconducibile all'ampliamento delle competenze dell'Unione e alla dottrina *Simmenthal*¹⁵⁷. Poiché quest'ultima prevede che le questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione direttamente applicabile siano risolte interamente nell'asse che collega le corti nazionali e la Corte di giustizia, le corti costituzionali si trovano ad operare in ambiti gradualmente ristretti e con limitate possibilità di verifica circa la compatibilità delle politiche dell'Unione con gli impegni a fondamento delle costituzioni democratico-sociali¹⁵⁸. Ne discende che non solo il monopolio del controllo di costituzionalità caratteristico della tradizione europea è chiamato in causa¹⁵⁹, ma che le corti ordinarie, in rapporto costante con la Corte di giustizia, si trovano nella condizione di controllare la compatibilità delle norme nazionali alla luce del diritto europeo con modalità per certi versi simili a quelle del controllo di costituzionalità diffuso¹⁶⁰.

Non sorprende che anche la giustizia sociale, il bersaglio più diretto della trasformazione neoliberale, sia oggetto di una notevole mutazione. Anche in questo ambito il cambiamento innescato dall'Unione non produce una rottura radicale. A prima vista l'Unione non sembra infatti costringere i propri stati a deviare dai propri impegni costituzionali originari. La strategia perseguita è più sofisticata ed è diretta a privilegiare una particolare concezione del *welfare* imperniata sulla responsabilità individuale in luogo dell'emancipazione sociale, caratteristica della cosiddetta "terza via" social-liberale¹⁶¹. Nel procedere al

¹⁵⁵ In questi ambiti le coordinate costituzionali di riferimento sono contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 51). Il carattere politicamente evanescente dei diritti umani è evidenziato in Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., 129.

¹⁵⁶ Si veda in via esemplificativa Causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772, su cui C. Joerges, F. Rödl, *Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in 15 *European Law Journal* 1 (2009).

¹⁵⁷ Causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

¹⁵⁸ J. Komárek, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in 9 *European Constitutional Law Review*, 420 (2013).

¹⁵⁹ A. Barbera, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC* 4/2017.

¹⁶⁰ Comella, cit., 122-138.

¹⁶¹ A. Somek, *The Individualisation of Liberty: Europe's Move from Emancipation to Empowerment*, 4 *Transnational Legal Theory*, 274-275 (2013). Paradigmatica a questo riguardo è l'ascesa del

coordinamento delle politiche economiche e sociali, l'Unione non sembra interessata ad emancipare gli individui dai rischi connessi al libero mercato. Le politiche dell'Unione sono sistematicamente orientate ad impiegare gli strumenti di protezione sociale per incoraggiare la partecipazione e l'adattamento degli individui alle esigenze prevalenti nei mercati. Nella migliore delle ipotesi la predisposizione di beni pubblici ed i meccanismi di redistribuzione sono mantenuti con l'intento di rabbonire eventuali contestazioni contro l'accumulazione privata di ricchezza e le crescenti disuguaglianze di reddito e di potere sociale. Insomma, all'interno del nuovo corso promosso dall'Unione, la tensione tra capitalismo e stato sociale è risolta subordinando il secondo al primo, in quello che altro non è se non uno spettacolare rovesciamento rispetto alla cattura dell'economico predicata dal costituzionalismo democratico e sociale¹⁶².

Nel complesso, l'autogoverno costituzionale nella *belle époque* del processo di integrazione europea è contraddistinto da un'apertura acritica alla cooperazione sovranazionale che implica il riorientamento in senso neoliberale del costituzionalismo democratico e sociale. In particolare, gli strumenti attraverso cui gli stati erano riusciti a governare le economie nazionali nell'immediato secondo dopoguerra sono indeboliti senza che analoghi strumenti siano predisposti a livello europeo. Di conseguenza, la struttura dell'ordine socio-economico è determinata in misura crescente da coloro che si trovano nella posizione di approfittare delle libertà economiche protette dall'Unione. Non deve sorprendere allora che le retribuzioni crescano in misura inferiore alla produttività a beneficio di coloro che possono disporre del capitale (come riflesso nella crescita costante del "capital share" nella economia, a detrimento del reddito del lavoro).¹⁶³ Il risultante effetto deflazionistico e depressivo è inizialmente bilanciato con un forte aumento del debito pubblico e privato, in una dinamica che chiaramente rende più fragili le economie europee.

Lentamente ma inesorabilmente il risentimento sociale inizia a montare affacciandosi sia nella sfera costituzionale che in quella politica. Mentre nella prima sono le corti costituzionali nazionali a farsi esplicite interpreti di una certa preoccupazione per l'espansione delle competenze dell'Unione e l'integrità degli impegni ispiratori dell'autogoverno costituzionale nazionale¹⁶⁴, nella sfera politica il malcontento inizia a circolare nelle componenti più vulnerabili dei corpi elettorali nazionali con l'effetto di incrinare il consenso acritico che per lungo tempo aveva accompagnato l'evoluzione del processo di integrazione europea¹⁶⁵.

cosiddetto *open method of coordination* e della retorica della *governance*.

¹⁶² Giubboni, cit., 38-39.

¹⁶³ Cfr. per esempio A. Bagnai, *Il Tramonto dell'euro*, Reggio Emilia, 2012.

¹⁶⁴ Il primo segnale inequivocabile in questa direzione proviene dal Tribunale costituzionale federale tedesco nel caso *Brunner* (2 BvR 2134/92 & 2159/92).

¹⁶⁵ L. Hooghe, G. Marks, *A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus*, in 39 *British Journal of Political Science*, 1 (2008); N. Fligstein, *Euro-clash*, Oxford, 2008

3.2. Liberalismo autoritario e spensieratezza costituzionale

Le tensioni accumulate nella *belle époque* emergono in maniera dirompente nelle molteplici crisi che si innescano e sovrappongono nella fase più recente del processo di integrazione europea: la crisi economica e finanziaria, la crisi migratoria e la crisi connessa al rispetto dei valori dello stato di diritto. In reazione ad esse l'Unione radicalizza il proprio profilo neoliberale e, avendo dismesso almeno temporaneamente la retorica costituzionale, mette a nudo una preoccupante inclinazione autoritaria¹⁶⁶. Le conseguenze di una simile deriva sull'autogoverno costituzionale sono di tutto rilievo, così come di notevole rilievo è la portata degli ostacoli frapposti al mantenimento degli impegni fondativi delle costituzioni democratiche e sociali.

Il ruolo di detonatore di questa ulteriore torsione neoliberale dell'Unione è svolto dalle crisi economiche e finanziarie che si susseguono a cascata dopo il fallimento del mercato americano dei *subprime*¹⁶⁷. La destabilizzazione provocata da un simile sviluppo porta all'adozione sia di decisioni specifiche che di riforme strutturali che, come detto, alterano in misura significativa l'assetto istituzionale dell'Unione. Un certo numero di norme fondamentali nell'organizzazione del potere dell'Unione viene modificato con una rapidità ed una determinazione che mai si erano verificati nelle pur ripetute riforme dei trattati avvenute durante la *belle époque*¹⁶⁸.

Un primo ambito in cui è evidente l'accennata radicalizzazione in senso neoliberale dell'Unione attiene all'accentuazione della portata prescrittiva delle norme sostanziali di diritto primario: non solo l'obiettivo della stabilità monetaria acquista ulteriore peso rispetto alle finalità di natura socio-economica, ma anche il nuovo obiettivo della stabilità finanziaria finisce per imporsi come asse indiscusso delle politiche economiche e sociali¹⁶⁹. Ne discende che il mantenimento del valore del denaro e, di riflesso, la possibilità di un'ulteriore accumulazione di capitale monetario assurgono a valore prioritario dell'azione di governo. Di converso, si conferma il ruolo ancillare e secondario della politica sociale, così come si consolida la tendenza a declassare i diritti economici e sociali al ruolo di meri ammortizzatori degli *shock* causati dall'irrequietezza e dalla disfunzionalità dei mercati¹⁷⁰. La cittadinanza sociale risulta così non solo condizionata, ma anche subordinata al

¹⁶⁶ Cfr. la *special issue* del *European Law Journal*, 21, 2015, 285. Anche Somma, cit., 79-80 e M. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, 45 *Critical Sociology* (2019) 1023.

¹⁶⁷ F. Scharpf, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, *MPIfG Discussion Paper 11/11*, www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp11-11.pdf.

¹⁶⁸ A. J. Menéndez, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, 20 *European Law Journal* (2014) 127.

¹⁶⁹ Il termine stabilità finanziaria entra nel lessico del diritto europeo attraverso la riforma dell'articolo 136 del TFUE e dell'accordo quadro sul Meccanismo europeo di stabilità ed è confermato come un principio fondamentale del diritto dell'Unione nelle sentenze della Corte di giustizia europea in C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, e C-64/12, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400.

¹⁷⁰ F. Costamagna, *National social spaces as adjustment variables in the EMU: A critical legal appraisal*, 24 *European Law Journal* (2018), 163.

raggiungimento della stabilità monetaria e finanziaria. Lontano è quindi lo spirito originario del costituzionalismo democratico e sociale che attribuiva ai diritti sociali ed economici il compito di promuovere l'emancipazione sociale e, al di fuori di ogni logica caritatevole, di stimolare la crescita economica¹⁷¹.

Notevoli ripercussioni negative delle riforme adottate si riscontrano anche con riferimento al principio democratico. Le norme approvate stabiliscono ulteriori e più incisivi limiti negativi a ciò che gli stati possono effettivamente conseguire per mezzo degli strumenti di politica economica attraverso un sistema composto da una fitta rete di indicatori macroeconomici e procedure di controllo¹⁷². Le vecchie e le nuove regole fiscali tenute ad imbrigliare l'autonomia fiscale degli stati esigono riduzioni del disavanzo e del debito pubblico annuale in misura estremamente onerosa, soprattutto per quegli stati che, in un ciclo economico particolarmente avverso, avrebbero disperato bisogno di ricorrere alla spesa pubblica a sostegno della domanda¹⁷³. Ne risulta una pesante compressione dei circuiti democratici nazionali e, di fatto, lo svuotamento delle istituzioni e dei diritti di partecipazione politica alla base del costituzionalismo democratico e sociale¹⁷⁴.

Come già accadeva nel diritto europeo della *belle époque*, anche in quello della crisi i sacrifici del principio democratico imposti a livello nazionale non sono compensati da equivalenti avanzamenti a livello sovranazionale. Non solo le istituzioni democratiche esistenti non vengono adeguatamente potenziate, ma le nuove competenze acquisite al "centro" dell'Unione sono spesso esonerate da effettive forme di controllo democratico. Ne è prova la spettacolare espansione delle competenze della Banca Centrale Europea¹⁷⁵. La BCE diventa l'autorità chiamata a svolgere la macro e la micro regolamentazione prudenziale delle istituzioni finanziarie dell'Eurozona, in una fase in cui la Corte di giustizia formula, con l'avvallo sostanziale degli stati membri, un'interpretazione dei trattati che estende drasticamente l'ambito materiale della politica monetaria¹⁷⁶. Titolare di poteri che nei fatti sono quelli di un prestatore di ultima istanza, la BCE si trova a decidere, in posizione di sostanziale irresponsabilità, della vita o della morte finanziaria non solo delle istituzioni bancarie ma anche degli stati membri.

L'impatto negativo sull'autogoverno costituzionale non deriva solo dal trasferimento di significative competenze un tempo proprie dei parlamenti e dei governi nazionali ad istituzioni tecnocratiche e a sedi decisionali intergovernative.

¹⁷¹ Milward, cit., 42-43.

¹⁷² Menéndez, cit.

¹⁷³ Di particolare importanza è la regola che richiede la rapida riduzione dello stock di debito pubblico nel caso questo ecceda il 60%. Cfr. Articolo 2.1(a) del regolamento 1467/97.

¹⁷⁴ D. Chalmers, *Crisis reconfiguration of the European constitutional state*, in D. Chalmers, M. Jachtenfuchs, C. Joerges (a cura di), *The End of the Eurocrats' Dream*, Cambridge, 2017, 266.

¹⁷⁵ K. Tuori, *Has Euro Area Monetary Policy Become Redistribution by Monetary Means? 'Unconventional' Monetary Policy as a Hidden Transfer Mechanism*, 22 *European Law Journal* (2016), 838; cfr. anche P. Ciocca, *La Banca che ci manca*, Roma, 2016.

¹⁷⁶ Pringle, cit.; Gauweiler, cit.

Se si allarga lo sguardo al complesso dell'assetto istituzionale dell'Unione, ci si accorge che è la qualità democratica complessiva ad essere degradata. Sebbene un certo divario tra il modello istituzionale e la sua attuazione sia sempre da mettere nel conto, nel caso delle procedure decisionali dell'Unione le discrepanze tra la forma e la prassi sono talmente ampie da risultare difficili da giustificare. Si pensi ad esempio all'ormai predominante ricorso ai triloghi¹⁷⁷, alla proliferazione delle decisioni emergenziali e all'ormai patologica predilezione per le sedi informali per la definizione di decisioni di notevole rilevanza politica¹⁷⁸. Benché prassi di questo tipo accomunino i metodi decisionali dell'Unione e quelli nazionali, nell'Unione esse sono una fonte di maggiore preoccupazione poiché, nell'esautorare il Parlamento europeo, finiscono per svuotare l'unica istituzione capace di ospitare una qualche forma di dialettica democratica.

Ma non è solo l'impegno in direzione della democrazia a scontare considerevoli difficoltà. La stessa legalità costituzionale è messa a dura prova dalle crisi. A questo riguardo l'azione di governo dell'Unione pare in preda ad una vera e propria schizofrenia legalistica. Da un lato, infatti, la coerenza delle diverse politiche economiche nazionali con la politica monetaria della BCE non è più affidata a meccanismi di *governance* e *soft-law* come originariamente previsto dal Trattato di Maastricht, ma ad un corpus di regole dettagliate assistite da un incisivo apparato coercitivo. Dall'altro, tuttavia, in sede di attuazione l'effettività delle stesse norme è messa a dura prova. Questo accade anzitutto perché le crisi hanno condotto alla violazione di numerose norme giuridiche specifiche: da ormai più di dodici anni la BCE, in violazione della lettera degli articoli 120 e 127 TFUE, condiziona (fino al punto talvolta di sostituirsi) i mercati nell'allocatione dei capitali. In sprezzo alla *no bail-out clause* (art. 125 TFUE) massicci interventi di assistenza finanziaria sono stati concessi ad alcuni stati membri per evitarne il fallimento, e anche l'acquisizione di una quota cospicua di titoli di debito pubblico emessi dagli stati membri ha di fatto operato in modo equivalente alla monetizzazione del debito vietata dai Trattati (art. 123 TFUE)¹⁷⁹.

In esito ad una simile disamina, si comprende allora perché l'affermazione continua ed intransigente del primato del diritto dell'Unione sul diritto costituzionale nazionale possa essere fonte di disagio, almeno per coloro che hanno a cuore le sorti del costituzionalismo democratico e sociale. In questa fase l'Unione europea impone agli stati membri di incorporare nelle proprie costituzioni o, comunque, nel proprio diritto costituzionale una serie di regole fiscali dirette a vincolare la politica economica nazionale¹⁸⁰. Un simile sviluppo getta un'ombra piuttosto inquietante sulla possibilità per le comunità politiche nazionali di

¹⁷⁷ A. E. Stie, *Democratic Decision-making in the EU: Technocracy in Disguise?*, Londra, 2012.

¹⁷⁸ J White, *Emergency Europe*, 63 *Political Studies* (2015) 300.

¹⁷⁹ È importante sottolineare che sia l'assistenza finanziaria sia l'acquisizione di obbligazioni erano soggette a una rigorosa condizionalità, il che significava che tale assistenza era mirata non a sostenere la capacità fiscale dello Stato di sostenere lo stato sociale, ma a garantire il pieno rimborso dei crediti, a beneficio di creditori privati.

¹⁸⁰ A J Menéndez, *¿Constitución o camisa de fuerza? De las nuevas reglas fiscales al estado "amortizador"*, 5 *Teoria Política* (2015), 189.

perseguire tutti i propri impegni costituzionali. Se infatti è vero che nulla (o quasi) nella prospettiva dell'autogoverno costituzionale è irretrattabile, è altrettanto vero che la revisione (se non la vera e propria archiviazione) di impegni costituzionali che, nel bene e nel male, hanno ispirato la civiltà europea per almeno due generazioni meriterebbe una cultura costituzionale meno spensierata¹⁸¹. Invece una buona dose di improvvisazione (se non di vero e proprio diletterismo) si intravede nei processi che hanno portato all'incorporazione nelle costituzioni nazionali di norme che alterano radicalmente la capacità del diritto costituzionale di svolgere il proprio ruolo di integrazione politica e sociale¹⁸². Ne risulta un amaro paradosso: piuttosto che assistere alla vagheggiata costituzionalizzazione in senso democratico e sociale del diritto dell'Unione europea, ci si trova in presenza di evidenti tentativi diretti a ridefinire cosa si debba intendere per diritto costituzionale, con la pretesa ulteriore di normalizzare le costituzioni democratiche e sociali all'interno di questo schema.

4. *Milward vive!*

Una quindicina di anni fa, a conclusione di un'analisi ad ampio raggio sulle interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana, Sergio Bartole metteva nel conto l'ipotesi di un'ulteriore resa della sovranità e, quindi, di un vero e proprio "suicidio della Costituzione, autorizzato – se non indotto – dall'art. 11 della Costituzione italiana"¹⁸³. Lo scritto risale agli anni della *belle époque* e, con tutta probabilità, Bartole ipotizzava futuribili processi di unificazione politica culminanti in una democrazia costituzionale sovranazionale in cui inevitabilmente la Costituzione repubblicana sarebbe stata se non interamente dismessa, sicuramente ridimensionata. Gli sviluppi di cui si è dato conto testimoniano un'evoluzione del processo di integrazione europea molto meno esaltante: mentre la prospettiva di una democrazia costituzionale sovranazionale rimane un orizzonte evanescente, il suicidio della Costituzione è divenuto uno scenario concreto a cui ci si è dedicati con una certa abnegazione. Se questo è avvenuto lo si deve in larga misura all'assolutizzazione dell'impegno costituzionale alla cooperazione internazionale, non più messo a servizio del costituzionalismo democratico e sociale, ma impiegato surrettiziamente per la sua trasformazione (ma forse sarebbe più corretto dire per il suo snaturamento) in senso neoliberale.

Certo, si può sempre accampare l'esistenza di una qualche ragione di stato per provare a giustificare i sacrifici imposti all'autogoverno costituzionale, ma per essere credibile una simile tesi dovrebbe almeno dimostrare che i benefici conseguiti attraverso le misure e le strutture di cui si discute superano chiaramente

¹⁸¹ P. De Ioanna, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 82 (2015).

¹⁸² Menéndez, *¿Constitución o camisa de fuerza?*, cit.

¹⁸³ Bartole, cit., 442.

i costi patiti¹⁸⁴. Non pare che i numeri dell'economia europea degli ultimi dieci anni consentano di sostenere questa tesi¹⁸⁵ e, qualora non bastassero i numeri, non pare nemmeno che il consenso elettorale a sostegno dell'attuale sistema di governo europeo sia tale da legittimare le trasformazioni in corso.

È a questo punto che il contributo di Milward rivela tutta la sua attualità. Non solo perché in Europa il consenso politico agli assetti di governo e all'azione politica non può più essere dato per scontato, ma anche perché la soluzione che Milward ricostruisce – il salvataggio europeo dello stato nazionale – può ancora oggi fornire indicazioni utili in termini di immaginazione costituzionale e azione politica.

Non si tratta qui di proporre un ritorno nostalgico ad un passato che, vale comunque la pena ricordarlo, ha garantito all'Europa occidentale un periodo di crescita economica e progresso sociale mai più eguagliato. Rivalutare Milward oggi significa piuttosto abbandonare ogni velleità di unità politica sovranazionale e riaffermare il ruolo strumentale delle istituzioni europee al perseguimento degli impegni fondativi del costituzionalismo democratico e sociale. Questo non significa solo riconoscere che la dimensione nazionale è oggi l'unica ad essere attrezzata per rappresentare e mediare i conflitti sociali e per operare una significativa redistribuzione¹⁸⁶. Se non si desidera avvallare un ritorno alla sovranità incompatibile con l'obiettivo di valorizzare il conflitto democratico¹⁸⁷, occorre anche immaginare come nelle condizioni odierne l'integrazione europea possa ritornare a contribuire positivamente all'adempimento di quegli impegni costituzionali.

Non è questa la sede per formulare proposte di riforma dirette articolare in maniera specifica questo ritorno a Milward. Quelli che seguono sono piuttosto dei primi spunti che intendono chiarire in che senso l'assetto istituzionale dell'Unione dovrebbe essere ripensato qualora si intendesse promuovere la riconciliazione del costituzionalismo democratico-sociale con il processo di integrazione europea¹⁸⁸.

Diversi sono gli ambiti in cui sarebbe necessario intervenire. Un obiettivo prioritario dovrebbe essere anzitutto quello di decostituzionalizzare i trattati, ovvero di sfrondare dalle competenze e dalle norme sostanziali di diritto primario ogni indicazione prescrittiva degli obiettivi di trasformazione neoliberale in modo da ripristinare condizioni adeguate di agibilità democratica. Questo, si badi, non

¹⁸⁴ Kehoane e altri, cit., 1-2.

¹⁸⁵ Sembra rilevante in questo senso il confronto della performance macroeconomica dell'Eurozona con altri paesi, per esempio gli Stati Uniti. Sul punto si veda, per esempio, M. Wolf, *The Shifts and the Shocks*, Londra, 2015.

¹⁸⁶ Somma, cit., 122.

¹⁸⁷ Id., 131.

¹⁸⁸ Simili riflessioni, come si è detto nell'Introduzione, sono sviluppate a partire dall'assunto che, in un modo o nell'altro, l'Unione europea sia destinata ad accompagnare l'attività degli stati membri nel prossimo futuro. A bene vedere, tuttavia, le considerazioni svolte non perderebbero di rilevanza anche qualora la via di una riforma interna dovesse risultare effettivamente preclusa e si rendesse necessario immaginare nuove forme cooperazione internazionale in Europa.

significherebbe delegittimare le politiche sin qui perseguite dall'Unione europea, ma solo garantire l'apertura dell'architettura istituzionale europea in modo da permettere, ad esempio, che l'Unione possa operare tanto in modalità keynesiana quanto in modalità neoliberale, a seconda degli equilibri politici complessivi risultanti dai circuiti democratici nazionali.

Un ulteriore tema su cui si dovrebbe tornare a riflettere dovrebbe essere quello della cittadinanza europea. Mentre infatti molto si è discusso di cittadinanza europea in vista della creazione di una democrazia costituzionale sovranazionale, salvo nei fatti sviluppare uno status personale incentrato nella libera circolazione, l'attenzione dovrebbe essere diretta a potenziare la dimensione politica di questo istituto, in modo da renderlo un fattore di apertura costante delle comunità politiche nazionali. In questa prospettiva si colloca l'idea di attribuire ai cittadini europei l'opzione di scegliere se esercitare il proprio diritto di voto alle elezioni politiche nazionali nel paese di origine o nel paese di residenza, eventualmente prendendo in considerazione anche la possibilità di circoscrivere la titolarità di questo diritto ai soli cittadini europei dotati di residenza permanente.

Sempre nella prospettiva di valorizzare i circuiti democratici nazionali, un approfondimento meriterebbe anche il fenomeno della regolamentazione indiretta. Se infatti è improprio e probabilmente controproducente auspicare un rimpatrio delle competenze dell'Unione in ambiti politicamente salienti come l'immigrazione e le politiche economiche e sociali, allo stesso tempo è difficile pensare che su questioni di questo tipo si possano continuare a costringere i parlamenti nazionali ad ingoiare le pillole più o meno amare confezionate a Bruxelles. Per evitare il cortocircuito che si verifica ogni volta che un parlamento nazionale è chiamato ad attuare misure disallineate con le proprie preferenze politiche è possibile pensare ad un diverso tipo di competenze dell'Unione. In materie politicamente salienti, l'intervento dell'Unione potrebbe prendere la forma del *conditional spending programme*, ossia l'adesione alle regole o ai programmi dell'Unione non dovrebbe più essere vincolante, ma sarebbe piuttosto incoraggiata attraverso apposite allocazioni di risorse economiche che i parlamenti nazionali sarebbero liberi di rifiutare qualora si preferisse procedere in direzione diversa da quella decisa in sede europea.

Il dibattito sull'Eurozona è fortemente offuscato da imperativi funzionali. Da un punto di vista costituzionale, sembrerebbe abbastanza pertinente impegnarsi in una seria riflessione sulla misura in cui l'attuale struttura della moneta europea (comprese le regole fondamentali di base dell'Unione monetaria) predetermina l'organizzazione del potere pubblico. Se tale prospettiva fosse seguita, elementi del presente status quo, dalla peculiare caratterizzazione dell'Euro come irreversibile all'indipendenza della Banca centrale sarebbero nuovamente oggetto di dibattito democratico, rendendo possibile riorientare l'architettura della moneta unica in direzione dell'intera serie di obiettivi del costituzionalismo democratico sociale in luogo degli imperativi ristretti e parziali della stabilità monetaria e finanziaria.

Non vi è dubbio, il cambio di direzione a cui qui si è solo accennato in maniera estremamente generale può apparire arduo se ci si ferma alle regole che presiedono alla riforma dei Trattati¹⁸⁹. Le difficoltà si sono moltiplicate a causa dell'irrigidimento del diritto dell'Unione determinato dalla gestione (a nostro avviso, errata) dell'ultima crisi economico-finanziaria. Prima però di dedurne frettolosamente l'irriformalità dell'Unione¹⁹⁰, sarebbe probabilmente opportuno riflettere su altre esperienze di cambiamento costituzionale in presenza di requisiti procedurali altrettanto impervi. Giova qui richiamare l'esperienza statunitense ed il graduale ridimensionamento dell'art. V della Costituzione americana come esclusivo canale di evoluzione e trasformazione dell'assetto costituzionale. Si è infatti osservato che, mentre questa procedura di revisione corrisponde ad una stagione costituzionale in cui il centro di gravità politico era collocato a livello statale, nel ventesimo secolo si sono sviluppate rilevanti modifiche dell'ordine giuridico e politico per vie diverse, ovvero attraverso l'adozione di importanti precedenti giurisprudenziali e di norme legislative di comparabile impatto innovativo¹⁹¹. Una simile traiettoria evolutiva appare suggestiva non tanto per la sua capacità di prefigurare per l'Europa un analogo percorso federativo, quanto perché dimostra che non necessariamente il cambiamento costituzionale imbocca la strada segnata dalle procedure di revisione costituzionale. Ovviamente, questo non è garanzia di successo. Qui come altrove la riforma per vie non convenzionali può condurre tanto alla salvezza quanto al suicidio della costituzione.

Vi è poi un ulteriore e altrettanto importante insegnamento: la vicenda costituzionale americana testimonia che cambiamenti di notevole portata nell'assetto istituzionale richiedono invariabilmente l'esistenza di un processo di mobilitazione politica e sociale imperniato sull'azione di uno (o più) *party movement*¹⁹². Come si è detto, è illusorio oggi pensare che in Europa uno o più partiti politici siano nella condizione di operare quel salto di qualità tanto desiderato dai federalisti in direzione della creazione di un sistema politico e, quindi, di una democrazia costituzionale europea. Più alla portata delle forze esistenti sembra piuttosto la possibilità di risvegliare nei partiti politici nazionali la disponibilità non solo a riscoprire l'attualità del costituzionalismo democratico e sociale, ma soprattutto ad impegnarsi per riconfigurare un assetto istituzionale europeo nella direzione della valorizzazione dell'autogoverno costituzionale nazionale.

Non vi è dubbio, la decisione costituente può aspirare al futuro solo a condizione che nella *voluntas* che ivi si manifesta si esprima anche una *ratio* storica¹⁹³. Nessuno può affermare oggi con assoluta sicurezza se il costituzionalismo democratico e sociale sia una formula valida per il futuro che ci

¹⁸⁹ Cfr. art. 48 TUE.

¹⁹⁰ Somma, cit., 86 e 137.

¹⁹¹ B. Ackerman, *The Living Constitution*, in 120 *Harvard Law Review*, 1776 (2007).

¹⁹² Id., 1759. Ma cfr. anche Zagrebelsky, cit., 138: "le concezioni della vita sociale, i principi e i fini politici, le idee di giustizia, le culture, cioè le forze spirituali costituzionali, non si affermano per forza propria, ma in quanto vi siano soggetti storici che li sostengono".

¹⁹³ Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit.

aspetta o se invece sia un vecchio cimelio da riporre in un museo. L'unica cosa che forse si può dire con certezza è che la storia non esprime esigenze oggettive perché a farla sono la lotta politica e la mobilitazione sociale. Da questo punto di vista in Europa non siamo nemmeno all'inizio.

Marco Dani
Facoltà di Giurisprudenza
Università di Trento
marco.dani@unitn.it

Agustin José Menéndez
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid
agustin.menendez@uam.es

La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei

di *Andrea Guazzarotti*

Abstract: Sovereignty between national Constitutions and European Treaties. – Most of EU Member State Constitutions refer to European integration in terms of limitations of sovereignty or transfer of sovereign powers. While European Treaties tend to avoid any explicit reference to sovereignty, they nevertheless acknowledge the permanent nature of this transfer process, requiring that specific decisions – as “passerelle clauses” – cannot be adopted without previous involvement of national Parliaments, or that simplified Treaty amendments shall enter into force after being ratified by all the MS «in accordance with their respective constitutional requirements». National systems can be cooperative to this phenomenon of permanent “silent” transfer of sovereign powers, but they can also be reluctant, as in the case of Germany after the Lisbon judgment of the BVerG. The Italian case is interesting, as its political system, after an aborted attempt at the end of the nineties, never succeeded in introducing a proper “European clause” in its Constitution. While parliamentary debates show the readiness of Italian mainstream politics to allow every further integration in the EU by ordinary acts of legislation, constitutional scholars after Brexit started debating on the impossibility to leave EU (or the Eurozone) without previous constitutional revision. Since the fragility of Italian sovereign debt on the global financial markets, more than a long constitutional process of “Italexit”, it is plausible that the rupture of the Eurozone will be caused by the unwillingness of Germany and other “creditor Countries” to accept the next “whatever it takes” to save the euro. It is therefore important to analyze Article 88 of the German constitution, according to which the transfer of monetary sovereignty must be subject to the condition of independent central banking committed to the overriding goal of price stability. As warned in the *Gauweiler* case of the BVerG, this constitutional clause can legitimate the refusal of the German central Bank and the German executive to cope with the monetary policies of the EU in the future.

327

Keywords: European clauses in national Constitutions; transfer of sovereign powers; European integration; “Italexit”; Art. 88 of the German constitution.

1. Introduzione

Nel 2014 il Parlamento europeo pubblicò uno studio sui limiti posti all’approfondimento dell’integrazione europea per effetto delle costituzioni nazionali, nonché sulle possibili strade per superare tali limiti. Oggetto di tale studio erano gli ordinamenti di tutti gli Stati membri, con un approfondimento particolare per dodici di essi (tra cui l’Italia). Il quesito di partenza era quello di indagare se, e in che misura, le costituzioni nazionali offrono una guida per tale approfondimento, e, simmetricamente, come quest’ultimo possa procedere nel pieno rispetto delle identità costituzionali. Lo studio coglieva, dunque, la duplice funzione fondamentale svolta dalle costituzioni degli Stati membri, che è quella di

legittimare l'integrazione europea e, al tempo stesso, di limitarla, o, se si vuole, di legittimarla ponendole dei limiti, tanto di forma (il famigerato "deficit democratico") che di sostanza (il rispetto dei diritti inviolabili). Il focus dello studio, tuttavia, era quello di individuare gli "ostacoli costituzionali" all'approfondimento dell'integrazione e le strade per superarli, in particolare attraverso revisioni dei trattati, revisioni delle costituzioni, o una combinazione di entrambe. Insomma, l'approccio di fondo era quello di considerare come un problema il grado di "rigidità costituzionale" presente in ciascuno Stato membro, con particolare riguardo alla possibilità di operare ulteriori cessioni di poteri in favore dell'UE.

Con un po' di malizia, si potrebbe leggere in tale approccio dello studio patrocinato dal Parlamento europeo un netto cambio di prospettiva rispetto al "momento costituente" dell'UE avutosi con la Costituzione europea siglata a Roma nel 2004. Se, all'epoca, si pensava di favorire l'approfondimento dell'integrazione attraverso una sostanziale legittimazione diretta degli atti fondativi dell'ordinamento europeo, trasformandoli nello strano ibrido del "trattato-costituzione", a distanza di alcuni anni dal ritorno alla semantica internazionalista di Lisbona si adotta l'approccio opposto. I trattati restano trattati, ma per agevolarne future modifiche contenutistiche occorrerà fare i conti con le costituzioni nazionali, eventualmente smussandone le asperità, o almeno aggirandole con sapienti artifici in sede di negoziato europeo, fino all'estrema ratio della concessione di *opting-out* a questo o quello Stato membro. Gli *opting-out* hanno tuttavia dei limiti, oltrepassati i quali la credibilità di tutto l'edificio europeo, e con esso la sua tenuta, rischia di andare in frantumi, come ben testimoniato dalle deroghe concesse ad alcuni Stati membri rispetto all'efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e, ancor di più, di quella concessa al Regno Unito alla vigilia della Brexit dal Consiglio europeo e dalla Commissione circa l'esonero di tale Stato dall'obiettivo politico dell'«unione sempre più stretta» di cui al Preambolo e all'art. 1.2 del TUE.¹

Obiettivo delle riflessioni che seguono è quello di indagare le interrelazioni tra Trattati europei e ordinamenti degli Stati membri per ciò che riguarda i meccanismi di "riparto" delle funzioni sovrane, al fine di evidenziare i differenti "metodi" di politica costituzionale adottabili dagli Stati membri nei confronti del processo dinamico di integrazione europea. Tali metodi possono ricomprendere la giurisprudenza delle Corti costituzionali, le revisioni costituzionali correlate all'integrazione europea assieme con l'introduzione di peculiari meccanismi di controllo parlamentare sull'operato dei rappresentanti nazionali nei due organi intergovernativi dell'UE, nonché le tendenze di lungo periodo espresse dalle forze politiche dominanti in ciascuno Stato membro, con particolare riguardo alla reazione di queste ultime dinanzi alle spinte per un coinvolgimento popolare

¹ Cfr. la 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, allegata alle Conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016.

diretto nelle più importanti scelte sull'integrazione. Trattasi, del resto, di elementi intimamente collegati tra loro, come si cercherà di mostrare.

Dopo aver operato una rapida rassegna delle norme dei Trattati europei interrelate con il cruciale tema delle "limitazioni di sovranità" degli Stati, ci si soffermerà sulle norme costituzionali nazionali comunemente indicate come "clausole europee", con particolare attenzione all'ordinamento italiano, le cui peculiarità verranno lette in controluce con gli spunti forniti dalla comparazione, soprattutto con l'ordinamento tedesco. Di quest'ultimo verrà analizzata, in conclusione, la clausola costituzionale sul trasferimento della c.d. "sovranità monetaria" di cui all'art. 88 GG, venuta alla ribalta nella saga giurisprudenziale sul programma OMT della BCE (caso *Gauweiler*). Quest'ultima clausola, in sostanza, subordina la costituzionalità dell'operato della BCE alle condizioni stabilite nei Trattati (e nello Statuto della BCE) dell'indipendenza della politica monetaria e della sua subordinazione al prevalente obiettivo della stabilità dei prezzi, legittimando, in tal modo e indirettamente, il controllo del BVerG sul rispetto di tale vincolo.

L'attenzione per l'ordinamento costituzionale tedesco, in generale, e per l'art. 88 GG, in particolare, si giustifica in base al dato – chiaramente emerso durante le fasi più convulse della crisi economica scoppiata nel 2008 – per cui l'eventuale uscita dall'Eurozona, per Paesi come l'Italia, è grandemente condizionata, non tanto dalle clausole costituzionali sulle limitazioni di sovranità, bensì dall'atteggiamento – anche istituzionale – che vorrà tenere il Paese egemone.

2. Il problema della sovranità nei Trattati europei: la sovranità è come la verginità?

Il progetto europeo che si rispecchia nei trattati è, come noto, un progetto privo di connotati statuali: mancano, in particolare, riferimenti espliciti alla sovranità. Il che, potrebbe dirsi, non è fenomeno estraneo alle costituzioni di stati federali. Nella Costituzione degli USA troviamo soltanto il riferimento contenuto all'art. VI (c.d. *Supremacy clause*), per cui «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof (...), shall be the supreme Law of the Land (...)». Un'affermazione comparabile sul primato del diritto dell'UE rispetto al diritto degli Stati membri (ivi compreso, teoricamente, il diritto costituzionale) la troviamo all'art. I-6 dell'abortito Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 2004.² Con l'inglorioso fallimento della ratifica di tale trattato-costituzione nei referendum francese e olandese del 2005, tale primato, dopo essere stato apertamente e solennemente dichiarato in quello sfortunato atto, è stato pudicamente enunciato (non nei Trattati, neppure in un Protocollo, bensì) in una Dichiarazione, la n. 17, priva di qualsiasi afflato "costituzionale" e, anzi, dal tono alquanto curialesco.³

² Articolo I-6 (*Diritto dell'Unione*): La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri.

³ Dichiarazione relativa al primato: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante

Tuttavia, a colpire non è solo l'assenza di un'auto-affermazione di sovranità, di "diritti sovrani" (gli *Hoheitsrechte* di cui all'art. 23.1 e 24 del Grundgesetz tedesco), o almeno di competenze sovrane, bensì il fatto che neppure la sovranità degli stati venga mai evocata. Nell'art. 1.1 TUE gli Stati membri, assai più prosaicamente di quanto evocato nell'art. 11 della Costituzione italiana o nell'art. 23.1 del GG tedesco⁴, attribuiscono all'UE «competenze per conseguire i loro obiettivi comuni».⁵ Il tanto citato art. 4 del TUE, dopo aver affermato (con clausola di stampo federale) che «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri» (art. 4.1), al suo paragrafo 2 non parla di rispetto delle sovranità degli Stati membri, bensì di rispetto della loro «uguaglianza davanti ai trattati e [del]la loro *identità nazionale* insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali» (corsivi aggiunti). Le funzioni dello Stato che, sempre nell'art. 4.2 TUE, l'Unione si impegna a rispettare non sono quelle "sovrane", bensì «le funzioni essenziali», in particolare quelle «di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale», la quale resta di competenza esclusiva statale.

È ancora l'art. 5 TUE a definire in termini di "competenza" il riparto di funzioni sovrane, stabilendo che «Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri» (art. 5.2, seconda proposizione).⁶

della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007 Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

⁴ Art. 23.1 GG: «Per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell'UE, che è impegnata al rispetto dei principi democratico, dello stato di diritto, sociale e federale, nonché di quello di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quella della presente Legge fondamentale. La Federazione può, a tal fine, trasferire diritti di sovranità [Hoheitsrechte] mediante legge approvata con l'assenso del Bundesrat. Per l'istituzione dell'Unione europea, come per le modifiche delle disposizioni dei trattati istitutivi e per le disposizioni equivalenti che comportino o consentano modifiche o integrazioni del contenuto di questa Legge fondamentale si applica l'art. 79, commi 2 e 3». Per il testo originale in tedesco e la sua traduzione ufficiale in inglese, cfr., rispettivamente, www.bundestag.de/grundgesetz e www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/.

⁵ Il che riecheggia quanto iscritto nell'art. 88-1 della Costituzione francese, secondo cui «La Repubblica partecipa all'Unione europea, costituita da Stati che hanno scelto liberamente di esercitare in comune alcune delle loro competenze (...)».

⁶ Cfr. anche l'art. 6.1, secondo cpv., TUE, secondo cui «Le disposizioni della Carta [dei diritti fondamentali dell'UE] non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati»; il concetto è ribadito nella stessa Carta, all'art. 51.2 (volto a scongiurare il fenomeno – ben noto all'ordinamento USA – dell'incorporation).

A caratterizzare la statualità, come noto, è la pretesa di esercitare la sovranità su un determinato territorio, tanto che predicare una sovranità a-territoriale, come fa il nostro art. 7 Cost. per l'ordinamento della Chiesa, è concetto alquanto spurio.⁷ Ebbene, i Trattati europei riferiscono il territorio sempre agli Stati membri (o ai paesi terzi), tranne in un caso.⁸ Ciò di cui è, invece, responsabile l'Unione è l'istituzione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» (art. 3.2 TUE; art. 67.1 TFUE).⁹

Se l'UE è, dunque, l'emancipatrice degli individui rispetto alle chiusure territoriali degli Stati membri, per ciò che riguarda la cittadinanza l'UE sembra invece rivendicare un rapporto più diretto e, almeno dal punto di vista retorico, più simile a quello di uno stato (federale): l'istituzione della cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht del 1992 ha infatti reso possibile il linguaggio paterno/materno dell'art. 3.2 TUE («l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà»), ecc., corsivi aggiunti).¹⁰

Sebbene le “clausole europee” nelle costituzioni degli Stati membri volte a legittimare l'integrazione europea siano, paradigmaticamente, quelle dirette ad autorizzare “limitazioni di sovranità” (come il nostro art. 11 Cost.), la parola sovranità, dunque, non compare mai nei trattati europei. È, questa, la controprova del fatto che la sovranità che si perde a livello nazionale non viene acquistata dall'UE? La sovranità, come la verginità, può essere persa senza che nessuno l'acquisti al posto del soggetto che la perde.¹¹ Nessun super-stato europeo, dunque, nessun “vampiro” delle sovranità nazionali, le quali, una volta cedute a piccole dosi, non vengono a ri-agglutinarsi attorno a una sovranità “di risulta”, quella “sovranazionale” europea.¹² Ciò perché l'UE, secondo la vulgata degli “anni d'oro”

⁷ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, 1970, 80.

⁸ Cfr. l'art. 153.1, lett. g), del TFUE, secondo cui l'UE «sostiene e completa l'azione degli Stati membri» nel settore (tra l'altro) delle «condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione».

⁹ Il riferimento allo spazio compare con l'Atto unico europeo del 1986, che aveva l'obiettivo di creare uno «spazio senza frontiere interne»: cfr. A. Supiot, *L'iscrizione territoriale delle leggi* (2008), in *Cartografie sociali. Rivista di sociologia e scienze umane*, n. 3/2017, 132s.

¹⁰ Cfr. anche gli artt. 3.5 e 13 TUE, l'art. 20 TFUE, nonché gli artt. 12.2 e 15.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in cui si parla di «cittadini dell'Unione». La Corte di giustizia tenderà di esaltare tale rapporto dell'UE con i “propri” cittadini, prefigurando per la cittadinanza europea il destino di «status fondamentale dei cittadini degli Stati membri»: cfr. Causa C-184/99, *Grzelczyk*, sent. del 20 settembre 2001, § 31; Causa C-413, *Baumbast*, sent. del 17 settembre 2002, § 82.

¹¹ N. McCormick, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel 'commonwealth' europeo* (1999), Bologna 2003, 249 (in cui la sovranità veniva contrapposta alla proprietà, cui può rinunciarsi solo a condizione che se ne avvantaggi qualcun altro). In termini parzialmente affini, cfr. N. Walker, *Late Sovereignty in the European Union*, in Id., *Sovereignty in transition*, Portland, Oregon, 2003, 22-24, secondo cui, in caso di conflitti tra stato membro ed entità sovranazionale, la ‘vittoria’ in capo a quest'ultima su una disputa ‘confinaria’ di nuova generazione (confini non territoriali, bensì funzionali) non metterebbe in discussione l'esistenza dell'altra entità politica (lo stato) e la sua perdurante sovranità territoriale (al netto dell'ambito funzionale ‘perduto’), diversamente da quanto accadrebbe in una disputa ‘tradizionale’ sui confini territoriali tra stati, il cui esito indefettibile sarebbe quello dell'annessione del territorio conteso a favore di un'unica autorità sovrana.

¹² Per una critica a tale impostazione funzionalista dell'UE, cfr., tra gli altri, A. Cantaro, *Europa sovrana. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari 2003; C. De Fiores, *Il fallimento della*

del neoliberismo, serve all'esaltazione della "sovranità individuale", della libertà dei privati, la cui libertà di circolare e, soprattutto, di far circolare i propri capitali, è da molto tempo esaltata e trasfigurata in strumento di miglior controllo dei propri governanti,¹³ ovvero di emancipazione dal proprio stato sovrano.¹⁴

In realtà, e più prosaicamente, l'occultamento della sovranità nei Trattati europei è spiegabile anche, e soprattutto, in base al dato per cui ogni auto-affermazione di competenze sovrane richiama immediatamente l'esigenza di supportare queste ultime con una legittimazione adeguata. Una legittimazione che, tranne per lo "strano caso" della politica monetaria,¹⁵ normalmente risiede nel sufficiente grado di democraticità delle procedure e dei soggetti incaricati di esercitare quelle competenze. Democraticità, come noto, di cui ancora l'ordinamento europeo fatica a dotarsi. Ed è proprio per questo, forse, che il BVerG, a partire dal *Maastricht-Urteil* del 1993, non ha avuto timore di imputare all'UE competenze sovrane, proprio al fine di metterne a nudo l'ancora troppo sottile legittimazione democratica, così da potersi riservare un controllo permanente sui limiti materiali di tali competenze (c.d. *Ultra-vires-Kontrolle*).¹⁶

3. (segue): l'implicito ossequio alla sovranità degli Stati membri nelle clausole dei Trattati europei

Sebbene mai espressamente nominata, la sovranità degli Stati membri è però tenuta in debita considerazione dai Trattati.

V'è innanzitutto l'ormai celeberrimo art. 50 TUE sul diritto di recesso dall'UE, che ha chiarito una volta per tutte la natura reversibile delle cessioni di sovranità. Il riferimento ivi contenuto alla decisione di recedere dall'Unione «conformemente alle proprie norme costituzionali» ha fatto prospettare la possibilità per tale articolo di porre sotto il controllo delle istituzioni dell'UE finanche l'esercizio di tale potere sovrano, conferendo a tali istituzioni – e in particolare alla Corte di giustizia – la competenza a sindacare la validità interna

Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2008. Sostiene che l'integrazione europea miri a sottrarre spazi alla sovranità nazionale al fine di disarmare la politica e il conflitto democratico in favore dell'avanzamento del progetto neoliberale, A. Somma, *Europa a due velocità. Pospolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia 2017, *passim*, ma spec. 29.

¹³ G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma-Bari, 1993, 7 e 389.

¹⁴ L'autodeterminazione individuale verrebbe appiattita, a livello nazionale, su una dimensione politica assorbente, mentre l'UE si incaricherebbe proprio di ampliare tale autodeterminazione, consentendo di trovare il proprio modello di 'vita buona' oltre i confini nazionali: F. De Witte, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflict of Justice in Europe*, in *Eur. Law Journ.*, Vol. 18, 2012/5, 699; lo stesso A., dopo le lezioni della crisi e dell'austerità, ha ribadito un simile ruolo emancipatore dell'UE, riconoscendo però il rischio che l'UE stessa costituisca una struttura di dominio rispetto alla quale latitano gli spazi 'politici' di resistenza e contestazione: F. De Witte, *Emancipation Through Law?*, in L. Azoulay, S. Barbou des Places, E. Pataut, *Constructing the Person in EU Law*, Oxford-Portland, 2016, 32s.

¹⁵ Su cui cfr. l'ampia disamina critica di O. Chessa, *La costituzione della moneta*, Napoli 2016.

¹⁶ Cfr. P. Faraguna, *Il 'sospettoso' cammino europeo del Bundesverfassungsgericht da Solange a Gauweiler*, in *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa, Atti del seminario annuale di "Diritti Comparati" Macerata 11 dicembre 2015*, in *La cittadinanza europea*, suppl. al n. 1/2016, 221ss.

della decisione di recesso, con ciò ingerendosi nella gestione dei rapporti tra organi sovrani di uno Stato membro nella delicata fase dell'exit.¹⁷ Assai interessante, a tal proposito, quanto affermato dalla Corte di giustizia nella recente sentenza *Wightman* del 2018,¹⁸ pronunciata nel contesto della saga della Brexit. Ivi la Corte di giustizia ha riconosciuto la facoltà dello Stato membro di revocare *unilateralmente* la propria dichiarazione dell'intenzione di recedere (facoltà contestata da Commissione e Consiglio europeo), supportando i propri argomenti anche attraverso l'evocazione del «diritto sovrano degli Stati membri di recedere dall'Unione» (§56), cui corrisponde l'altrettanto «decisione sovrana» di revocare unilateralmente la dichiarazione di voler recedere (§ 59), qualificata anche come «diritto unilaterale sovrano» (§72).¹⁹ Dunque, da un lato, la Corte di giustizia ha dimostrato la disponibilità a lasciarsi coinvolgere in conflitti costituzionali interni relativi all'esercizio del cruciale potere di recesso dall'Unione²⁰. Da un altro, e paradossalmente, ha evocato proprio la sovranità statale, quale istituto giuridico capace di permettere a uno Stato membro di *restare* nell'UE e di limitare i poteri del Consiglio europeo nella gestione di tale fase terminale dell'appartenenza all'ordinamento europeo. Nonostante questo ripetuto ossequio alla sovranità degli Stati membri, nella stessa decisione la Corte di giustizia sembra aver predisposto degli appigli atti a consentirle, in futuro, un sindacato nelle procedure interne relative alla decisione di uscita, appigli che si fondano proprio sui diritti dei cittadini coinvolti in tale decisione (tanto dello Stato uscente che degli altri Stati membri), in quanto «cittadini dell'Unione».²¹

Oltre a quanto già visto in relazione al diritto di uscita degli Stati membri, l'ossequio alla sovranità di questi ultimi è dato, in qualche modo, dall'art. 48 del TUE sulla revisione dei Trattati, secondo cui i progetti di revisione «possono (...) essere intesi ad accrescere o a ridurre le competenze attribuite all'Unione» (corsivi

¹⁷ A. Morelli, *È possibile svolgere un referendum d'indirizzo sulla permanenza dell'Italia nell'Unione europea?*, in *Osserv. cost.*, 2/2016, 12s. A. Miglio, *Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2019/12, 6, il quale cita la sentenza del Tribunale del 16 novembre 2018, causa T-458/17, Shindler e altri c. Consiglio, § 58, ai sensi della quale l'art. 50 TUE non comporta «che la decisione di recesso comporti, da parte delle istituzioni dell'Unione, una decisione di accettazione con cui tali istituzioni verifichino l'osservanza delle citate norme da parte dello Stato interessato».

¹⁸ CGUE, sent. 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*.

¹⁹ Sulla ripetuta evocazione della sovranità nella sentenza *Wightman*, cfr., in termini critici, G. Martinico, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Torino 2019, 183s.

²⁰ Il caso *Wightman* nasceva da un'azione giudiziale promossa dinanzi a una corte scozzese da alcuni parlamentari britannici (appartenenti sia al parlamento nazionale, che al parlamento scozzese, che, infine, al parlamento europeo) al fine di accertare il potere del Regno Unito di revocare unilateralmente la (già formulata) richiesta di recesso ai sensi dell'art. 50 TUE; la corte scozzese, a sua volta, sollevava la relativa questione pregiudiziale alla Corte di giustizia circa l'interpretazione da dare allo stesso art. 50 TUE; il Governo britannico interveniva in giudizio per sostenere l'irricevibilità di tale questione, mentre la Commissione e il Consiglio europeo, nel merito, sostenevano che solo se accolta all'unanimità dallo stesso Consiglio europeo, la revoca della richiesta di recesso avrebbe potuto produrre effetti.

²¹ Corte di giustizia, *Wightman*, cit., §64: «(L)'eventuale recesso di uno Stato membro dall'Unione può avere un'incidenza considerevole sui diritti di tutti i cittadini dell'Unione, compresi, in particolare, il diritto alla libera circolazione sia per i cittadini dello Stato membro interessato che per quelli degli altri Stati membri».

aggiunti), con ciò assicurando gli stessi Stati membri e i loro cittadini sulla reversibilità dei trasferimenti di competenze sovrane (le famigerate “cessioni di sovranità”) già effettuati.

Esistono poi riferimenti al potere di “freno” degli Stati membri (e, soprattutto, dei Parlamenti nazionali) in corrispondenza di tutte quelle disposizioni che rendono i Trattati europei capaci di “vivere di vita propria”, ossia di evolversi in senso espansivo dei poteri e delle capacità decisionali delle istituzioni europee senza bisogno di ricorrere alla pesante procedura di revisione. Oltre che nelle procedure di revisione ordinaria e semplificata (art. 48.4 e 48.6 TUE), il rinvio all’approvazione degli Stati membri «conformemente alle rispettive norme costituzionali» lo troviamo in altre significative previsioni dei Trattati.²² È chiaro che se, a fronte di tali rinvii alle procedure interne, le «norme costituzionali» degli Stati membri introducessero vincoli proibitivi, come ad es. una legge costituzionale eventualmente assistita da un referendum popolare, tali clausole dei Trattati ne risulterebbero fortemente depotenziate. E, in effetti, senza giungere alla fatidica necessità di un coinvolgimento popolare, il legislatore tedesco ha introdotto, per le revisioni semplificate, l’obbligo di approvare queste ultime tramite legge bicamerale, eventualmente ricorrendo alla procedura rinforzata contemplata per le revisioni costituzionali (maggioranza di due terzi di ciascuna Camera) e rispettando i limiti sostanziali alla revisione, secondo quanto stabilito dall’art. 79, commi 2 e 3, richiamati dall’art. 23 GG.²³ Il che è avvenuto in ossequio a quanto stabilito dal BVerG nel noto *Lissabon-Urteil*.²⁴

La stessa riflessione può essere fatta anche rispetto ad altre norme di rinvio implicito alle procedure decisionali interne contenute nei Trattati rispetto a materie “sensibili”. Si tratta, tra l’altro, delle c.d. “clausole passerella” (le quali consentono che determinate decisioni non siano più deliberate all’unanimità, bensì a maggioranza, o che sia seguita una procedura legislativa ordinaria anziché speciale: art. 48.7 TUE); delle decisioni in materia di cooperazione giudiziaria relative al diritto di famiglia (art. 81.3 TFUE); del ricorso ai c.d. poteri impliciti (art. 352 TFUE). Per questi casi, che potrebbero costituire, al pari delle revisioni

²² Nella previsione sulla difesa comune (art. 42.2 TUE); in quella sull’ampliamento dei diritti collegati alla cittadinanza europea (art. 25, secondo comma, TFUE); nella previsione sull’adesione dell’UE alla CEDU (art. 218.8 TFUE); nella previsione sull’introduzione di una procedura uniforme per l’elezione del Parlamento europeo (art. 223.1, secondo comma, TFUE); sull’allargamento della giurisdizione della Corte di giustizia a trattati sulla proprietà intellettuale (art. 262 TFUE); sull’istituzione di nuove categorie di risorse proprie per il bilancio dell’Unione, o sulla soppressione di quelle esistenti (art. 311, comma terzo, TFUE).

²³ §2 dell’*Integrationsverantwortungsgesetz* del 22 settembre 2009. I limiti sostanziali alla revisione costituzionale contenuti nell’art. 79.3 GG sono, come noto, il principio federale, la partecipazione dei Länder al procedimento legislativo, il rispetto della dignità umana e dei diritti inviolabili, della natura di stato democratico, sociale e federale della Germania, in cui tutti i poteri derivano dal popolo, secondo quanto enunciato dall’art. 1 e 20 GG, cui lo stesso art. 79.3 rinvia: cfr. P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *DPCE*, n. 2/2016, 431ss.

²⁴ *Lissabon-Urteil*, BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 und 2 BvR 182/09 (BVerGE 123, 267), del 30 giugno 2009, §§ 412ss. Una traduzione in italiano della sentenza, curata dal Prof. J. Luther, è disponibile sul sito della [Corte costituzionale italiana](#).

dei Trattati europei, altrettante occasioni di “trasferimento” all’UE di poteri sovrani degli Stati, i Trattati non richiedono un’approvazione espressa da parte dei parlamenti nazionali, bensì il loro coinvolgimento necessario a fini “oppositivi”, consentendo ai parlamenti degli Stati membri di opporsi entro un termine con effetti di blocco (art. 48.7 TUE e 81.3 TFUE) o almeno di freno (art. 352 TFUE²⁵) della decisione dell’UE volta all’ulteriore approfondimento dell’integrazione (il che, per i parlamenti nazionali, spesso equivale alla loro ulteriore emarginazione). Rispetto a queste ipotesi di rinvio, la risposta degli ordinamenti nazionali può essere diversa, passando dalla mera facoltà per il parlamento nazionale di adottare una deliberazione, entro il termine fissato dal Trattato, come avviene in Italia (art. 11, l. 234 del 2012) o in Francia (art. 88-7 Cost. fr.), al ben più gravoso assenso preventivo con legge (eventualmente *anche costituzionale*) al voto favorevole del rappresentante dello Stato nel Consiglio europeo, come avviene in Germania per effetto dei paragrafi 4.1, 4.2, 7, 8 dell’*Integrationsverantwortungsgesetz* del 2009, cit. Quest’ultima legge è stata adottata, come già accennato, in ottemperanza a quanto stabilito dal BVerG nel *Lissabon-Urteil*,²⁶ il quale ha, di fatto, subordinato l’evoluzione “autonoma” dell’ordinamento UE a condizioni costituzionali interne all’ordinamento tedesco dal tenore tanto vago quanto generico, quali sono i limiti alla revisione costituzionale contemplati dall’art. 79.3 GG.²⁷

Incidentalmente, vale la pena di svolgere un paio di considerazioni sulla decisione del BVerG citata da ultimo. Parte della dottrina italiana ne ha valorizzato gli elementi concilianti nei confronti dell’approfondimento dell’integrazione europea attraverso il c.d. metodo “comunitario” (contrapposto a quello intergovernativo), puntando a criticare i toni dei commentatori “catastrofisti” del *Lissabon-Urteil*.²⁸ Altri hanno giustificato certi toni enfatici del BVerG circa l’esigenza di presidiare la sovranità tedesca alla stregua del fatto che lo stesso giudice costituzionale tedesco è costretto a reagire «ad attacchi frontali, di principio, mossi alle leggi di ratifica dei trattati europei», attacchi su «questioni di fondo che difficilmente avrebbero la rilevanza processuale in un giudizio ordinario». ²⁹ Tuttavia, non sembra che le risposte del BVerG date ai ricorrenti nel *Lissabon-Urteil* servano «solo a rintuzzare gli attacchi in campo aperto», senza pregiudicare la giurisprudenza futura, la quale, all’atto pratico, si sarebbe

²⁵ L’art. 352.2 TFUE rinvia alla procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all’art. 5.3 TUE e al Protocollo n. 2 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

²⁶ *Lissabon-Urteil*, cit., § 319, ove si afferma la necessità di una «legge ai sensi dell’art. 23, comma 1, secondo periodo ed – eventualmente – terzo periodo del GG». Quest’ultimo, come noto, impone il ricorso alla legge costituzionale, con le forme e i limiti di cui all’art. 79 GG, qualora dalle norme di revisione dei Trattati europei (o per le «regolazioni analoghe») derivino modifiche o integrazioni allo stesso GG.

²⁷ Cfr. *supra*, nt. 23.

²⁸ E. Cannizzaro e M. E. Bartoloni, *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon-Urteil*, in *Il Dir. dell’UE*, 2010/1, 1 ss.

²⁹ R. Bin, *Gli effetti del diritto dell’Unione nell’ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 363ss. Cfr. anche P. Faraguna, *Il ‘sospettoso’ cammino europeo del Bundesverfassungsgericht*, cit., 211ss.

dimostrata conciliante nei confronti della Corte di giustizia.³⁰ Quelle risposte, come si è visto, hanno salvato, sì, il complessivo impianto del Trattato di Lisbona, consentendone la ratifica da parte della Germania, ma hanno, al contempo, imposto quegli aggravamenti interni sopra accennati, in relazione a tutte quelle clausole dei Trattati europei capaci di consentire all'ordinamento dell'UE di "vivere di vita propria". Il BVerG, grazie alla possibilità di pronunciarsi "in campo aperto" sulle questioni europee, ha così privato il Trattato di Lisbona «di quella capacità di evoluzione autonoma e dinamica che, in fondo, è quel che restava dell'ambizione costituzionale del Trattato firmato a Roma nel 2004. Con precisione chirurgica [...], il secco dispositivo della sentenza ha ridato al Trattato la sua veste classica di accordo internazionale».³¹

Ma vi è anche chi ha imputato al *Lissabon-Urteil* un pericoloso effetto emulativo da parte di altri ordinamenti, in particolare di quello britannico. La giurisprudenza del BVerG non ha prodotto solo influenze "retoriche", come accaduto nel discorso sull'UE tenuto dall'ex Premier britannico Cameron nel 2015,³² in cui, oltre a confermare il referendum sulla Brexit, Cameron illustrava i negoziati da lui condotti con il Consiglio europeo a difesa della sovranità britannica: nel far questo, egli si riferiva proprio alle modalità con cui il BVerG tutela la propria costituzione e la sovranità nazionale, conservando a sé il diritto di sindacare gli atti dell'Unione. Oltre influenze retoriche come questa, il *Lissabon-Urteil* ha ispirato profonde modifiche ordinamentali nel Regno Unito, quali, in particolare, l'introduzione del referendum popolare in aggiunta all'approvazione parlamentare di una serie assai ampia di decisioni delle istituzioni europee.³³ Modifiche che, se il Regno Unito fosse restato nell'UE, avrebbero avuto importanti ripercussioni tanto nell'ordinamento britannico che in quello europeo.

4. L'approfondimento dell'integrazione dal punto di vista degli ordinamenti nazionali: legittimazione "elitaria" o resistenza "dal basso"?

Tutti i riferimenti operati dai Trattati europei alle procedure costituzionali interne (o ai parlamenti nazionali) costituiscono un chiaro ossequio alla sovranità degli Stati membri, senza che quest'ultima sia menzionata. Si potrebbe, invero, anche

³⁰ Come dimostrato nella vicenda *Mangold*: R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano...*, cit.

³¹ L. Gianniti, *Brevi note sui profili interni del procedimento di revisione dei Trattati europei*, in *Astrid Rassegna*, n. 22/2010, 9.

³² Tenuto il 10 novembre 2015 a Chatham House, *Prime Minister's speech on Europe*.

³³ Lo European Union Act del 19 luglio 2011 (abrogato dallo European Union Withdrawal Act del 26 giugno 2018, Schedule 9) imponeva il ricorso al referendum in una serie assai ampia di casi: per tutte le decisioni sulle c.d. "clausole passerella"; per alcune tipologie di revisioni ordinarie e semplificate dei trattati (in particolare, quelle che ampliano gli obiettivi o le competenze dell'UE); a ciò si aggiungevano le decisioni relative all'eventuale adesione del Regno Unito all'eurozona, l'estensione dei poteri della Procura europea, la modifica ai protocolli di Schengen al fine di rimuovere i controlli alla frontiera; la stessa Camera dei Lord aveva proposto di ridurre il numero dei casi in cui imporre il referendum (più di 50 ambiti delle politiche dell'UE), ma la Camera dei Comuni rigettò tale proposta: P. Craig, *The European Union Act 2011: Locks, Limits and Legality*, in *CMLR*, n. 6/2011, 1916.

ritenere che questi riferimenti, oltre all'ossequio per la sovranità nazionale, contengono quello alla sovranità *popolare*, nel punto in cui pongono un'implicita condizione di "democraticità" delle decisioni – europee e nazionali – miranti all'approfondimento dell'integrazione. L'ordinamento dell'UE sembra basarsi, alla luce di questi rinvii alle «rispettive norme costituzionali» degli Stati membri, su una legittimazione "riflessa": tanto più l'accrescimento di poteri dell'Unione sarà basato su procedure nazionali democratiche, implicanti l'adeguato coinvolgimento dei parlamenti nazionali, tanto più legittimato sarà l'assetto dell'UE che esce da quelle procedure evolutive alternative alla revisione dei Trattati.³⁴

Esiste però un limite oltre il quale le procedure interne non servono tanto a legittimare democraticamente l'Unione, bensì semplicemente a paralizzarne l'avanzamento in termini maggior integrazione. Ossia, a rendere pressoché impossibile allo Stato membro interessato la cessione di ulteriori quote di sovranità. Il che, apparentemente, è quanto ha inteso fare il governo conservatore britannico con lo *European Union Act* del 2011, già menzionato sopra.³⁵

In Italia, paradigmatico esempio di quella dicotomia è dato dal confronto tra i diversi progetti di revisione costituzionale avanzati a partire dalla metà degli anni novanta del secolo scorso e volti a introdurre una procedura *ad hoc* per l'autorizzazione della ratifica delle revisioni dei Trattati europei. Nella bozza di revisione costituzionale redatta dalla Commissione bicamerale nel 1997 era previsto, all'interno di un'organica riscrittura di tutta la parte seconda della Costituzione, l'inserimento di un apposito Titolo VI dedicato alla «Partecipazione dell'Italia all'Unione europea», il cui art. 114 disciplinava sia le condizioni di partecipazione,³⁶ sia le procedure necessarie per consentire ulteriori limitazioni di sovranità.³⁷ A tal fine, sarebbe stato necessario, oltre a una legge approvata a maggioranza assoluta, anche un *referendum* approvativo eventuale, la cui iniziativa sarebbe spettata agli stessi soggetti di cui all'art. 138 Cost., ma con la peculiarità che, per l'iniziativa popolare, il *quorum* veniva significativamente innalzato a ottocentomila elettori, mentre restava la regola dell'art. 138 sull'assenza di un *quorum* di partecipazione.³⁸

³⁴ Una complicazione che, indubbiamente, presuppone l'insufficienza della legittimazione democratica offerta dalla duplice presenza dell'organo direttamente rappresentativo dei cittadini europei (il Parlamento europeo), e dell'organo indirettamente rappresentativo degli elettorati nazionali (il Consiglio).

³⁵ Cfr. *supra*, nt. 33.

³⁶ Art. 114 (del testo risultante nella versione del 4 novembre 1997), comma primo: «L'Italia partecipa, in condizioni di parità con gli altri Stati e nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento e dei diritti inviolabili della persona umana, al processo di unificazione europea; promuove e favorisce un ordinamento fondato sui principi di democrazia e di sussidiarietà.»

³⁷ Art. 114, comma secondo: «Si può consentire a limitazioni di sovranità con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. La legge è sottoposta a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla sua pubblicazione, ne facciano domanda un terzo dei componenti di una Camera o ottocentomila elettori o cinque Assemblee regionali. La legge sottoposta a *referendum* non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi.»

³⁸ Per il dibattito su tale parte della bozza di revisione costituzionale della Bicamerale, cfr. gli interventi di F. Sorrentino, P. Pasquino, G. Azzariti, S. Panunzio, M. Luciani, C. Pinelli, A.

In tale progetto, come si vede, non vi sarebbe stato l'obbligo costituzionale di un coinvolgimento popolare, come invece avviene sin dal 1987 in Irlanda in forza della giurisprudenza della Corte suprema irlandese.³⁹ Tuttavia, diversamente dalla revisione costituzionale, l'eventuale “quasi-unanimismo” espresso dai parlamentari di entrambe le Camere non sarebbe stato sufficiente a scongiurare l'incognita di un referendum popolare confermativo, la cui attivazione sarebbe stata rimessa all'iniziativa delle stesse minoranze parlamentari, delle minoranze territoriali (i cinque Consigli regionali), di un gruppo di elettori (ottocentomila).⁴⁰

Anzon, G.C. De Cesare, S. Stammati, S. Lariccia, M. Mazziotti di Celso, in *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, a cura S. Panunzio, Milano 1998, 315ss., interventi tendenzialmente critici rispetto a tale versione italiana delle “clausole europee”, specie per quanto riguarda il rischio che la procedura ipotizzata per le ulteriori limitazioni di sovranità potesse intralciare il processo di ulteriore integrazione. Federico Sorrentino, in particolare, riteneva il nuovo articolo costituzionale in questione come una novazione della copertura offerta dall'art. 11 Cost., «quasi che il processo di integrazione europea fosse stato sin qui sprovvisto di un valido fondamento costituzionale». Ancora più critico l'intervento di A. Manzella (*Costituzione all'europea*, in *La Repubblica*, 3 gennaio, che parlò di «protezionismo costituzionale» e di «controriforma mezzo secolo dopo»). In termini non critici, cfr. U. Allegretti, P. Caretti, *Riforma costituzionale, globalizzazione, “treaty-making power” e partecipazione italiana al processo di integrazione europea*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/1997, pp. 671ss., per i quali l'aggravamento procedurale alla ratifica non avrebbe rappresentato un'inutile complicazione rispetto alla strada fin qui seguita, bensì una innovazione in grado di coniugare la “vocazione” internazionalista della Costituzione italiana e le insopprimibili esigenze di una corretta dinamica democratica, nel solco delle esperienze di altri Stati membri. In termini favorevoli si espresse anche A. La Pergola, *Quale Europa-Artikel per l'Italia?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, 537 ss., spec. 541 (per il quale, come la riforma che introdusse l'Europa-Artikel nel Grundgesetz tedesco è caduta nello spartiacque storico della riunificazione della Germania, così il passaggio in Italia dalla prima alla seconda Repubblica ci avrebbe finalmente dato il nostro Europa-Artikel, così da «configurare uno Stato pienamente in grado di affrontare le sfide dell'integrazione»).

³⁹ *Crotty v An Taoiseach* [1987] IR 713 (9 aprile 1987). Cfr. M. Cahill, *Crotty after Pringle: The Revival of the Doctrine of Implied Amendment*, in *Irish Journal of Eur. Law*, Vol. 17, 2014, n. 1. In tale decisione, la Corte suprema irlandese ritenne che l'Atto unico europeo del 1986 non potesse approvarsi con semplice legge ordinaria, bensì previa revisione costituzionale. Il rinvio contenuto nella Costituzione irlandese al previgente Trattato di Roma del 1957 non poteva, infatti, dirsi sufficiente a coprire una profonda modifica di quest'ultimo trattato, implicante una parziale cessione di sovranità esterna agli organi della Comunità europea. Posto che, però, il procedimento di revisione costituzionale (artt. 46 e 47 della Costituzione irlandese) implica sempre il ricorso al referendum, ecco che, per effetto di tale decisione, la Corte suprema (con una maggioranza di tre membri del Collegio a due) ipotitava il futuro dell'integrazione europea per l'Irlanda, subordinando la ratifica di ogni futura versione dei trattati istitutivi europei all'approvazione popolare. Ne è derivato che l'Irlanda è uno degli stati membri con il più alto numero di referendum “europei” svoltisi fino a oggi (nove referendum relativi all'integrazione europea, ivi compreso quello svolto nel 2012 sul trattato c.d. Fiscal Compact, formalmente estraneo ai trattati istitutivi; riguardo al trattato di Lisbona, come noto, dopo un primo referendum con esito negativo nel 2008, nel 2009 si è “ripetuto” il voto popolare irlandese, stavolta positivo; stessa cosa avvenne nel 2001 e nel 2002 rispetto al trattato di Nizza).

⁴⁰ Oltre a questa proposta di revisione, in seno alla Commissione bicamerale “Berlusconi-D'Alema” era stata anche inizialmente proposta l'introduzione di un sindacato preventivo della Corte costituzionale sulle revisioni dei trattati europei, sul modello di Francia, Spagna e Germania, così da permettere alla Corte di subordinare, eventualmente, la ratifica a previe revisioni costituzionali, proposta bloccata all'origine per le critiche avanzate dai maggiori esponenti politici, tra cui l'allora Presidente della Commissione bicamerale D'Alema, il quale affermò che sarebbe stato «come se il sistema politico si deresponsabilizzasse e tutte le volte fosse la Corte costituzionale ad indicare quale procedura debba essere seguita» (cfr. C. Curti

Come interpretare il senso di simile riforma avanzata dalle forze politiche dominanti allora in Italia, non certo caratterizzate da euroscetticismo? Si potrebbe, forse, intravedere in quella proposta di riforma costituzionale il maturare della consapevolezza – o almeno l’insinuarsi del dubbio – che le forze politiche rappresentate in Parlamento non erano più così rappresentative da potersi assumere, *da sole*, la grave responsabilità di “ulteriori cessioni” di sovranità in favore dell’UE. Per simili ulteriori passi, sarebbe stato necessario coinvolgere – sia pure su richiesta delle “minoranze attive” – il corpo elettorale. Il che ha un retrogusto un poco paradossale, se si pensa che il passo fatidico della cessione di sovranità monetaria era stato già compiuto con le ordinarie procedure legislative nel 1992; ma è un po’ come se, nelle forze politiche uscite dalla fine della c.d. “Prima Repubblica”, si fosse raggiunta, con Maastricht, la consapevolezza che il livello di integrazione europea oramai raggiunto avesse portato gli Stati membri dell’eurozona sull’orlo della fatidica federalizzazione.⁴¹ Il tutto si inseriva e, pur con maggior difficoltà, si inserisce ancora oggi in quella visione per cui esisterebbe la possibilità raggiungere nuovi assetti costituzionali senza rotture, ossia la possibilità di esercitare scelte costituenti da parte di meri poteri costituiti. Il che veniva, negli anni novanta, pronosticato proprio in riferimento all’unificazione europea.⁴²

Di segno profondamente diverso è, invece, il progetto di revisione costituzionale portato avanti, a più riprese, dal partito della Lega Nord (oggi: Lega per Salvini premier) a partire dalla XIV Legislatura (quando la Lega faceva parte della coalizione di maggioranza di centro-destra). Nella proposta di legge costituzionale dei deputati leghisti «Modifica all’articolo 11 della Costituzione in materia di partecipazione dell’Italia all’Unione europea» (A.C.-2218), presentata il 23 gennaio 2002 e ritirata il 6 novembre 2003, il referendum approvativo-sospensivo, oltre a essere obbligatorio (sul modello irlandese) e non meramente eventuale, veniva subordinato al raggiungimento di un *quorum* partecipativo (della metà più uno degli aventi diritto), in assenza del quale non si sarebbe potuto promulgare la legge di autorizzazione alla ratifica neppure in caso di vittoria dei “sì”. Il che rendeva, evidentemente, assai più aleatorio, se non impossibile, l’esito

Gialdino, *Unione europea e trattati internazionali nelle riforme costituzionali della bicamerale*, Milano 1998, 46, nt. 81).

⁴¹ Testimonianza di queste aspettative la si rinviene anche nella dottrina, nei cui scritti si ricorre all’espressione “Stati pre-federativi” per designare la condizione degli Stati membri dell’UE: cfr. F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995, 309; A. Predieri, *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino 1998, 256.

⁴² Cfr. A. Baldassarre, *Il “referendum” costituzionale*, in *Quad. cost.* 1994/2, 245s. Ma cfr. quanto osservato da M. Luciani, *La Costituzione e gli ostacoli all’integrazione europea*, in *Pol. dir.*, n. 4/1992, 589, secondo cui la legittimazione di un nuovo ordine costituzionale europeo, ove gli Stati membri finiscano per appartenere a una vera e propria federazione europea, «non potrà mai venire dalla Costituzione del 1948, ma dal mero *fatto* della sua autoaffermazione. Dal punto di vista della nostra Costituzione d’oggi, l’instaurazione di quel nuovo ordine resterà – se mai avverrà – un fatto *extra ordinem*, epperò illegittimo». Sull’assenza di «una solenne “rottura con il passato”» nel processo costituzionale europeo, G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.* 2006/1, 12.

di ogni futuro procedimento di ratifica dei trattati europei.⁴³

La stessa Lega Nord spinse per sottoporre a referendum popolare la ratifica del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* del 2004. Identico tentativo, ugualmente infruttuoso, veniva fatto in occasione della ratifica del Trattato di Lisbona.⁴⁴

Queste iniziative di revisione costituzionale del partito italiano più coerentemente e tenacemente “eurosceptico” assumono un significato peculiare, se confrontate con la riforma avanzata nel 1997 dalla Commissione bicamerale. In occasione della ratifica del “trattato-costituzione” del 2004, la proposta leghista sembrava imitare quelle iniziative politiche che condussero molti governi europei a proporre il referendum popolare, tra cui quella del Presidente francese Chirac (in Olanda, invece, il referendum fu voluto dal parlamento).⁴⁵ Diversamente dal tentativo leghista di attivare una resistenza popolare contro il progredire dell'integrazione europea, queste iniziative miravano a invertire il ruolo “oppositivo” del referendum approvativo-sospensivo, posto che gli elettorati nazionali venivano sollecitati dall'alto, attraverso referendum “ottriati”, a fornire un surplus di legittimazione all'operazione “Costituzione europea” ideata dalle forze politiche *mainstream* dei singoli Stati membri.⁴⁶ Il senso della proposta leghista di coinvolgimento popolare diretto sembra, invece, opposto: nella presunzione che il progetto europeo sia un progetto “elitario”, fatto nell'interesse di pochi e potenti soggetti economico-finanziari, o di privilegiati cittadini “mobili”, più che nell'interesse della maggioranza dei cittadini di ciascuno Stato membro (o

⁴³ Cfr. Camera dei Deputati - XIV Legislatura, *Resoconto della I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni)*, seduta del 9 aprile 2002. In dottrina, cfr. le critiche all'eccessiva rigidità della regola sul *quorum* di M. Cartabia, *La revisione dell'art. 11 della Costituzione: una giusta esigenza, un discutibile rimedio*, in *DPCE*, n. 2/2003, 1529; T.E. Frosini (Audizione parlamentare presso la Commissione I, Affari costituzionali, della Camera, Seduta di martedì 24 settembre 2002, Resoconto stenografico, p. 12), R. Toniatti (*ibidem*, p. 25, che parla di “autodelegittimazione” del Parlamento).

⁴⁴ Cfr. il disegno di legge costituzionale (XVI Legislatura, Atto Senato n. 768), in cui si prevedeva un referendum obbligatorio sulla legge di ratifica di Lisbona (a prescindere, dunque, dalle maggioranze parlamentari eventualmente raggiunte), con *quorum* partecipativo della maggioranza degli aventi diritto, il mancato raggiungimento del quale avrebbe inibito la promulgazione della legge di autorizzazione alla ratifica. La relazione introduttiva di tale proposta spiegava che il senso della modifica costituzionale era quello di derogare una *tantum* all'art. 80 Cost., con una procedura valevole per la sola ratifica del Trattato di Lisbona, adducendosi come precedente il referendum d'indirizzo del 1989 sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo eletto nel 1989, referendum anch'esso introdotto con legge costituzionale. Cfr. L. Gianniti, *La ratifica italiana del Trattato di Lisbona*, in *Quad. cost.*, n. 2/2009, 407ss.

⁴⁵ Consultazioni referendarie sul Trattato di Roma furono svolte in Spagna, Francia, Olanda e Lussemburgo, mentre furono annunciate e poi bloccate – dopo l'esito negativo di Francia e Olanda – in Regno Unito, Irlanda, Danimarca, Repubblica ceca, Polonia e Portogallo. Cfr. Il Focus del Parlamento europeo *“Una Costituzione per l'Europa – il punto della situazione”*.

⁴⁶ Per A. Baldassarre, *Il “referendum” costituzionale*, cit., 247, il ricorso al *referendum* nel processo costituente avrebbe «un significato duplice, anche se non sempre concorrente in concreto: 1) conferire una formalizzazione al processo costituente, vale a dire un aspetto di legalità; 2) colmare l'eventuale *deficit* di legittimazione democratica delle decisioni “costituenti” impostesi in via di fatto ovvero approvate da organi della cui attuale rispondenza alla reale volontà popolare è possibile dubitare, quantomeno in relazione allo speciale ruolo “costituente” assunto o in via di assunzione».

dei cittadini europei, se si vuole), un partito ancora capace di radicamento territoriale, quale la Lega, scommette sulla incapacità degli avversari politici (che quel radicamento hanno invece perduto) di mobilitare a favore delle scelte “europeiste” dei vertici una base sempre più frastagliata e sempre meno “eurofila”.⁴⁷

5. Spunti di comparazione sui limiti al trasferimento di sovranità all’UE secondo la giurisprudenza costituzionale italiana, tedesca e francese.

Si è già accennato alla questione dei limiti costituzionali a un’eventuale federalizzazione degli Stati membri, quale orizzonte ultimo dell’integrazione europea. Sul tema, la nostra Corte costituzionale non si è espressa puntualmente, limitandosi a prospettare l’incostituzionalità di quelle leggi ordinarie che abbiano «ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell’art. 11 Cost.». ⁴⁸ Affermazione che difficilmente potrebbe interpretarsi nel senso dell’irreversibilità del processo di progressivo trasferimento di competenze all’UE, fino alla sua inevitabile trasformazione in senso federale. Ancora più difficile sarebbe derivare una simile conclusione dai laconici passaggi in cui la Corte ha utilizzato il termine “cessioni di sovranità” – anziché “limitazioni” – nelle sentt. nn. 348 e 349 del 2007,⁴⁹ o l’espressione «rinuncia a spazi di sovranità», nell’ord. n. 24 del 2017.⁵⁰

⁴⁷ È forse anche per questo che in dottrina si registrano sensibili mutamenti di approccio all’eventuale riforma delle procedure di ratifica dei Trattati europei: se alla vigilia delle ratifiche del Trattato-costituzione del 2004, si ipotizzava la necessità del ricorso alla legge costituzionale (o almeno a procedure aggravate di ratifica), dopo i referendum francese e olandese del 2005 quell’approccio è sembrato svanire: cfr. A. Guazzarotti, *Legalità senza legittimazione? Le “clausole europee” nelle costituzioni degli Stati membri dell’UE e l’eccezione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 2019/3.

⁴⁸ Sent. n. 170 del 1984, punto 7.

⁴⁹ Cfr. C. cost. n. 348/2007, punto 3.3 del *Considerato in diritto*; C. cost. n. 349/2007, punto 6.1 del *Considerato in diritto*. Sugli accesi dibattiti dottrinari del passato (suscitati in Italia dalla sentenza *Simmenthal* della Corte di giustizia, Causa 106/77 del 9 marzo 1978) relativi proprio all’incostituzionalità di vere e proprie ‘cessioni permanenti’ di sovranità, cfr. la ricostruzione di S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, 301ss., il quale rileva come le reazioni dottrinarie alla sentenza n. 170/1984 furono molto più prudenti e rassegnate. Cfr. anche G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino 2006, spec. 121ss. Sulla distinzione necessaria, alla luce dell’art. 11 Costi., tra limitazioni e cessioni di sovranità, cfr. P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino 1996, 208; nonché L. Melica, *Il Sistema europeo delle banche centrali e la sovranità degli Stati membri della Comunità europea: riflessioni sull’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1995/2, 397, 413 secondo cui la totale indipendenza della BCE costituisce una problematica eccezione al metodo di federalizzazione europea adottato fino a quel momento, il quale garantiva ai governi degli Stati il controllo della principale istituzione europea (il Consiglio), con ciò rispettando i vincoli costituzionali nazionali che ammettono solo ‘limitazioni’ e non definitive ‘cessioni’ di sovranità.

⁵⁰ Al punto 6 del diritto dell’ord. n. 24 del 2017 (caso *Taricco*), la Corte ha affermato che il primato del diritto dell’UE «riflette [...] il convincimento che l’obiettivo della unità, nell’ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell’unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita

Più esplicita, come noto, è stata la posizione del BVerG, il quale già nel *Maastricht-Urteil* del 1993 prefigurava il vincolo costituzionale del rispetto del principio democratico come compatibile con «una comunità di Stati organizzata in forma sovranazionale», nel presupposto che l'UE fosse un'associazione di Stati democratici «destinata a svilupparsi». ⁵¹ Dal che, specularmente, si sarebbe anche potuto dedurre che il principio democratico costituisca l'ostacolo a un'autentica federalizzazione, in base alla considerazione che «L'attribuzione di un eccessivo peso di compiti e funzioni alla responsabilità dell'associazione europea di Stati indebolirebbe fortemente la democrazia a livello statale». ⁵² In quell'occasione, tuttavia, le condizioni per un'evoluzione istituzionale tale da condurre l'UE verso la democrazia sembravano – al BVerG – rinvenirsi nei “fatti” (come la necessaria esistenza di un'opinione pubblica europea), più che nelle regole dei Trattati stessi, ammettendosi che le «condizioni di fatto» necessarie a tale fine potessero «svilupparsi nel tempo all'interno del quadro istituzionale dell'Unione europea». ⁵³

Diverso è stato, sul punto, l'approccio del BVerG nel *Lissabon-Urteil* del 2009, in cui più nettamente si afferma che il GG «non solo presuppone, ma garantisce anche la condizione di Stato sovrano della Germania» ⁵⁴, così da precludere l'entrata in uno stato federale della Germania, implicante la rinuncia «al diritto di autodeterminazione del popolo tedesco nella forma della sovranità». ⁵⁵ In entrambi i passi citati, per la verità, il BVerG non esclude che una «dichiarazione immediata di volontà del popolo tedesco» possa andare al di là dei limiti posti dal GG al potere costituito, incluso il potere di revisione costituzionale, ma questo, ovviamente, equivale a dire che una rottura della Costituzione è sempre possibile e non può essere governata dalla Costituzione stessa. L'impossibilità di fondersi in una futuribile federazione europea, invero, non è fondata sul solo GG, bensì anche sui limiti attuali dell'architettura istituzionale dell'UE, in particolare, della sua inadeguata democraticità.

A far problema, per il BVerG, è il Parlamento europeo: se nel *Maastricht-Urteil* del 1993 si patrocinava soltanto l'introduzione di una legislazione elettorale omogenea in tutti gli Stati membri ⁵⁶, nel *Lissabon-Urteil* del 2009 le pretese del BVerG sono assai più elevate. La natura non adeguatamente rappresentativa del Parlamento europeo è imputata al criterio della c.d. “proporzionalità digressiva” con cui vengono ripartiti i seggi tra gli Stati membri, criterio in forza del quale «il peso dei voti dei cittadini di uno Stato membro a basso grado di popolazione può superare di circa dodici volte il peso dei voti dei cittadini di uno Stato membro ad

nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri».

⁵¹ BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, del 12 ottobre 1993 (BVerfGE 89, 155), §C.I.b) e b1), (p. 690 della traduzione italiana realizzata da J. Luther, in *Giur cost.* 1994).

⁵² *Ibidem*, § C.I.b2) (p. 691 della traduzione italiana realizzata da J. Luther, cit.).

⁵³ *Ibidem*, §C.I.b1), in fine.

⁵⁴ *Lissabon-Urteil*, cit., §216.

⁵⁵ *Ibidem*, § 228.

⁵⁶ *Maastricht-Urteil*, cit., §C.I.b2) (p. 691 della traduzione italiana realizzata da J. Luther, cit.).

alto grado di popolazione». ⁵⁷ Il che, tuttavia, potrebbe anche essere letto alla stregua del noto schema “*solange*”, sui diritti fondamentali, così da ammettere una futura fusione della Germania in un’autentica federazione europea *a condizione che* il voto dei cittadini tedeschi valga quanto quello dei cittadini maltesi: un’ipotesi, invero, raggiungibile solo in astratto, posto che, in concreto, comporterebbe o l’esclusione del diritto di Malta (e di altri piccoli Stati membri) di avere almeno un seggio al Parlamento europeo, o un Parlamento europeo composto da più di tremila membri!

In Francia, il Conseil constitutionnel è solito condizionare la ratifica delle revisioni dei Trattati europei al rispetto delle “condizioni essenziali per l’esercizio della sovranità” (oltre che all’assenza di clausole contrarie alla Costituzione o ai diritti e alle libertà costituzionali) ⁵⁸, tuttavia ciò viene fatto al precipuo fine di pretendere una revisione costituzionale anteriore alla ratifica stessa, ⁵⁹ e non al più complicato fine di impedire l’entrata della Francia in un’autentica federazione europea. La dottrina italiana dei controlimiti, del resto, è strettamente imparentata con quella dei limiti alla revisione costituzionale, non troppo diversamente da quanto avviene in Germania. ⁶⁰ Sulla carta, anche la Costituzione francese pone delle condizioni espresse al potere di revisione costituzionale: al pari di quanto sancito all’art. 139 della Costituzione italiana, all’art. 89-5 di quella francese sottrae a revisione «la forma di governo repubblicana». Tuttavia, il Conseil constitutionnel si è dichiarato incompetente a sindacare le leggi di revisione costituzionale. ⁶¹ Ne deriva che, in generale, il potere di revisione costituzionale è, diversamente che in Italia e in Germania, pienamente sovrano ⁶² e che, in particolare, la decisione sul futuro dell’UE e sull’esito finale dei progressivi trasferimenti di sovranità sembra riservata alla politica, senza possibilità di controllo o di condizionamento *a priori* da parte del giudice costituzionale francese. ⁶³

⁵⁷ *Lissabon-Urteil*, cit., §284. L’argomento riaffiora anche nell’ordinanza sul programma della BCE “OMT” (BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14.1.2014, §59), in cui il BVerfG, rispondendo al profilo di censura del ricorso incentrato sul deficit democratico della BCE, aggravato dalla rappresentanza sub-proporzionale della Germania nel Consiglio della BCE, afferma che tale limitazione della legittimazione democratica è giustificata dall’indipendenza della BCE, a condizione che quest’ultima eserciti i suoi poteri solo al fine di garantire la stabilità dei prezzi attraverso la politica monetaria, senza esondare in altre politiche.

⁵⁸ Conseil constitutionnel, decisione n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, § 7; Cons. const. 2007-560 DC del 20 dicembre 2007, §§ 9, 12, 15, 16.

⁵⁹ Art. 54 Cost. fr.

⁶⁰ Cfr. P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015.

⁶¹ Cons. const., decisione n. 2003-469 DC del 26 marzo 2003, §§ 2-3.

⁶² Cfr. J. H. Reestman, *The Franco-German Constitutional Divide: Reflections on National and Constitutional Identity*, Eur. Const. Law Rev., 2009/3, 374ss.

⁶³ Tanto in relazione alla ratifica del Trattato costituzionale del 2004 che del Trattato di Lisbona, il Conseil constitutionnel ha tenuto a sottolineare, sulla scorta delle norme costituzionali specificamente dedicate all’UE (Titolo XV, artt. da 88-1 a 88-7), la distinzione tra organizzazioni internazionali e la «organizzazione permanente europea», nonché a riconoscere che «il potere costituente» (che per il lettore italiano corrisponde, in realtà, al potere di revisione costituzionale) ha, con l’art. 88-1 Cost. fr., «sancito l’esistenza di un ordinamento giuridico comunitario integrato all’ordinamento giuridico interno e distinto dall’ordinamento giuridico internazionale» (Conseil constitutionnel, decisione n. 2004-505 DC, cit., par. 6 and 11; cfr. anche Id., decisione n. 2007-560 DC, cit., par. 7 and 9).

Il che è spiegabile anche a partire dalla composizione dello stesso Conseil constitutionnel.⁶⁴

6. (segue): l'apparente assenza di limiti costituzionali all'eventuale fusione dell'Italia in un'Europa federale, alla luce dei dibattiti parlamentari

Pur in assenza di prese di posizione esplicite della nostra Corte costituzionale sui confini invalicabili del trasferimento di competenze sovrane, oltre i quali neppure l'art. 11 Cost. potrebbe spingersi, è interessante registrare l'approccio delle forze politiche *mainstream* in Italia su tale cruciale questione.

In occasione della discussione sulla legge di ratifica del Trattato di Maastricht (legge 3 novembre 1992, n. 454), il dibattito parlamentare registrò una netta convergenza delle forze politiche a favore della ratifica. Quanto alla questione pregiudiziale posta dalle forze di minoranza (Rifondazione comunista e MSI), circa l'esigenza di indire un referendum popolare in ossequio alla sovranità popolare, eloquente fu la presa di posizione delle forze di maggioranza, in particolare alla Camera. Il relatore alla Camera, on. D'onofrio, e il Ministro degli esteri Colombo, ivi intervenuto, affermarono la sufficienza dell'art. 11 Cost. per dare copertura costituzionale a pressoché qualsiasi futura tappa dell'integrazione europea, ossia, la sufficienza della legge ordinaria per qualsiasi ulteriore cessione di sovranità, fino all'estremo esito della federalizzazione.⁶⁵

Ma altrettanto significativa è l'analisi dei dibattiti parlamentari svoltisi in occasione della già menzionata proposta di revisione costituzionale della Commissione bicamerale, nel 1997. Per la relatrice di maggioranza al Senato (sen. Marida Dentamaro, CDU), «l'accelerazione del processo di unificazione europea, già pienamente legittimato dalle pronunce della Corte costituzionale sui trattati e dal referendum popolare d'indirizzo del 1989, impone di affrontare per il futuro il tema delle garanzie democratiche del processo medesimo...»; le limitazioni di sovranità avvenute fino a quel momento, sebbene «autorizzate in passato con legge ordinaria e quindi con qualche forzatura interpretativa dell'art. 11 della Costituzione vigente, sono state da tempo legittimate pienamente [...] dalla Corte costituzionale e dalla volontà popolare».⁶⁶

Dunque, da un lato, non sembrano esistere limiti costituzionali al processo di unificazione europea, se non l'esigenza che questo esibisca «garanzie democratiche»; da un altro lato, questo processo sarebbe stato legittimato – oltre che dalla Corte costituzionale – anche dalla «volontà popolare» nel referendum popolare d'indirizzo del 1989. Un referendum di cui vale la pena di ricordare le

⁶⁴ Basti pensare che la decisione sul trattato di Lisbona (n. 2007-560 DC, cit.), è stata adottata da un Collegio presieduto da un politico di lungo corso, come Jean-Louis Debré, deputato dal 1986, e composto, tra gli altri, dall'ex Presidente della Repubblica Jacques Chirac.

⁶⁵ S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 307ss., il quale si chiede retoricamente se non sia la stessa Costituzione, per il tramite dell'art. 11, ad aver progettato il proprio «suicidio»: *ibidem*, 442.

⁶⁶ *Relazione sul Parlamento e le fonti normative e sulla partecipazione dell'Italia all'UE* della Senatrice Marida Dentamaro (CDU), Atto Camera n. 3931 A, atto Senato n. 2583 A (riportato da Curti Gialdino, *Unione europea e trattati internazionali ...*, cit., 458ss.)

peculiarità, per non dire le vere e proprie anomalie costituzionali: svoltosi contestualmente alle elezioni per il Parlamento europeo nel giugno 1989, tale referendum d'indirizzo fu indetto in forza della l. cost. n. 2/1989⁶⁷, approvata quasi all'unanimità dai parlamentari di entrambe le Camere; il suo quesito (approvato con maggioranze plebiscitarie dal corpo elettorale) recava la seguente formula: «Ritenete voi che si debba procedere alla trasformazione delle Comunità europee in un'effettiva Unione, dotata di un governo responsabile di fronte al Parlamento, affidando allo stesso Parlamento il mandato di redigere un progetto di Costituzione europea da sottoporre direttamente alla ratifica degli organi competenti degli stati membri della Comunità». Un referendum che, stante il suo oggetto (un mandato al Parlamento europeo), era per definizione impossibilitato a produrre effetti giuridici di sorta.⁶⁸ Pertanto, il responso popolare ampiamente positivo che si ebbe in quell'occasione ben difficilmente potrebbe giungere a legittimare – a scatola chiusa – ogni futura decisione di approfondimento dell'integrazione europea, ossia ogni ulteriore trasferimento di competenze sovrane all'UE.

E tuttavia, ancora nel 2005, quel *referendum* d'indirizzo – dimenticato da gran parte dell'elettorato italiano – fu nuovamente evocato dalle forze politiche rappresentate in Parlamento. In occasione della discussione sulla legge di ratifica del “Trattato costituzionale”, si svolse un dibattito in seno alla III Commissione alla Camera⁶⁹ in cui, dopo l'effettuazione di audizioni informali di alcuni autorevoli costituzionalisti (Cartabia, Caravita di Toritto, Luciani, Pizzetti e Ferrara), ci si interrogava sulla possibilità/doverosità di integrare il procedimento di ratifica con una consultazione popolare, al pari di quanto stava avvenendo in molti altri Stati membri. Ma visto che il Trattato costituzionale, al di là del nome, restava un trattato regolato dal diritto internazionale, ne conseguiva che la procedura di ratifica costituiva un problema di diritto interno, non rilevante per il diritto internazionale. «Ne deriva che la scelta di alcuni Paesi di attivare procedure interne di livello costituzionale, attenendo alla relativa dimensione interna, non è

⁶⁷ *Indizione di un referendum di indirizzo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo che sarà eletto nel 1989.*

⁶⁸ Cfr., criticamente, B. Caravita, *Il referendum sui poteri del parlamento europeo: riflessioni critiche*, in *Pol. dir.*, n. 2/1989, 319ss., in cui, fra l'altro, si dava conto di come il PCI fosse stato uno dei più forti sostenitori di tale referendum. Cfr. anche A. Baldassarre, *Il “referendum” costituzionale*, cit., 256ss.; M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino 1997, 517. Di recente, cfr. A. Morelli, *È possibile svolgere un referendum d'indirizzo...*, cit., 4ss., che si interroga sulla possibilità di conferire un “mandato costituente” da parte di un potere costituito (esercitato nelle forme della legge costituzionale), per poi ritenere l'ammissibilità, alla luce del presupposto implicito dell'obbligo di rispettare, da parte del “mandatario”, «i principi supremi posti alla base dell'ordinamento nazionale vigente». Cfr., inoltre, A. Miglio, *Le incertezze dell'Italexit...*, cit., 18s., che argomenta per l'incostituzionalità di consultazioni popolari come quella del referendum d'indirizzo del 1989, citando a supporto la sent. n. 496 del 2000 della Corte costituzionale, in materia di referendum sull'autonomia del Veneto.

⁶⁹ Relazione della III Commissione permanente (Affari esteri e comunitari) presentata alla Presidenza il 17 gennaio 2005 (relatore on. Gustavo Selva) sul disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio (Berlusconi) e dal Ministro degli Affari esteri (Frattoni) “Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004 (atto Camera n. 5388-A).

necessariamente emulabile negli altri Paesi».70 Prima di giungere a tale – formalmente corretta – conclusione, la relazione si premura di dare conto che in Italia, «in vista dell’entrata in vigore del Trattato di Maastricht e prima della sua ratifica», si è celebrato un referendum consultivo sull’UE.71 Che il referendum d’indirizzo del 1989 fosse collegato all’entrata in vigore di Maastricht costituisce una “bugia” già stigmatizzata in dottrina.72 Ma, come si è visto, si tratta di una bugia che i politici italiani – almeno quelli appartenenti al mainstream europeista – si erano già raccontati nella precedente occasione del tentativo di riforma costituzionale operato con la Commissione bicamerale nel 1997.73

La Relazione prosegue, invocando argomenti tesi a contrastare l’ipotesi della consultazione referendaria, rilevando, tra l’altro, come l’art. 80 Cost. si riferisca esplicitamente a leggi ordinarie per l’autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, senza pertanto ammettere il ricorso a leggi costituzionali, le quali vengono specificamente individuate da rinvii operati dalla Costituzione in altre sedi, come l’art. 132 per la fusione di regioni esistenti o la creazione di nuove.74 Il ragionamento del relatore di maggioranza tocca, qui, il paradosso per cui, mentre per la fusione delle regioni è necessaria la legge costituzionale, l’eventuale “fusione” dello Stato italiano in una federazione europea operata attraverso successive revisioni dei trattati europei non potrebbe che aversi attraverso leggi ordinarie, approvate all’ombra dell’art. 11 Cost.75

Al netto di paradossi costituzionali e “bugie” sul referendum del 1989, quest’ultimo documento parlamentare si inserisce all’interno di una costante della politica estera italiana che risale alle origini della costruzione europea. Già l’adesione immediata nel 1950 al piano Schuman per l’istituzione della CECA fu decisa dalle forze politiche di maggioranza al duplice fine di ottenere un riconoscimento diplomatico di parità con la Francia e di promuovere la mobilità della manodopera, in coerenza con il tradizionale bisogno italiano di risolvere con l’emigrazione la carenza di sbocchi occupazionali interni.76 Similmente, l’iniziativa di De Gasperi di completare con un’Unione politica il progetto francese di una Comunità europea di difesa (CED) mirava a imporre, attraverso l’integrazione politica, il ruolo paritario dell’Italia rispetto ai maggiori partner europei, onde

70 P. 10 della Relazione della III Commissione alla Camera, cit.

71 *Ibidem*, p. 9.

72 Cfr. quanto già criticamente osservato da Luciani, sull’effetto che l’ampio consenso ottenuto nel referendum di indirizzo del 1989 aveva prodotto sull’idea della sufficiente copertura dell’art. 11 Cost. delle ulteriori limitazioni di sovranità avutesi con Maastricht (M. Luciani, *La Costituzione e gli ostacoli all’integrazione europea*, cit., 589)

73 Cfr. *supra*, nt. 66.

74 P. 11 della Relazione della III Commissione alla Camera, cit.

75 La Relazione enfaticamente osserva come l’art. 11 Cost. continui a governare l’ingresso delle norme comunitarie nell’ordinamento italiano, legittimando le corrispondenti limitazioni di sovranità, rilevando come sia stato «proprio l’art. 11 che ha consentito una delle più significative limitazioni di sovranità dell’Italia dal dopoguerra: la sostituzione della lira con l’euro» (*ibidem*, p. 12).

76 A. Varsori, *L’europeismo nella politica estera italiana*, in L. Tosi, *L’Italia e le organizzazioni internazionali*, Padova 1999, 396, in cui si evidenzia come già nei primi anni cinquanta del secolo scorso sia le élite che la stessa CISL cominciarono a considerare l’Europa come un’opportunità per la progressiva modernizzazione del Paese.

superare le condizioni di inferiorità strategico-militari ed economiche in cui versava il Paese.⁷⁷ L’iniziativa italiana per l’integrazione politica proseguì anche dopo il fallimento della CED, tanto che il nostro Paese divenne, già alla fine degli anni sessanta, «uno dei più aperti sostenitori dell’elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo»,⁷⁸ “sogno” coronato nel 1979. Eco di un tale uso strategico dell’integrazione europea da parte delle élites politiche italiane lo si ritrova nelle parole di Giuseppe Guarino, quando alla vigilia di Maastricht sosteneva che solo una progressiva integrazione con esiti federativi avrebbe potuto riequilibrare le sorti degli stati deboli rispetto a quelli forti.⁷⁹

7. *Italexit* e dintorni: l’appartenenza all’UE è un obbligo costituzionale?

Si è visto come il giudice costituzionale tedesco abbia, nel *Maastricht-Urteil* e – più ancora – nel *Lissabon-Urteil*, posto inequivocabili paletti alla futura federalizzazione dell’UE. Lo ha fatto indirettamente, esplorando i limiti oltre i quali la “clausola europea” dell’art. 23 GG non può legittimare trasferimenti di sovranità (ossia, se si vuole, legittimare non meri trasferimenti di competenze sovrane, bensì la cessione dell’autentica sovranità).

In Italia le cose stanno in modo un poco diverso. Oltre ad autorizzare il ricorso alla legge ordinaria per operare le «limitazioni di sovranità» in favore dell’UE previste all’art. 11 Cost., la Corte costituzionale non ha detto molto circa i confini (procedurali e sostanziali) superati i quali tali limitazioni con (mera) legge ordinaria possono spingersi. Per quanto riguarda la dottrina, invece, in passato essa si è posta tale domanda, giungendo a risposte variegate.⁸⁰ Oggi il dibattito dottrinario, sulla scorta dei venti della crisi economica e della Brexit, si è spostato sul versante opposto: dai limiti posti dalla Costituzione a una fusione federale, a quelli – contrari – sul potere degli organi politico-costituzionali di recedere dall’UE.

Per tentar di rispondere alla domanda sui limiti costituzionali all’*Italexit*, occorre partire dalla constatazione che le limitazioni di sovranità autorizzate dall’art. 11 Cost. sono subordinate ai requisiti dell’effettivo perseguimento di «pace e giustizia tra le nazioni» da parte dell’entità sovranazionale alla quale si

⁷⁷ *Ibidem*, 399.

⁷⁸ *Ibidem*, 407.

⁷⁹ G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, n.1, 1992, 45, 48.

⁸⁰ Cfr. M. Luciani, *La Costituzione e gli ostacoli all’integrazione europea*, cit., 589; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 442, il quale lascia trapelare l’eccessiva prova di elasticità cui è stato sottoposto l’art. 11; P. Costanzo, *La Costituzione italiana di fronte al processo costituzionale europeo*, in *Consulta online*, 2007, che stigmatizza la deresponsabilizzazione del potere politico causata dalla giurisprudenza costituzionale sull’art. 11 Cost.; A. Ruggeri, *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XXII. Studi dell’anno 2018*, Torino 2018, pp. 561s., il quale, pur lamentando l’insufficienza della copertura dell’art. 11 a legittimare la ratifica dei Trattati europei con mera legge ordinaria, ritiene che «per ragioni storico-politiche a tutti note, non c’erano al tempo dell’avvio della costruzione europea e, forse, non ci sono neppure oggi da noi (e a differenza di ciò che si è avuto in altri ordinamenti) le condizioni per l’adozione di una *Europaklausel* a mezzo delle procedure di cui all’art. 138».

trasferiscono quote di sovranità, cui accede l'ulteriore requisito della «condizione di parità tra gli Stati».⁸¹ Se si presta, dunque, la debita attenzione a tali condizioni costituzionali, la questione dell'*exit* si riduce alla domanda su quale degli organi costituzionali sia legittimato a valutare la perdurante sussistenza di quelle condizioni costituzionali; l'eventuale soluzione della spettanza di tale prerogativa al potere politico dovrebbe, poi, chiarire l'ulteriore quesito sulle forme di tale valutazione, se con mero atto di indirizzo dal Parlamento al Governo; oppure con legge ordinaria o di revisione costituzionale; o, infine, con il coinvolgimento popolare, tramite referendum "d'indirizzo".

I passi della giurisprudenza costituzionale italiana citati sopra (§ 5) non sembrano fornire appigli sufficientemente solidi per prefigurare una "dottrina" della Corte sui limiti all'Italexit. Il passo più significativo è quello in cui la sentenza *Ganital* (n. 170/1984, punto 7) parla di un possibile sindacato volto ad «accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.». Da ciò potrebbe intendersi che una «non ingiustificata» restaurazione della piena sovranità da parte del legislatore ordinario non sarebbe contraria allo stesso art. 11 Cost. Il che potrebbe avvenire anche in maniera "parziale", rimuovendo non tutti e contemporaneamente i limiti alla sovranità imposti dall'appartenenza all'UE, ma solo quelli relativi, per es., alla c.d. "sovranità monetaria", magari approvando una legge che introduca una qualche forma di moneta parallela.

Vero è che, dal 1984, molte cose sono successe, una per tutti l'entrata nell'Eurozona dell'Italia, la quale rende impraticabile l'ipotesi di uscita dal punto di vista economico-finanziario, prima che giuridico, almeno per Stati membri come il nostro. Oltre a questo radicale mutamento delle coordinate dell'appartenenza all'UE, rispetto all'ormai lontano 1984, sono stati introdotti, nella Costituzione italiana, una serie di richiami all'ordinamento UE, primo fra tutti quello del rispetto dei vincoli comunitari da parte – non solo – del legislatore regionale, bensì anche di quello statale (art. 117, comma primo, Cost.).⁸² A questo se ne sono poi

⁸¹ A. Morelli, *È possibile svolgere un referendum d'indirizzo...*, cit., 9 («il processo di cessione di sovranità prefigurato nell'art. 11 Cost. non è irreversibile e deve essere comunque funzionale alla sopravvivenza e allo sviluppo di un ordinamento effettivamente in grado di assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni. Qualora non fosse più possibile riscontrare tale condizione, l'uscita del Paese dall'Unione potrebbe rivelarsi funzionale a salvaguardare lo stesso patrimonio indisponibile di principi e valori, che rappresenta il "nucleo duro" dell'ordinamento costituzionale.»). Per R. Bin, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea. Una conclusione*, in *DPCE*, n. 3/2019, 910 (per il quale le condizioni «precise» stabilite all'art. 11 Cost. imporrebbero «alle nostre istituzioni costituzionali di mantenere il controllo sul modo in cui funzionano (la parità) e operano (i fini) le istituzioni europee (e la CEDU stessa)»). Cfr. anche A. Miglio, *Le incertezze dell'Italexit...*, cit., 8ss., ove si richiamano, tra gli altri, E. Cannizzaro, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991, 304, nt. 58, e F. Sorrentino, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970, 100.

⁸² Il che comporterebbe, per alcuni, l'impossibilità di «leggi di rottura» come quelle un poco ambiguamente prefigurate dalla sent. n. 170/1984: Gaja, Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2014, 192s.

aggiunti altri.⁸³

La modifica del quadro costituzionale, pur in assenza di una clausola europea paragonabile a quelle di Stati come la Germania o la Francia, potrebbe avvalorare l'opinione quanti sostengono la natura di obbligo costituzionale dell'appartenenza dell'Italia all'UE.⁸⁴ Per altri, al contrario, neppure in presenza di quei riferimenti costituzionali espressi all'UE risulta sostenibile una così vistosa asimmetria tra dispositivi di trasferimento della sovranità (mere leggi ordinarie) e dispositivi di riacquisto della stessa (revisioni costituzionali).⁸⁵

L'assenza di procedimenti costituzionali di controllo preventivo sulle leggi di ratifica dei Trattati europei (diversamente da quanto accade regolarmente in Germania e in Francia, oltre che in molti altri Stati membri) sembrerebbe porre la Corte al margine di simili scenari, potendo essa eventualmente intervenire soltanto dinanzi al fatto compiuto, con tutte le difficoltà che ne conseguono.⁸⁶ Più cruciale sembra, a tal proposito, il ruolo del Capo dello Stato, come testimoniato dalle vicende della gestione della crisi economico-istituzionale del 2011 (sostituzione "pilotata" del Governo Berlusconi con quello Monti, grazie alla regia dell'allora Presidente Napolitano⁸⁷), e in quelle della difficoltosa formazione del Governo Conte I.⁸⁸ Se mai forze politiche "anti-europee" (o semplicemente

⁸³ Cfr. gli artt. 97.1, 122.2, 117.2-3-5, 119.1 e 120.2, Cost. Cfr. R. Bin, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quad. cost.*, 2018/4, 820ss.

⁸⁴ Cfr. A. Ruggeri, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, 1593s.; F. Fabbrini, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2018, 290.

⁸⁵ R. Bin, *Italexit? ...*, cit., 822s.; G.L. Tosato, *Italexit: basta una maggioranza semplice per lasciare l'Ue?*, in *Affarinternazionali*, 20 settembre 2018, il quale, pure, sollecita l'introduzione di una revisione costituzionale diretta a escludere espressamente l'opzione di uscita rimessa alla semplice legge ordinaria.

⁸⁶ È la possibilità di pronunciarsi preventivamente sulla ratifica dei Trattati europei che ha consentito al BVerG di fissare, come visto sopra, quelle condizioni sull'evoluzione dell'ordinamento europeo (e di quello tedesco, ovviamente), nel *Maastricht* e nel *Lissabon-Urteil*, una facoltà che il BVerG si è ricavato pretoriamente, ammettendo l'accesso tramite ricorso diretto per violazione dei diritti fondamentali (*Verfassungsbeschwerde*) di quei cittadini tedeschi invocanti la violazione del proprio diritto di voto (art. 38 GG) da parte di leggi di ratifica dei Trattati europei. L'assenza di un simile strumento a disposizione della Corte costituzionale italiana era, un tempo, problematizzato dalla dottrina: F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, cit., 358ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 440.

⁸⁷ Cfr. F. Marone, *Prime riflessioni sul governo tecnico nella democrazia maggioritaria italiana*, in www.gruppodipisa.it; A. Ruggeri, *L'art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"*, in *Percorsi costituzionali*, 2011, 25 ss.; T. E. Frosini, *Anatomia e anomalia di un governo tecnico*, in *Rass. parl.*, 2012, 5 ss.; R. Manfellotti, *Profili costituzionali del governo tecnico*, in *Forumcostituzionale* (11.10.2013).

⁸⁸ Il Presidente della Repubblica Mattarella ha, come noto, inizialmente rifiutato di dar vita a un Governo sostenuto da Lega e M5S, nonostante la disponibilità dello stesso premier incaricato (Conte) e le relazioni positive di entrambi i Presidenti delle Camere, a causa della presenza, nella compagine governativa proposta dallo stesso Conte (e decisa da quei due partiti) di una personalità, quale l'ex Ministro Paolo Savona, cui non si sarebbe potuto – nella sostanza – affidare l'incarico di Ministro dell'Economia, in virtù delle prese di posizione dello stesso Savona sull'opportunità di uscita dall'Eurozona in caso di necessità. Nella dichiarazione che a ciò è seguita (del 27 maggio 2018), il Presidente della Repubblica, dopo aver ricordato di aver chiesto, per il Ministero dell'Economia, l'indicazione di un esponente che «non sia visto come sostenitore di una linea, più volte manifestata, che potrebbe provocare, probabilmente,

favorevoli all'uscita dall'Eurozona) prendessero stabilmente il sopravvento, fino a poter controllare l'elezione di un futuro Presidente della Repubblica, si innescerebbero probabilmente i presupposti istituzionali per un mutamento (anche radicale) della lettura dell'art. 11 Cost., in riferimento all'UE.

Il dato giuridico-costituzionale rischia, in tali ipotesi limite, di fare “i conti senza l'oste”, posto che l'attivazione di pesanti procedure parlamentari (quali la legge costituzionale per attivare procedure di “exit”) sembrano precluse a Stati come il nostro, la cui esposizione sui mercati finanziari dei debiti sovrani potrebbe rapidamente aggravarsi in virtù della mera attivazione di quelle procedure, fino al punto da rendere l'uscita (almeno dall'euro) una scelta ineluttabile e urgente, dato che solo attraverso la ridenominazione del debito pubblico in una moneta nazionale sarà possibile per lo Stato italiano soddisfare i suoi creditori.⁸⁹

8. L'art. 88 del *Grundgesetz* tedesco: una “clausola europea” capace di condizionare il futuro della BCE e dell'Eurozona?

350

L'*Italexit* è – almeno dal punto di vista economico-finanziario – poco gestibile attraverso formule cartesiane che pongano rigorose condizioni costituzionali a un processo politico certamente destinato a svolgersi – se mai accadrà – nel caotico scenario dell'estrema necessità e urgenza di fronteggiare rapidamente una crisi di fiducia dei mercati internazionali. Più plausibile è lo scenario di una decisione in tal senso dell'unico Stato, la Germania, che – forse – può giungere alla conclusione di uscire, se non dall'UE, almeno dall'eurozona, senza subire pesanti ripercussioni economico-finanziarie. È per questo che, a mo' di conclusione di questo excursus, appare opportuno interrogarsi sulle condizioni costituzionali poste dal GG sulla permanenza nell'euro dello stato tedesco.

Se l'art. 11 della Costituzione italiana è stato usato come una “clausola europea” senza averne le caratteristiche genetiche, nelle Costituzioni di altri Stati membri, a partire dal Trattato di Maastricht, esistono autentiche clausole europee specificamente preposte a legittimare – e limitare – le limitazioni di sovranità in favore dell'integrazione europea. I commentatori sono soliti soffermarsi, in

o, addirittura, inevitabilmente, la fuoriuscita dell'Italia dall'euro», ha affermato essere suo dovere tutelare i risparmiatori. In dottrina, con vari accenti, cfr. V. Baldini, *Il veto assoluto alla nomina di un ministro e la formazione del governo del Presidente: uno sbrego della Costituzione?*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2018; A. D'Aloia, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso 'Savona'*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2018; M. Esposito, *Spunti per un'analisi delle variazioni costituzionali percepibili nel procedimento di formazione del Governo Conte*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2018).

⁸⁹ Anche questa soluzione, invero, è resa più complicata dalle c.d. CACs (clausole di azione collettiva), inserite a partire dal 2013 in tutte le emissioni di titoli sovrani superiori a un anno dai Paesi dell'Eurozona (in ossequio al Trattato sul MES: cfr. il Decreto 7 dicembre 2012 del MEF, *Introduzione delle clausole di azione collettiva (CACs) nei titoli di Stato*). Tali clausole, come noto, consentono a una maggioranza qualificata di investitori di modificare i termini di pagamento di un titolo, in modo vincolante anche per gli altri detentori del titolo stesso, così da facilitare una ristrutturazione ordinata del debito. Se questo è vero, però, tali clausole subordinano anche il potere dello Stato-debitore di ridenominare il proprio debito a quel consenso maggioritario.

particolare, sul modello costituito dall'art. 23 del GG tedesco,⁹⁰ sottolineandone la sua portata in termini di obbligatoria dell'appartenenza all'UE della Germania, secondo quanto affermato dallo stesso BVerG nel *Lissabon-Urteil*.⁹¹ Assai più difficile è, invece, imbattersi in analisi dell'art. 88 del GG che trattino quest'ultimo articolo al pari di una vera e propria "clausola europea".

L'art. 88 in questione così recita: «La Federazione istituisce una banca valutaria e di emissione come Banca Federale. Le sue funzioni e competenze possono essere trasferite, nel quadro dell'Unione Europea, alla Banca Centrale Europea, che è indipendente ed è vincolata allo scopo primario della garanzia della stabilità dei prezzi.»⁹²

Il secondo periodo è stato introdotto con la revisione costituzionale del 21 dicembre 1992, I 2086, la stessa che ha introdotto la più nota "clausola europea" dell'art. 23 GG.

La clausola sul trasferimento di competenze sulla politica monetaria dalla Bundesbank alla BCE può essere letta in modo analogo a come, a più riprese, è stato letto l'art. 23 GG dal BVerG e, già prima, l'accettazione del primato condizionata al rispetto dei diritti fondamentali, secondo la nota dottrina *solange*: i trasferimenti di competenze sovrane all'UE sono costituzionalmente compatibili "fintanto che" (*solange*) l'UE garantirà un adeguato livello di garanzia dei diritti fondamentali, complessivamente equivalente a quello garantito dal GG; ovvero, fintanto che l'UE non pregiudicherà il controllo democratico sulle decisioni prese nelle materie più contigue al nucleo della sovranità popolare (il che, come si è cercato di illustrare sopra, può anche essere formulato simmetricamente: la sovranità tedesca non potrà essere trasferita a un'Europa autenticamente federale, finché i cittadini tedeschi non saranno rappresentati nel Parlamento europeo alla pari con i cittadini di Malta). Per i trasferimenti di sovranità monetaria, l'art. 88 GG sembra considerarli costituzionalmente compatibili *fintanto che* la BCE agirà come la Bundesbank, ossia in modo indipendente dai condizionamenti politici e dandosi come fine primario la garanzia della stabilità dei prezzi.⁹³

⁹⁰ Cfr., tra i tanti, M. Claes, *Le "clausole europee" nelle costituzioni nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2005, 290ss.; *National Constitutional Avenues for further EU Integration*, a cura di L. Besselink, M. Claes, Š. Imamović, J. H. Reestman, cit., 111ss.; D. Grimm, M. Wendel, T. Reinbacher, *European Constitutionalism and the German Basic Law*, in A. Albi and S. Bardutzky (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, The Hague, 2019, 407ss.

⁹¹ R. Bin, *Italexit? ...*, cit., 821s.

⁹² Testo originale: «Der Bund errichtet eine Währungs- und Notenbank als Bundesbank. Ihre Aufgaben und Befugnisse können im Rahmen der Europäischen Union der Europäischen Zentralbank übertragen werden, die unabhängig ist und dem vorrangigen Ziel der Sicherung der Preisstabilität verpflichtet.»

⁹³ Nel *Maastricht-Urteil*, cit., §C.II.3.a) (p. 706 della traduzione italiana realizzata da J. Luther, in *Giur. cost.* 1994), chiaramente il BVerG afferma, proprio interpretando l'art. 88.2 GG, che le attribuzioni della Bundesbank possono essere trasferite alla BCE «a condizione che quest'ultima corrisponda ai "criteri rigidi del Trattato di Maastricht e allo Statuto del SEBC in ordine all'indipendenza della banca centrale e alla priorità della stabilità del valore della moneta" (Proposta e relazione della Commissione speciale "Unione Europea (Trattato di Maastricht)" del 1 dicembre 1992 (...)). La volontà del legislatore, in sede di revisione della Legge Fondamentale, mira evidentemente a fornire un fondamento costituzionale all'unione monetaria prevista dal Trattato sull'Unione, ma anche a circoscrivere a questo solo caso la

Come testimoniato dalla saga *Gauweiler*, il BVerG ha accettato di farsi garante di queste condizioni di costituzionalità del trasferimento di sovranità monetaria. Questa volontà emerge, innanzitutto, dall'eccezionale allargamento dei criteri di ammissibilità del ricorso diretto di costituzionalità per violazione dei diritti fondamentali (*Verfassungsbeschwerde*) che il BVerG ha compiuto in favore dei ricorrenti,⁹⁴ i quali, in sostanza, impugnavano un atto inesistente (il Programma OMT, come noto, non è mai stato implementato dalla BCE), invocando la violazione di norme, come appunto l'art. 88 GG, che assai artificialmente possono dirsi poste a presidio di un qualche diritto costituzionale fondamentale. In ogni caso, invocando l'art. 88 GG, i ricorrenti lamentavano la carenza di legittimazione democratica della BCE per compiere una politica fiscale, e non meramente monetaria, come appariva loro il Programma OMT. In secondo luogo, e in connessione con il punto precedente, le competenze sovrane sono conferite alla BCE a condizione che questa le eserciti per l'obiettivo primario della stabilità dei prezzi, perché è solo in questo modo che la politicità delle scelte è sterilizzata in favore della tecnicità. In terzo luogo, per i ricorrenti, il deficit di legittimazione in capo a una politica monetaria della BCE non esclusivamente finalizzata alla stabilità dei prezzi sarebbe ulteriormente aggravato dalla rappresentanza sub-proporzionale della Germania nel Consiglio della BCE. Inoltre, un programma di acquisti illimitati (del debito pubblico degli Stati membri) da parte della BCE interferirebbe anche nella sovranità del bilancio della Germania, con rischio di pregiudicare lo stesso diritto di proprietà garantito all'art. 14 GG.

Fin qui il tenore dei ricorsi. Quanto alla risposta del BVerG (commutata in una pregiudiziale comunitaria, ai sensi dell'art. 267 TFUE), nell'ordinanza *Gauweiler* del gennaio 2014 si afferma che il principio democratico, di cui all'art. 79.3 GG, è derogabile proprio in virtù dell'art. 88.2 GG, deroga la quale, però, vale fintanto che la BCE si limiti a una politica monetaria finalizzata all'obiettivo primario della stabilità dei prezzi senza esondare in altre materie.⁹⁵ Il concetto è ribadito nella sentenza del 2016 che è seguita alla risposta della Corte di giustizia: in quella sentenza, il BVerG dà mandato al Governo e al Bundestag di vigilare stabilmente sull'eventuale attuazione del Programma OMT⁹⁶, a tal fine coinvolgendo anche gli obblighi di consulenza e d'informazione della Bundesbank.

Le decisioni del BVerG nel caso *Gauweiler* sono state, tendenzialmente, valutate come velleitarie, dall'impatto concreto neutro, stante anche il fatto che il Programma OMT non è stato mai implementato. La portata dell'ordinanza del gennaio 2014, tuttavia, può essere valutata altrimenti. Subito dopo il ricorso in via pregiudiziale del BVerG alla Corte di giustizia nel caso "Gauweiler"⁹⁷, infatti, la

previsione di un conferimento delle relative funzioni ad istituzioni indipendenti delle relative funzioni ad istituzioni indipendenti» (corsivi aggiunti).

⁹⁴ Cfr. K.F. Gärditz, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 2/2014, 188ss.

⁹⁵ BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14.1.2014, §59

⁹⁶ BVerfG, 2 BvR 2728/13, 21.6.2016, § 220.

⁹⁷ BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14.1.2014.

BCE varava il suo programma di Quantitative Easing (QE),⁹⁸ modulandolo in maniera assai sintonica con le critiche di fondo levate nell'ordinanza del BVerG. In quest'ultima, infatti, si lamentava, tra l'altro, l'incostituzionalità di un coinvolgimento della responsabilità finanziaria (anche) della Germania, causato dagli acquisti *potenzialmente illimitati* compiuti dalla BCE, tali da comportare il rischio di ingenti perdite per quest'ultima e la connessa esigenza di ricapitalizzarla, gravando così (anche) sui contribuenti tedeschi, in assenza di alcun coinvolgimento preventivo del Bundestag.⁹⁹ Nel programma di QE varato dalla BCE pochi mesi dopo l'ordinanza del BVerG, gli acquisti di titoli privati e pubblici sul mercato secondario venivano ripartiti in modo da restringere al minimo la percentuale di rischi finanziari condivisi tra Banche centrali europee, in seno al bilancio della BCE.¹⁰⁰ «Il fatto che i titoli di ciascun paese membro emessi nell'ambito del programma debbano essere garantiti all'80% dalle Banche centrali nazionali manda un messaggio forte e chiaro: se gli Stati membri falliscono, l'Unione risponde solo per una piccola parte dei debiti. Peculiare unione monetaria, nella quale ognuno fa per sé e Dio per tutti».¹⁰¹

Conclusivamente, se è assai improbabile che sia il BVerG ad assumersi la responsabilità di giungere, con una propria pronuncia, a determinare l'uscita della Germania dall'Eurozona, è vero però che, facendo leva anche sull'art. 88 GG, pronunce come quelle nel caso *Gauweiler*, oltre a pretendere, con qualche successo, di condizionare l'operato della stessa BCE, potrebbero avere l'effetto di legittimare, *a priori*, l'eventuale decisione della Bundesbank e/o del Governo tedesco di non cooperare con la BCE stessa, con ciò innescando quell'*escalation* capace di condurre a una eventuale rottura dell'Eurozona.

Andrea Guazzarotti
Dip.to di Economia e Management
Università degli Studi di Ferrara
andrea.guazzarotti@unife.it

⁹⁸ Annunciato dal Presidente Draghi il 22 gennaio del 2015, il QE fu implementato a partire da marzo dello stesso anno.

⁹⁹ *Ibidem*, § 100.

¹⁰⁰ Più dell'ottanta per cento del valore degli acquisti dei titoli, infatti, doveva e deve restare nel bilancio delle singole Banche centrali nazionali, mentre solo meno del 20% per cento veniva e viene assunto direttamente a carico del bilancio della BCE. Cfr. E. Mostacci, *Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche della separazione*, in DPCE n. 1/2015, p. 232, ove si dimostra che, in realtà, l'Expanded asset purchase programme lanciato dalla BCE nel 22 gennaio del 2015 fa assumere alla BCE il rischio di subire perdite soltanto sull'8% dei titoli nazionali acquistati, posto che il 12% degli acquisti operati dalla BCE deve riguardare obbligazioni emesse dalle stesse istituzioni europee.

¹⁰¹ M. De Cecco, F. Maronta, *Il dollaro non teme rivali*, in *Limes* n. 2/2015.

***Italexit.* Trasformazione del vincolo europeo e sovranità condizionata**

di Federico Losurdo

Abstract: *Italexit.* The transformation of the European constraint and the conditioned sovereignty – The Maastricht Treaty has Europeanized the German economic constitution, making the sovereignty of the Member States conditional on the dogma of competitive austerity. The legitimacy of the European trade state is, however, weakened by the reemerging of protectionism of which Trumpism and Brexit are exemplary manifestations. This essay, after analysing the Italexit hypothesis in both the European and constitutional legal system, stresses the need to find a new form of reconciliation between the values of supranational integration and of social-democratic constitutionalism.

355

Keywords: Brexit, European integration, Italexit, Sovereignty, Trade State.

1. L'equilibrio originario tra vincolo europeo e sovranità nazionale

Nella costituzione economica internazionale del secondo dopoguerra, che rispecchiava la divisione del mondo in due blocchi politico-ideologici, il *principio del libero scambio multilaterale*¹ era compensato dal *principio della (relativa) autonomia della politica economica* degli Stati nazionali. Quest'ultimi erano in grado, grazie al controllo sulla circolazione dei capitali speculativi garantito dal sistema di Bretton Woods², di determinare *sovraneamente* il mix più appropriato tra politiche orientate alla concorrenza e politiche orientate alla redistribuzione, senza l'assillo – oggi divenuto più cogente– della “fiducia” dei mercati³.

Tale equilibrio si è riflesso nella costituzione economica comunitaria che rappresenta la sintesi tra la *cultura ordoliberalista* della Germania, desiderosa di recuperare sul terreno della competitività economica quell'egemonia non più conseguibile sul piano strategico-militare e la *cultura keynesiana* di Francia e Italia,

¹ Il *General Agreement on Tariffs and Trade* (Accordo generale sulle tariffe e sul commercio) siglato a Ginevra nel 1947 era diretto a scongiurare gli effetti prodotti dal protezionismo e dalle svalutazioni competitive nei decenni precedenti.

² Con gli accordi di Bretton Woods, sottoscritti nel 1944 da 44 Stati, si diede vita al nuovo sistema monetario incentrato su cambi relativamente fissi ancorati al valore del dollaro, unica valuta convertibile in oro. Per un'ampia ricostruzione A. Predieri, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1998; A. Carabelli, M. Cedrini, *Secondo Keynes. Il disordine del neoliberalismo e le speranze di una nuova Bretton Woods*, Roma, 2014.

³ Sia consentito rinviare per un approfondimento al nostro *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016 e, più recentemente, *Ascesa e declino della costituzione economica della globalizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2018, n. 2, 48 ss.

propense a ritagliare vaste aree di eccezione alla libera concorrenza a difesa dei propri sistemi produttivi. Nella comune convinzione delle classi dirigenti dell'epoca che la libertà di commercio rappresentasse sì il presupposto per far ripartire lo sviluppo economico, ma che una condizione altrettanto fondamentale per alimentare il benessere fosse l'edificazione di robusti e inclusivi sistemi di Welfare all'interno di quei paesi che si aprivano agli scambi internazionali.

In quest'ottica devono essere interpretati gli originari trattati europei (Trattato CECA di Parigi, 1951; Trattato CEE di Roma, 1957) che hanno codificato una *separazione funzionale*⁴ tra la sfera del mercato comune affidata all'autorità della legislazione e giurisprudenza sovranazionale e la sfera delle politiche monetarie e fiscali affidata alle autorità nazionali, fatto salvo un debole coordinamento a livello comunitario.

Le politiche monetarie e fiscali, le leve fondamentali per determinare quantità e qualità delle prestazioni sociali offerte ai cittadini, avevano come stella polare l'obiettivo della piena occupazione, in adempimento della solenne promessa scolpita a grandi lettere nelle costituzioni keynesiane del secondo dopoguerra⁵. Era questa, del resto, la missione che contribuiva alla *rilegittimazione politica* delle classi dirigenti nazionali dopo le tragedie della seconda guerra mondiale.

L'equilibrio costituzionale dei Trenta gloriosi evidenzia le prime crepe agli inizi degli anni Settanta, in seguito al collasso del sistema di Bretton Woods (1971). Grandi flussi di capitali che circolano liberamente erodono la capacità di *auto-determinazione* dello Stato nazionale. Sulle scelte di politica economica dei governi nazionali pende la spada di Damocle dei mercati che, completamente deregolamentati, condizionano il costo del finanziamento ad un giudizio privato di solvibilità⁶.

Le diverse tappe susseguitesesi dal Serpente monetario al Sistema monetario europeo (SME) fino all'Euro costituiscono l'"estremo" tentativo di recuperare nello spazio europeo la stabilità finanziaria; un "bene pubblico" ritenuto talmente essenziale da giustificare anche il sacrificio dell'autonomia di politica monetaria e di bilancio degli Stati membri. Nel periodo dei Trenta gloriosi, i governi nazionali potevano fronteggiare una improvvisa recessione (o altro shock esterno), ricorrendo alla svalutazione della moneta o a un ragionevole deficit di bilancio. Con la perdita del controllo sulla moneta e sul bilancio gli Stati europei sono indotti a cercare di recuperare la competitività perduta tramite la *svalutazione*

⁴ Su questo concetto S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; F.W. Scharpf, *Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, *Jean Monnet Chair Papers*, RSC, 1995, n. 95/28; C. Joerges, *Rechtsstaat and Social Europe: How a Classical Tension Resurfaces in the European Integration Process*, in *Comparative Sociology*, n. 9, 2010, 65 ss.

⁵ La piena occupazione non è, infatti, relegata tra i pii desideri. Ad evidenziarlo non sono solo gli esponenti della scuola keynesiana, ma anche il nostro teorico nazionale della natura "salvifica" del vincolo europeo. Sin dalla prima pagina del suo libro-intervista – *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma, 1982, 5 – Guido Carli sottolinea come gli organismi nati a Bretton Woods abbiano concepito «la rinascita delle nazioni ad economia libera» secondo «i principi della stabilità monetaria, dell'apertura progressiva delle frontiere commerciali, del pieno impiego».

⁶ La trasformazione dello Stato fiscale (keynesiano) in Stato debitore è al centro del volume di W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013.

interna: compressione dei salari e delle tutele sociali, deregolamentazione del mercato del lavoro e delle relazioni industriali.

2. Torsione neoliberaista e sovranità condizionata

La scelta di dotarsi della moneta unica ha, dunque, rappresentato l'ultimo tentativo di rilanciare ruolo e influenza del vecchio continente nel mondo e di contenere il potenziale "tirannico" di una globalizzazione vocata all'assoluta libertà della circolazione della ricchezza finanziaria.

Questo obiettivo difensivo viene, tuttavia, conseguito al prezzo di una sostanziale *europizzazione* della *costituzione economica tedesca*, la quale, specie in seguito alla caduta del Muro di Berlino, ha incorporato pienamente la dottrina ordoliberaista incentrata sull'austerità competitiva. Stabilità monetaria, stabilità finanziaria, con il corollario dell'indipendenza della Banca centrale, diventano i *fondamenti di legittimazione* della neonata Unione economica e monetaria (UEM)⁷. Il "triangolo magico" di principi destinati a *condizionare permanentemente* la sovranità nazionale degli Stati membri che entrano a far parte della moneta unica.

Anche le costituzioni keynesiane riconoscevano valore alla stabilità monetaria e finanziaria, ma queste erano prevalentemente concepite come *mezzi* della politica economica nazionale da calibrare razionalmente (in forma più o meno flessibile) a seconda della congiuntura. Dopo Maastricht, invece, stabilità monetaria e finanziaria assurgono, a *fini ultimi* della politica economica, nella misura in cui occorre impedire che interventi esterni dello Stato alterino il buon funzionamento dei meccanismi che presiedono alla "giustizia del mercato"⁸.

Per questa ragione il Trattato di Maastricht impedisce il c.d. *azzardo morale* da parte degli Stati membri. Il divieto di finanziamento monetario (ex art. 123 TFUE) e il divieto di salvataggio (ex art. 125 TFUE) mirano, infatti, ad impedire che uno Stato possa adottare politiche monetarie o di bilancio eccessivamente espansive, confidando in un intervento di ripianamento della Banca centrale

⁷ Della «Comunità della stabilità» (*Stabilitätsgemeinschaft*), secondo l'espressione utilizzata dal *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) per qualificare in termini prescrittivi l'UEM: «Questa concezione dell'Unione monetaria come Comunità di stabilità costituisce fondamento e oggetto (*Grundlage und Gegenstand*) della legge tedesca di ratifica». Un'Unione che non «dovesse più garantire la stabilità nei termini fissati abbandonerebbe la concezione dei trattati». In tal caso, il *BVerfG* non esclude, come ultima ratio un'«uscita dalla Comunità» (*Lösung aus der Gemeinschaft*). (*BVerfGE* 89,155, 12 ottobre 1993, *Maastricht*).

⁸ Secondo la dottrina ordoliberaista è necessaria una solida cornice istituzionale nella quale si possa sviluppare un processo economico fondato sulla libera concorrenza tra i vari agenti del mercato. Solo il mantenimento della stabilità dei prezzi (*Preisstabilität*), presidiata da un'apposita autorità indipendente, permetterebbe che il consumatore possa scegliere, sulla base di un calcolo puramente razionale, le merci e servizi che più si conformano ai suoi desideri. Per un approfondimento F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "costituzione economica" in Germania*, Milano, 2016; A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014; P. Costa, *Costituzione e ordinamento economico: il contributo del pensiero ordoliberaista*, in G. Cocco (Ed.), *L'economia e la legge*, Milano, 2007, 297 ss.; L. Casseti, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002; P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; R. Miccù, *Economia e Costituzione: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, 243 ss.

europea, degli altri Stati membri o delle istituzioni comunitarie⁹.

La crisi globale sistemica, originatasi nella sfera della finanza privata negli Stati Uniti e trasferitasi nella sfera della finanza pubblica di alcuni paesi dell'eurozona, ha “giustificato” interventi emergenziali che hanno ulteriormente prosciugato i margini di mediazione politica e affidato il governo economico dell'Unione a regole quantitative, semi-automatiche esterne al processo democratico¹⁰.

Il Fiscal compact ha prescritto agli Stati contraenti di incorporare «preferibilmente» in Costituzione il principio del pareggio di bilancio. È necessario, infatti, “tranquillizzare” i mercati che i loro crediti saranno prioritariamente soddisfatti rispetto ad ogni altra spesa sociale¹¹. Per prevenire il rischio dell'effetto contagio della crisi greca sulla stabilità dei bilanci degli Stati e delle banche dell'Eurozona, è stato poi necessario escogitare soluzioni immediate, al fine di derogare ai divieti di salvataggio e finanziamento monetario. Senza, tuttavia, incoraggiare, in diversa forma, l'azzardo morale.

La *quadratura del cerchio* è stata trovata nella *costituzionalizzazione del principio di condizionalità*¹². L'erogazione degli aiuti finanziari decisa dal Meccanismo europeo di stabilità (MES), un organismo ibrido pubblico-privato che ricalca da vicino i meccanismi di funzionamento del Fondo monetario internazionale (FMI), è “risolutivamente” condizionata al rispetto di un dettagliato piano macroeconomico di aggiustamento strutturale sotto la vigilanza della Troika. Ad analogo condizionamento sono assoggettate anche le operazioni monetarie definitive (OMT), il cui semplice annuncio («*Whatever it takes*») da parte dell'allora Presidente della BCE Mario Draghi ha bloccato la spirale speculativa¹³.

La politica della condizionalità asimmetrica ha consentito alle istituzioni di Bruxelles di “orchestrare” radicali mutamenti dei modelli economico-sociali dei

⁹ Il divieto di salvataggio e il divieto di finanziamento monetario costituiscono la contropartita della rinuncia tedesca alla stabilità del Marco. Essi devono impedire che la Comunità della stabilità possa trasformarsi in una inaccettabile “*Transfer-Union*”.

¹⁰ Riflettono su questa trasformazione della costituzione economica C. Joerges, Preat Iustitia, Fiat Mundus. *What is Left of the European Economic Constitution after the Gauweiler Litigation*, in *Maastricht Journal*, 2016, n. 1, 99 ss.; D. Majone, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis. Has integration gone too far?*, Cambridge University Press, 2014; E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto*, 2013, n. 4, 481 ss.; M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013; J.P. Fitoussi, *Il teorema del lampione. O come mettere fine alla sofferenza sociale*, Torino, 2013.

¹¹ Emblematico è l'art. 135, comma 3, della Costituzione spagnola che, dopo la revisione del 2011, dispone che «i crediti per soddisfare il capitale e gli interessi sul debito contratto dalle amministrazioni pubbliche godono di priorità assoluta (*su pago gozará de prioridad absoluta*) rispetto ad ogni altra spesa».

¹² Su questo processo di costituzionalizzazione rinviamo al nostro *Lo Stato sociale condizionato*, cit., 48 ss.; L. Taschini, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Torino, 2019.

¹³ Dopo il rinvio pregiudiziale sollevato dal *BVerfG* in ordine ai confini delle attribuzioni della BCE (*BVerfG*, 2BvR2728/13, *OMT*, 14 gennaio 2014), la Corte di Giustizia ha sancito la legittimità di tali strumenti monetari straordinari, in quanto il correlato principio di stretta condizionalità dell'aiuto finanziario garantisce che questo non disincentivi politiche sane di bilancio, scongiurando così la tentazione del *moral hazard* degli Stati membri (Corte giust., 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler e a.*).

paesi periferici, aggirando il principio di attribuzione e gli strumenti di controllo democratico e giurisdizionale previsti dagli ordinamenti nazionali¹⁴.

Una testimonianza esemplare dello “status” di sovranità condizionata è offerta dalla irrituale lettera dell’agosto 2011 indirizzata al Governo italiano dalla BCE. Il custode sovranazionale della stabilità finanziaria si dichiarava disposto ad acquistare i titoli del debito pubblico di un paese, sull’orlo dell’insolvenza, alla condizione informale dell’implementazione (con l’indicazione, persino, della tempistica e della strumentazione normativa) di un programma politico a tutto campo; un pacchetto di riforme strutturali e di consolidamento fiscale che è stato diligentemente realizzato.

Il vero “idealtipo” dello *Stato condizionato* è stata la Grecia. Dopo il diktat dell’Euro-summit del luglio 2015, l’esercizio delle funzioni essenziali pertinenti alla sua sovranità è *subordinato*, per il presente come per il futuro (secondo le prudenti stime di Bruxelles all’incirca fino al 2060) al rimborso integrale dei crediti concessi dal MES a dal FMI¹⁵. La Grecia è stata così ricondotta su una traiettoria di «normalità»: riacquisizione dell’accesso al credito dei mercati finanziari, bilanci pubblici “sani” e rilancio della competitività esterna. Al prezzo di drammatici effetti collaterali quali impoverimento e disoccupazione di massa, azzeramento delle prestazioni del Welfare State e svendita del patrimonio pubblico.

3. Lo Stato commerciale europeo alla prova della *Brexit*

L’«economia di mercato fortemente competitiva» (Art. 3 TUE) è diventata, insomma, il modello europeo “a rime obbligate” con margini sempre più esigui per valorizzare le peculiarità politico-costituzionali nazionali. Si tratta di una “forma di Stato” che costituzionalmente *interiorizza il vincolo esterno*: la stabilità monetaria e finanziaria come via obbligata per la messa in sicurezza del potere di acquisto e di risparmio dei cittadini; la competitività internazionale come via obbligata per la crescita del PIL¹⁶.

Per un lungo periodo lo Stato commerciale europeo si è idealmente sposato con la *razionalità neoliberista*¹⁷. Questa, infatti, postula che, essendosi sostanzialmente azzerati per ragioni innanzitutto tecnologiche i costi di

¹⁴ Persino la concessione dei fondi strutturali e di investimento europeo, originariamente pensati in funzione di perequazione dei divari territoriali, è oggi condizionata al rispetto dei parametri della governance macro-economica (Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, in particolare considerando 24).

¹⁵ È istruttivo il sito ufficiale del MES dedicato all’assistenza finanziaria della Grecia (www.esm.europa.eu/assistance/greece). Esso documenta con estremo dettaglio, dividendole per ambiti di politiche pubbliche, le innumerevoli condizionalità gravanti sullo Stato greco e la misura del loro adempimento.

¹⁶ In questi termini A. Cantaro, *Autonomia e autodeterminazione nelle vicende del costituzionalismo*, *Relazione* al XXXIII Convegno annuale AIC (Firenze, 16-17 novembre 2018), in *Rivistaaic.it*, 2019, n. 3.

¹⁷ L’istituzione posta a presidio dell’ordine neoliberista è la *World Trade Organization* (OMC), erede diretta del GATT. Si tratta di un’organizzazione internazionale che è chiamata a risolvere pacificamente le dispute commerciali tra Stati. L’imposizione di dazi è ammessa solo come eccezione e sotto il controllo di organi giurisdizionali le cui pronunce sono riconosciute da tutti gli Stati contraenti.

comunicazione e di trasporto, l'unico ostacolo alla globalizzazione dell'economia capitalistica è costituito dalle istituzioni dello Stato nazionale che pretendono sovraneamente di determinare il pacchetto di diritti che spettano ai cittadini. Aderendo a questa razionalità, l'Unione europea ha scommesso su un'accelerazione dell'integrazione orizzontale (l'allargamento ad Est) a detrimento di una corrispondente integrazione verticale (l'approfondimento sociale), allo scopo di alimentare il dumping sociale tra paesi della "vecchia" e "nuova" Europa.

Per una singolare *eterogenesi dei fini* la globalizzazione neoliberalista, dopo avere in una prima fase rafforzato il dominio planetario dei paesi occidentali¹⁸ (capaci di sfruttare a loro vantaggio la divisione internazionale del lavoro), è divenuta in una seconda fase la chiave di volta per una "*grande convergenza*" delle economie dei paesi in via di sviluppo¹⁹. Quest'ultimi sono riusciti ad attrarre maggiori capitali ed investimenti, grazie ai costi del lavoro sensibilmente più bassi rispetto a quelli dei paesi del primo mondo. È stata, in particolare, l'ascesa di una nuova potenza geopolitica e geoeconomica nel quadrante asiatico, la Cina, specie dopo la sua ammissione al consesso del WTO (2001), a indurre ad un ripensamento sulle magnifiche e progressive sorti del *paradigma libero-scambista* incentrato sulla concorrenza senza limiti.

Il prepotente ritorno sulla scena del *paradigma protezionista* è testimoniato dal mutamento di rotta degli Stati Uniti dopo l'ascesa alla Casa bianca di Donald Trump. Contestazione dell'autorità della *World Trade Organization* (WTO), fino a minacciarne la paralisi istituzionale²⁰. Archiviazione del modello dei trattati multilaterali (quali l'ormai "dimenticato" TTIP che avrebbe dovuto dare vita ad una area di libero scambio atlantica) a vantaggio di negoziati bilaterali. Riequilibrio dei deficit commerciali attraverso l'imposizione di tariffe doganali sulle importazioni di una serie di beni, per proteggersi dalla concorrenza "sleale" dei paesi asiatici e di alcune produzioni europee²¹.

Analogamente una delle principali ragioni macroeconomiche che hanno indotto la maggioranza dei cittadini britannici a decidere di abbandonare l'Unione europea²² è stato il disavanzo commerciale accumulato rispetto agli altri partner

¹⁸ Gli squilibri commerciali intra-europei erano assorbiti dal ruolo di "*buyers of last resort*" assunto dagli Stati Uniti i quali, allo scopo di stabilizzare l'economia egemonizzata dal dollaro, soggetta a crisi cicliche, hanno tollerato un colossale deficit della propria bilancia commerciale con il resto del mondo.

¹⁹ Su questo importante concetto R. Baldwin, *La grande convergenza. Tecnologia informatica, web e nuova globalizzazione*, Bologna 2018.

²⁰ Per un approfondimento sul punto 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*, in questa *Rivista*, 2019, n. 4. 2133 ss.; G. Sacerdoti, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un global public good da difendere*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, numero speciale, 685 ss.

²¹ A. Cantaro, *L'imperialismo del libero scambio. La costituzione economica neo-mercantilistica dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 16, 11, che sottolinea essersi trattato di una strategia finalizzata ad attrarre nuovi investimenti, fornendo incentivi alle multinazionali USA per riportare in patria segmenti della catena di valore delocalizzati e profitti realizzati all'estero.

²² Il referendum (convocato dal Governo di David Cameron nel giugno 2016) è il precipitato di un radicato atteggiamento di scetticismo rispetto al progetto europeo che è stato accettato fin dall'inizio nella sola dimensione di un mercato comune delle merci, servizi e capitali, con

europei (e segnatamente alla Germania). Tale squilibrio è stato sì compensato a lungo dall'afflusso di capitali stranieri destinati al polo finanziario della City londinese. Ma tale afflusso ha reso il Regno Unito sempre più dipendente dai capitali stranieri, impoverito le sue zone periferiche e interi settori manifatturieri. Che tutti insieme hanno costituito il blocco sociale dei perdenti della globalizzazione che si è riunito intorno al *Leave*²³.

Il Regno Unito progetta, quindi, di liberarsi dal vincolo europeo della stabilità finanziaria²⁴ e di “riabilitare”, anche al di là dei tradizionali schieramenti partitici, una politica di tipo keynesiano, prefigurando un piano di colossali investimenti pubblici in settori chiave come la sanità, l'istruzione e i trasporti. Rinsaldando il suo asse storico con gli Stati Uniti, il Regno Unito intende, altresì, svincolarsi dalla politica commerciale comune, rimanendo legata all'Unione europea (al termine di un lungo periodo di transizione) unicamente da una *Free trade area* il cui contenuto concreto dovrà essere definito in negoziazioni future che si annunciano assai difficili e controverse²⁵.

Di fronte allo sfaldarsi dell'unità geopolitica e geoeconomica occidentale e all'indebolimento del paradigma libero-scambista, sarebbe stato lecito aspettarsi non tanto un *approfondimento* dell'UEM²⁶, quanto piuttosto un *ribaltamento* della sua logica improntata al dogma dell'austerità competitiva. Una ricetta che ha ampliato i divari sociali e territoriali tra Stati creditori in surplus e Stati debitori in deficit²⁷ e che sta oggi rallentando la forza della stessa “locomotiva” tedesca, preannunciando una deflazione generalizzata dell'Eurozona.

Al contrario, archiviati i progetti ambiziosi di istituzione di un «Ministro europeo dell'economia e delle finanze»²⁸ e di un Fondo monetario europeo (in

esclusione della libertà di circolazione delle persone. Per una ricostruzione delle vicende che hanno condotto alla *Brexit* vedi C. Martinelli, *La Brexit come vaso di Pandora della Costituzione britannica*, in questa *Rivista*, 2019, n. 3, XI ss.

²³ A. Cantaro, *L'imperialismo del libero scambio* cit. 12.

²⁴ Prima della *Brexit*, il Regno Unito era, infatti, soggetto alle regole del braccio preventivo e del braccio repressivo del Patto di stabilità e crescita, sebbene, in forza del protocollo aggiunto ai Trattati che lo esclude dalla partecipazione alla terza fase dell'UEM, fosse esente dall'applicazione delle sanzioni pecuniarie.

²⁵ L'Unione non potrà fare troppe “concessioni” al Governo inglese, poiché se la *Brexit* si rivelasse un successo economico, si indebolirebbe ulteriormente la legittimazione dello Stato commerciale europeo e altri Stati membri potrebbero essere indotti a seguire lo stesso percorso del Regno Unito.

²⁶ Il *Libro Bianco sul futuro dell'Europa*, pubblicato dalla Commissione nel marzo 2017 (https://ec.europa.eu/commission/future-europe/white-paper-future-europe-and-way-forward_it) prefigurava, ad ogni modo, il progetto di un'integrazione che coniugasse le ragioni del mercato con le ragioni del Welfare State, in una cornice nella quale fosse rafforzata la partecipazione democratica dei cittadini e la responsabilità delle istituzioni sovranazionali.

²⁷ Sulla base della procedura per la prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici disciplinata dai regolamenti UE nn. 1174 e 1176 del 2011, le istituzioni europee hanno più volte richiesto (per ora senza risultati tangibili) agli Stati in surplus (Germania in testa) di ridurre gli avanzi commerciali e di incoraggiare la propria domanda interna, in maniera tale da sostenere le esportazioni degli Stati in deficit e stimolare una ripresa di tutta l'eurozona.

²⁸ Comunicazione della Commissione su un Ministro europeo dell'economia e delle finanze del 6 dicembre 2017, Com/2017/0823 fin.

sostituzione del MES)²⁹, progetti che, pur comportando ulteriori limitazioni della sovranità nazionale, miravano ad accrescere il grado di politicità dell'Eurozona, si è puntato sulla riforma del MES³⁰.

L'idea retrostante è che l'imposizione di regole fiscali rigide (tramite i patti di stabilità) non abbia funzionato adeguatamente per garantire il percorso di consolidamento dei conti pubblici. Occorrerebbe, allora – si sostiene – consolidare ulteriormente il potere di disciplinamento del mercato sugli Stati, sottraendo la sorveglianza su tali regole alla Commissione europea, organo ritenuto troppo politicizzato, affidandola agli organi direttivi del MES, organo tecnico da taluno, perciò, ritenuto più affidabile³¹.

La novità più significativa è l'introduzione di un'inedita “condizionalità a più velocità”. Una condizionalità di natura *soft*, nella forma di lettere d'intenti unilaterali per gli Stati “virtuosi” che rispettano i parametri di Maastricht e del Fiscal compact, al fine di proteggerli dall'eventuale effetto contagio dell'instabilità finanziaria dei paesi “reprobi”³². E una condizionalità di natura “hard” per quest'ultimi assoggettati al consolidato armamentario dei *Memorandum of Understanding* e dei controlli serrati della Troika. Per di più tra le possibili condizioni dell'aiuto finanziario si prefigura ambigualmente l'evenienza di una ristrutturazione del debito sovrano, anche con «una forma adeguata e proporzionata di partecipazione del settore privato»³³.

4. L'*Italexit* nella dimensione comunitaria

La percezione che l'architettura dell'Eurozona, dietro la copertura di regole tecniche “neutrali”, cristallizzi la condizione di sovranità condizionata degli Stati debitori, ha stimolato anche nel nostro paese un dibattito – non più ristretto esclusivamente alle sedi accademiche e scientifiche – in ordine all'ipotesi dell'uscita

²⁹ Proposta di Regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo del 6 dicembre 2017, Com/2017/827 fin.

³⁰ Gli Stati dell'Eurozona non hanno, invece, raggiunto l'accordo sul completamento dell'Unione bancaria europea che già comprende il Meccanismo di risoluzione unica e il Meccanismo di vigilanza unica, ma attende la definizione del Sistema di garanzia dei depositi. Per una disamina dei profili costituzionali dell'Unione bancaria vedi L. Cuocolo, *Constitutional principles and the European Banking Union: What's gone wrong?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, n. 4, 1011 ss

³¹ Per un inquadramento della riforma del MES A. Somma, *Inasprire il vincolo esterno. Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme*, in *Economiaepolitica.it*, 2020, n. 12.

³² Secondo l'allegato III annesso al MES, per usufruire di questa condizionalità “agevolata” occorre presentare un deficit contenuto entro il 3% del PIL e un rapporto tra debito pubblico e PIL inferiore al 60 % o una riduzione del differenziale rispetto al 60% nei due anni precedenti a un tasso medio di un ventesimo l'anno, il tutto nei due anni precedenti l'assistenza finanziaria. Tra le condizioni si menziona anche «l'assenza di squilibri macroeconomici eccessivi», ma si tratta di un richiamo nettamente sottodimensionato rispetto all'attenzione prestata agli indicatori di finanza pubblica.

³³ In questi termini il considerando n. 12 del MES riformato. Per agevolare la possibilità di una ristrutturazione è stata, altresì, inserita all' art. 12, comma 3, la disposizione per la quale «A tutti i titoli di Stato della zona euro di nuova emissione con scadenza superiore a un anno emessi a partire dal 1° gennaio 2022 si applicano clausole di azione collettiva con votazione a maggioranza singola».

dell'Italia dall'Eurozona, senza necessariamente coinvolgere –secondo l'auspicio di taluno – la nostra appartenenza all'Unione europea.

Le contraddizioni politico-costituzionali sottese alla vicenda della *Brexit*³⁴ suggeriscono comunque che il vincolo europeo non può essere semplicisticamente ridotto ad un obbligo derivante da un comune trattato internazionale dal quale si può recedere unilateralmente senza ulteriori conseguenze.

La peculiare natura giuridica del vincolo europeo³⁵ è dimostrata, peraltro, dalla stessa formulazione dell'art. 50 TFUE che non risulta in alcun modo equiparabile all'analogo istituto di diritto internazionale disciplinato dall'art. 56 della Convenzione di Vienna del 1969. In primo luogo, perché, trattandosi di norma comunitaria, la risoluzione di eventuali controversie interpretative è rimessa alla Corte di Giustizia³⁶. In secondo luogo, perché lo Stato che notifica il recesso può continuare a partecipare alle deliberazioni delle istituzioni di Bruxelles (salvo quelle che possono determinare un conflitto di interessi), fino all'entrata in vigore dell'accordo di separazione o, in assenza di questo, fino a due anni dopo la notificazione (salvo proroga consensuale). In terzo luogo e soprattutto, perché la complessiva disciplina dell'art. 50 tende a considerare un'ipotesi meramente eventuale (e tendenzialmente da scongiurare) il recesso unilaterale senza accordo (per intendersi la "*hard Brexit*"), valorizzando il "patto fondamentale" che tiene assieme gli Stati membri dell'Unione.

Peraltro, come è noto, la questione di un'ipotetica risoluzione del vincolo europeo da parte dell'Italia è resa ulteriormente complicata dalla nostra integrazione nell'Eurozona rispetto alla quale l'ordinamento comunitario non prevede alcuna clausola di uscita (analogo all'art. 50 TFUE)³⁷. Questo silenzio è, del resto, la conseguenza logica del fatto che l'UEM, a seguito dell'introduzione

³⁴ Contraddizioni che rischiano altresì di minare la coesione territoriale del Regno Unito: riproposizione del referendum sull'indipendenza della Scozia; riapertura della questione irlandese. Per una ricostruzione sistematica delle vicende della *Brexit* A. Tanca, *Brexit: l'esito di una relazione problematica*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 2, 341 ss.; E. Mostacci, *Viaggio al termine della storia: Brexit e il volto oscuro della globalizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, n. 3, 716 ss.

³⁵ Il processo d'integrazione sovranazionale, la cui fonte originaria sono comuni trattati internazionali, ha dato vita ad un ordinamento che ha denotato una forte vocazione costituzionale. Ciò soprattutto in forza della dogmatica della Corte di Giustizia che ha "inventato" il principio del primato, al fine di limitare la portata del principio di attribuzione per il quale gli Stati sono i Signori dei Trattati. Su questa duplice anima si veda E. Bartoloni, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte "costituzionaliste" e "resistenze" internazionaliste*, in *Rivistaaic.it*, 2016, n. 2.

³⁶ Come è confermato dalla sentenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la possibilità di un ritiro unilaterale della notificazione di recesso (Sent. 10 dicembre 2018, C-621/18, *Wightman e.a.*).

³⁷ L'importanza del tema è testimoniata dal crescente interesse della dottrina: R. Bin, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, 813 ss.; A. Miglio, *Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it.*, 2019, n. 12.; G.L. Tosato, *Italexit: basta una maggioranza semplice per lasciare l'Ue?* in *Affariinternazionali.it*, 20 settembre 2018. Nella dottrina straniera si vedano P. Athanassiou, *Withdrawal and Expulsion from the EU and EMU: Some Reflections*, *Legal Working Paper Series*, No. 10, European Central Bank; C. Closa, *Secession from a Member State and EU Membership: The View from the Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, 240 ss.

della moneta unica (la c.d. “terza fase”) ha assunto un «carattere *irreversibile*»³⁸. Anche gli Stati membri “con deroga”, quelli che ancora non soddisfano le condizioni per l’adozione dell’euro, restano obbligati a convergere verso quell’obiettivo³⁹. Le uniche eccezioni sono il Regno Unito e la Danimarca, in quanto hanno deciso, in forza di appositi protocolli, di non partecipare alla terza fase. Opposto è il caso dell’Italia le cui classi dirigenti hanno deciso di aderire fin da principio all’UEM, nella convinzione che il vincolo europeo avrebbe finalmente “ancorato” il nostro ordinamento ai valori della concorrenza e della stabilità finanziaria.

Ragionando in termini di *stretta legalità*, non sembrerebbe, dunque, possibile concepire l’abbandono dell’Eurozona, se non attivando contestualmente la procedura dell’art. 50 TFUE⁴⁰. In termini astratti, si potrebbe prospettare l’ipotesi di uno Stato membro che si discosti dai parametri di Maastricht in misura tale da minacciare la stessa sopravvivenza dell’Euro, inducendo gli altri Stati membri a immetterlo in un regime di deroga (una strategia che era stata pensata all’inizio della crisi greca). Anche in questa circostanza, mancando procedure normative precostituite, sarebbe necessario intavolare negoziati estenuanti con la Commissione e gli altri Stati membri, al fine di definire il nuovo status e di regolare le innumerevoli problematiche sollevate da una scelta così dirompente⁴¹.

Sarebbe, dunque, oltremodo riduttivo rispondere all’interrogativo in ordine all’uscita dell’Italia dall’Unione (o dalla sola Eurozona) in termini puramente giuridico-formali⁴². Al riguardo è istruttiva la parabola della *Brexit*: prima dell’introduzione dell’art. 50 TFUE (stimolata dal Governo del Regno Unito) l’ipotesi del recesso dall’Unione pareva un’ipotesi pressoché “assurda”⁴³. Occorre essere consapevoli che laddove è in gioco la *Sovranità*, intesa come “decisione politica fondamentale” di una Comunità, esiste sempre la possibilità di

³⁸ Per una lettura critica sul punto A. Guazzarotti, *Irreversibile o irrevocabile? La sovranità funzionale dell’euro e i giochi di parole del suo custode*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 400 ss.

³⁹ L’art. 139 TFUE dispone al riguardo che «Gli Stati membri riguardo ai quali il Consiglio non ha deciso che soddisfano alle condizioni necessarie per l’adozione dell’euro sono denominati Stati membri con deroga». Mentre l’art. 140 TFUE precisa che «almeno una volta ogni due anni o a richiesta di uno Stato membro con deroga, la Commissione e la Banca centrale europea riferiscono al Consiglio sui progressi compiuti dagli Stati membri con deroga nell’adempimento degli obblighi relativi alla realizzazione dell’Unione economica e monetaria».

⁴⁰ Propone, invero, l’improbabile ipotesi di un recesso parziale G. Peroni, *Il recesso dall’euro: una via percorribile, ma non auspicabile*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2015, p. 85 ss., sulla quale si veda la critica argomentata di Miglio, *Le incertezze dell’Italexit*, cit., 26.

⁴¹ Per menzionare solo alcune di queste questioni intricate: i meccanismi di cambio, i rapporti tra banca nazionale e BCE, la restituzione delle riserve trasferite al sistema europeo, i rapporti con i creditori interni e internazionali e così via.

⁴² Poiché, come ammonisce R. Bin. *Italexit*, cit., 818 «discutendo di sovranità si imbastiscono guerre, non soluzioni pienamente giuridiche».

⁴³ La codificazione, in seguito al Trattato di Lisbona del 2009, della clausola di recesso dall’Unione (art. 50 TUE), ha infranto il postulato “monista” della Corte di Giustizia, per il quale, rappresentando i trattati istitutivi «la carta fondamentale dell’ordinamento comunitario», il trasferimento di sovranità alle istituzioni europee sarebbe stato «irreversibile».

alterare l'ordine giuridico esistente, avanzando soluzioni normative ritenute prima impensabili.

5. L'*Italexit* nella dimensione costituzionale

Si supponga che l'Italia assuma la decisione politica fondamentale di abbandonare l'Unione europea o, con le notevoli complicazioni che si sono evidenziate, la sola Eurozona, sarebbe necessaria una preventiva revisione costituzionale?

Per rispondere a questo interrogativo occorre non dimenticare che il fondamento delle «limitazioni di sovranità» a favore della Comunità europea e delle sue fonti deriva da un'interpretazione «analogica» dell'art. 11 Cost (pensato dal costituente in vista dell'adesione alle Nazioni Unite) e, contestualmente, dall'ordine di esecuzione contenuto nella legge ordinaria di ratifica dei diversi trattati⁴⁴. L'onere di delimitare le relazioni tra i due ordinamenti è ricaduto principalmente sulle spalle della Corte costituzionale che, temperando la sua originaria impostazione dualista, ha progressivamente recepito l'idea di una tendenziale integrazione dell'ordinamento nazionale in un *sistema multilivello*, riconoscendo la valenza del principio del primato con l'unico controlimite dei «principi supremi»⁴⁵.

La novella dell'art. 117, 1 comma, per il quale la potestà legislativa statale e regionale deve essere esercitata nel «rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» non abiliterebbe il legislatore ad *ulteriori* limitazioni della sovranità rispetto a quelle disposte in base all'art. 11. La funzione dogmatica dell'art. 117 sarebbe, infatti, unicamente di offrire una giustificazione costituzionale alle conseguenze derivanti dal riconoscimento del primato dell'ordinamento comunitario (effetto diretto, obbligo di disapplicazione della fonte interna, interpretazione conforme al diritto sovranazionale)⁴⁶.

È assai significativo che il rafforzamento del vincolo europeo proceda di pari passo con la *valorizzazione* costituzionale della *stabilità finanziaria*. In una prima tappa, il richiamato art. 117 si proponeva di riconoscere maggiore autonomia alle Regioni e agli Enti locali con l'intento di responsabilizzarle direttamente per l'implementazione dei vincoli di bilancio introdotti a Maastricht, successivamente trasposti nel c.d. patto di stabilità interno. In una seconda tappa, in adempimento

⁴⁴ Solo in seguito all'introduzione dello strumento della legge comunitaria (legge La Pergola del 1989) si sono delineate le procedure interne di adeguamento al diritto sovranazionale.

⁴⁵ Su questi profili rinviamo a A. Guazzarotti, *Art. 11*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (Ed.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 82 ss.; M. Cartabia, *Articolo 11*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (Ed.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 299, anche per una ricostruzione dell'articolata giurisprudenza costituzionale.

⁴⁶ In questi termini F. Sorrentino, *I vincoli dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali*, in *Federalismi.it*, 7 ottobre 2004. Conferma questa interpretazione la sentenza n. 227 del 2010, nella quale la Corte costituzionale ha affermato che «l'art. 117, primo comma, Cost. ha confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario»

‘ultroneo’ delle prescrizioni del Fiscal compact del 2012, si è introdotto in Costituzione (con la revisione dell’art. 81) il principio dell’equilibrio di bilancio, estendendolo anche alla pubblica amministrazione (art. 97)⁴⁷ e ai livelli di governo decentrati (119, comma 1)⁴⁸.

Smentita dalla “dura” realtà la tesi che postulava la tesi dell’*irreversibilità* del processo d’integrazione⁴⁹ rispetto all’interrogativo qui posto si confrontano due impostazioni. Da un lato, vi è chi ritiene che la scelta dell’uscita di uno Stato dall’Unione europea «abbia il rango di una scelta di *revisione costituzionale totale*»⁵⁰, un complesso processo che richiederebbe, sul modello della *Brexit*, sia l’approvazione popolare che quella parlamentare. Dall’altro lato, vi è chi, invece, sottolinea che i riferimenti all’ordinamento europeo che la nostra Costituzione contiene non sembrano «essere tali da imporre un procedimento di revisione costituzionale come condizione per l’avvio di una legittima procedura di *exit*». L’Italia «resterebbe legata dagli accordi raggiunti con l’Unione europea in base all’art. 50 TUE, per cui tanto le norme che pongono vincoli [...] quanto quelle che istituiscono riserve di competenza [...] manterrebbero comunque un senso compiuto, pur se la situazione dell’Italia non fosse più quella di un membro *pleno iure* dell’Unione»⁵¹.

È indubbio, *sul piano formale*, che né l’art. 11, coperta ormai eccessivamente corta per giustificare il trasferimento della sovranità monetaria dopo Maastricht, né l’art. 117, comma 1 raggiungono l’intensità di analoghe “clausole europee” contenute nelle Costituzioni di altri Stati membri⁵². Tuttavia, *sul piano sostanziale*, sembra assai difficile immaginare l’uscita del nostro paese dall’Unione, senza una contestuale revisione delle tre norme costituzionali (artt. 81, 97 e 119, comma 1) che hanno inserito nella Carta fondamentale il principio dell’equilibrio di bilancio

⁴⁷ «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

⁴⁸ «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell’equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l’osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea».

⁴⁹ A. Ruggeri, *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, n. 2.

⁵⁰ In questo senso B. Caravita, *Editoriale. Brexit Keep Calm and apply the European Constitution*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 13, 7; A. Miglio, *Le incertezze dell’Italexit*, cit., 10 ss.

⁵¹ R. Bin, *Italexit*, cit. 822. Altra questione non trattabile in questa sede concerne l’opportunità (e per taluno la necessità) che una decisione di tale portata sia “legittimata” da un referendum “consultivo”, sebbene sulla natura giuridica e sui possibili limiti all’uso di tale strumento la dottrina resti assai divisa. Si rinvia per un approfondimento a A. Morelli, *È possibile svolgere un referendum d’indirizzo sulla permanenza dell’Italia nell’Unione europea*, in *Osservatoriocostituzionale.it*, 2016, n. 2; R. Bin, *Italexit*, cit., 823 ss.

⁵² Paradigmatico l’art. 23 della Costituzione federale tedesca che recita: «Per la realizzazione di un’Europa unita, la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell’Unione Europea che è fedele ai principi [...]». E aggiunge: «Per l’istituzione dell’Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l’articolo 79, secondo e terzo comma».

il cui contenuto normativo effettivo presuppone un continuo “rinvio” alle fonti del diritto sovranazionale⁵³.

6. Le virtù dimenticate e ancora attuali del “doppio vincolo”

Possiamo condensare il ragionamento fin qui sviluppato in un interrogativo conclusivo. Il vincolo europeo, l’espressione più eminente del valore costituzionale dell’integrazione sovranazionale, è ancora *compatibile*, specie dopo la sua torsione economicistica post-Maastricht, con l’*etica dello Stato democratico-sociale* che postula che sia sempre il popolo sovrano ad assumersi in prima persona la responsabilità del proprio destino?⁵⁴

Vi è chi ritiene che lo Stato nazionale sia oggi l’unica cornice in cui sia possibile porre un argine ai processi di *de-politicizzazione e di de-democratizzazione* veicolati dalla globalizzazione e dall’integrazione sovranazionale. Il ritorno ad una piena sovranità nazionale, a cominciare da quella economica, costituirebbe il presupposto indispensabile per offrire protezione a quei bisogni ed interessi delle classi lavoratrici al centro delle costituzioni democratiche-sociali del secondo dopoguerra e per dare nuova sostanza ad un progetto di democrazia economica, il cui sviluppo a livello comunitario sarebbe definitivamente compromesso⁵⁵

A chi scrive questa prospettiva sembra sottovalutare che la perdita di normatività del costituzionalismo democratico-sociale non è unicamente un effetto del vincolo europeo, ma è, ancor prima, il precipitato di una costituzione economica globale che, specie in seguito al venir meno della divisione bipolare del mondo, ha introiettato e codificato la *volontà di potenza* del mercato. Si tratta di una costituzione economica – i cui caratteri sono fortemente contestati dal sovranismo – caratterizzata da una competizione tra grandi ambiti regionali (a cominciare dalla guerra commerciale tra USA e Cina), senza che, peraltro, sia stato intaccato il *potere tirannico di condizionamento* della finanza (tutt’ora egemonizzata dal dollaro) sulla sovranità degli Stati nazionali.

È questo potere di condizionamento il vero “convitato di pietra” di tutte le precedenti riflessioni svolte in ordine alla “legalità” comunitaria e costituzionale dell’*Italexit*. Alla luce dell’esposizione elevata del debito sovrano italiano sui mercati internazionali, se già la semplice minaccia di sospendere il processo di

⁵³ Per argomentazioni più distese sul punto rinviamo al nostro *Lo Stato sociale condizionato*, cit. 110 ss.

⁵⁴ È questo un interrogativo che si può inferire dalla più recente letteratura che ha riportato al centro del dibattito scientifico il concetto “rimosso” di sovranità: C. Galli, *Sovranità*, Bologna, 2018; B. De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015; A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, 2014. Si veda anche il fascicolo n. 2 del 2018 della Rivista *Diritto costituzionale* dal titolo: *Sovranità. Stato costituzionale e vincolo esterno*.

⁵⁵ Il recupero della sovranità monetaria come precondizione per il rilancio di politiche keynesiane redistributive è perorato, con accenti diversi, da T. Fazi, W. Mitchell, *Sovranità o barbarie. Il ritorno della questione nazionale*, Milano, 2018; A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018; L. Barra Caracciolo, *Euro e democrazia costituzionale. La convivenza impossibile tra Costituzione e Trattati europei*, Roma, 2013; W. Giacchè, *Costituzione italiana contro Trattati europei. Il conflitto inevitabile*, Reggio Emilia, 2015.

ratifica della riforma del Trattato MES ha provocato un innalzamento dello *spread*, è facile prevedere quali effetti “tellurici” potrebbe determinare la decisione di uscire dall'Eurozona⁵⁶.

In definitiva, la scorciatoia del ritorno alla sovranità nazionale appare, nell'attuale contesto, una “chimera”. Ma non meno illusoria ci sembra essere l'idea di *ri-legittimare* l'Unione europea semplicemente proponendo una ri-declinazione in chiave ecologica dell'«economia di mercato altamente competitiva», un modello che ha ampiamente esaurito la sua spinta propulsiva.

Il nuovo *Green Deal* Europeo, al di là di nobili intenzioni⁵⁷, costituisce una riaffermazione del modello ordoliberalista dell'economia sociale di mercato che in questa circostanza si connota per le finalità ambientali («*Öko-soziale Marktwirtschaft*»). Il principio del mercato competitivo continua ad essere il paradigma fondamentale di riferimento, mentre le ragioni della tutela ambientale possono giustificare, a certe condizioni, deroghe alle normative sugli aiuti di Stato o interpretazioni più flessibili del patto di stabilità⁵⁸. Anche gli investimenti promessi per finanziare la transizione industriale ripropongono, in realtà, lo schema del precedente Piano Juncker di qualche anno addietro che, a partire da una modesta leva finanziaria pubblica, si proponeva principalmente di mobilitare investimenti privati. Siamo evidentemente anni luce distanti dal keynesismo.

Forse l'unica *razionalità politica* lungimirante, anche se nel tempo presente utopica, sarebbe quella di immaginare una rinnovata *mediazione tra vincolo europeo e vincolo interno*. Di modo che, da un lato, le imprescindibili *ragioni dell'apertura alla cooperazione sovranazionale* facciano da argine a declinazioni pericolosamente scioviniste della sovranità popolare, dai possibili esiti anti-democratici. E, dall'altro, le persistenti *ragioni del costituzionalismo democratico sociale* impediscano che lo spazio europeo si riduca ad una competizione tra Stati membri, arbitrata dalle istituzioni sovranazionali, sulle macerie del Welfare State.

Il tempo rimasto a disposizione delle classi dirigenti europee per “mettere in forma” un nuovo pragmatico equilibrio tra le virtù dell'integrazione sovranazionale e le virtù del costituzionalismo democratico-sociale risulta sempre più esiguo. Specie nell'evenienza di una riconferma dell'attuale “inquilino” della Casa bianca, circostanza che consacrerebbe, in forme ancor più aggressive, il paradigma protezionistico e delegittimerebbe, forse irreversibilmente, lo Stato commerciale europeo.

⁵⁶ Sul punto si vedano A. Guazzarotti, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione competitiva del diritto*, in *Politica del diritto*, 2018, n. 3, 387 ss.; A. Ianni, *L'insolvenza sovrana come fenomeno giuridico imposto. Le politiche della condizionalità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, n. 3, 735 ss.

⁵⁷ Le linee programmatiche del piano sono delineate nella recentissima Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo del 12 gennaio 2020, COM(2019) 640 fin.

⁵⁸ È, inoltre previsto un fondo speciale per la «transizione giusta» per quei paesi la cui economia dipende ancora dai combustibili fossili o da processi ad alta intensità di carbonio (come la Polonia).

Post scriptum

Un pericolo molto più grave incombe all'orizzonte nel momento in cui questo contributo stava per essere pubblicato. La *pandemia sanitaria ed economica* derivante dal coronavirus, imponendo drastiche misure di distanziamento sociale, colpisce al cuore la logica sottesa al mercato globale. Paralizza allo stesso tempo l'offerta (la capacità di produrre) e la domanda (la capacità di acquistare) e disarticola le catene transnazionali di produzione del valore.

Uno stato d'eccezione, con gradi di intensità diversificata, è stato proclamato dagli Stati membri dell'Unione. Questi con modalità poco cooperative hanno sospeso la libera circolazione delle persone (gli accordi di Schengen), con il rischio concreto di travolgere l'altro pilastro fondamentale della libera circolazione delle merci (con ripercussioni, persino, sulle filiere produttive essenziali).

A loro volta le istituzioni dell'Unione hanno preannunciato misure *extra ordinem*: "sospensione" delle regole sugli aiuti di Stato; "sospensione", persino, dei sacri precetti del Patto di stabilità; rilancio degli strumenti straordinari di politica monetaria da parte della BCE.

È troppo presto per interpretare questo importante *cambio di passo*, derivante da misure che derogano transitoriamente ai principi della concorrenza e della stabilità finanziaria, come un vero e proprio *cambio di paradigma*.

Anche le proposte più lungimiranti quali l'emissione dei "*Coronabond*" o l'istituzione di un fondo di garanzia europeo sotto la direzione del MES, rappresenterebbero un effettivo cambio di paradigma solo se si *capovolgesse* il senso della loro condizionalità.

La concessione delle risorse finanziarie agli Stati membri per fronteggiare gli effetti dell'emergenza sanitaria ed economica dovrebbe, cioè, essere condizionata non all'*austerità e alle riforme strutturali*, secondo il modello che abbiamo qui largamente criticato, ma piuttosto a parametri elaborati nella prospettiva di una "*ricostruzione*" della società europea. Parametri quali, in primis, il mantenimento di un forte sistema sanitario pubblico (con spazi residuali per l'intervento del privato), l'erogazione di forme universali di sostegno al reddito, il rispetto degli equilibri dell'ecosistema.

La crisi sanitaria ed economica che stiamo affrontando potrebbe, allora, diventare l'occasione storica per valorizzare le ragioni che ancora qualche decennio fa identificavano l'*eccezionalismo europeo* nel mondo.

Federico Losurdo
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
federico.losurdo@uniurb.it

Integrazione attraverso il mercato e declino dello Stato democratico: appunti per un'indagine genealogica

di Edmondo Mostacci

Abstract: Integration through the market and twilight of the democratic State: notes for a genealogical investigation – The article analyses some key moments of the path of European integration to understand the historical roots of the democratic deficit that characterizes the Union today. In particular, the text focuses on the *foundational period* and on the role that, in this situation, was played by the European Court of Justice and by some people of particular importance, such as the president of the first European Commission, Walter Hallstein. Subsequently, the text focuses on the strategic role assumed by the market in the integration process and underlines the circumstances which, starting from the second half of the Seventies, led community integration to be pursued more decisively than in the previous twenty years.

Keywords: Democracy; European Court of Justice; European Union; Federalizing process; Trente glorieuses.

371

1. Introduzione

Il 20 gennaio 1981, nel corso del suo *inaugural address*, il neoeletto presidente degli Stati Uniti Ronald Reagan affronta il tema della situazione economica dell'Unione, riassumendo l'idea forza del suo indirizzo di politica economica con una frase lapidaria, destinata a rimanere nella memoria collettiva del Paese: «In this present crisis, government is not the solution to our problems; government is the problem». Dopo un decennio di stagflazione, la ricetta per fronteggiare la congiuntura economica sembra dover essere diametralmente opposta rispetto a quella che, mezzo secolo prima, aveva permesso di superare la più grave crisi del capitalismo occidentale e di promuovere, all'indomani della Seconda guerra mondiale, un ventennio di prosperità e di crescita civile e sociale, oltre che economica¹.

Quello che lo stesso Reagan ignora – o che, in ogni caso, la gran parte dei suoi epigoni trascura – è che quell'asserzione, tanto felice dal punto di vista comunicativo da contrassegnare un'epoca, è il frutto di un lungo decennio di elaborazioni teoriche, volte a contestare la capacità delle classi pubbliche di indirizzare utilmente lo sviluppo socio-economico e a contrapporre, con

¹ Si allude agli anni centrali di quel periodo che è stato anche chiamato, proprio per i motivi nel corpo del testo Trente Glorieuses da J. Fourastié, *Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, 1979.

schematismi talvolta suadenti, le necessità del sistema economico e dei suoi attori principali alle ragioni della democrazia e dei suoi processi decisionali.

Si tratta in primo luogo della scuola di *public choice*, che applica una logica schiettamente economicista al personale politico, le cui scelte sarebbero volte a massimizzare le proprie *chance* di rielezione con conseguenze evidenti circa l'orizzonte temporale, ovviamente di breve periodo, del suo agire². Si tratta anche della *New classical macroeconomics* – non a caso sorta negli anni settanta all'Università di Chicago – che elabora una visione intimamente ostile all'intervento pubblico nell'economia e, soprattutto, a politiche fiscali di carattere discrezionale³. Più in generale, è il periodo in cui la riflessione economica e quella della scienza politica enfatizzano la necessità di valutare i risultati concretamente perseguiti dalle politiche pubbliche e di rimodellare in senso restrittivo l'intervento statale nella sfera socio-economica, con la duplice finalità di garantire una maggiore efficienza dell'apparato burocratico e di sgravare il sistema produttivo di oneri che vengono ormai percepiti alla stregua di zavorre eccessive⁴. In particolare, l'analisi finisce per appuntarsi su un (asserito) eccesso di domanda politica di protezione, che ingolfa i meccanismi della scelta pubblica e si ripercuote negativamente sul sistema economico, mantenendolo in uno stato di perenne disequilibrio, di cui la stagflazione è – o sarebbe – la conseguenza più evidente.

In buona sostanza, nelle parole del presidente Regan si condensa un decennio di polemica anche corrosiva sull'utilità dell'intervento pubblico nell'economia e di elaborazioni teoriche volte a consegnare al *mercato* – e, in particolare, al meccanismo *offerta-domanda-prezzo* – un ruolo centrale nella promozione di crescita, sviluppo e benessere.

Va da sé che quanto appena descritto origina nel contesto nordamericano ma è destinato a diffondersi rapidamente – oggi forse verrebbe da dire *viralmente* – nel resto dell'occidente capitalista. D'altra parte, il contesto che promuove l'affermarsi di un nuovo paradigma egemone in materia di rapporti tra Stato e mercato è in massima misura comune ai Paesi del Primo mondo: la crisi del sistema monetario internazionale – incentrato, in base agli accordi di Bretton Woods, sul Dollaro statunitense, moneta di riserva, sul suo ancoraggio aureo e su un sistema di cambi fissi verso di esso –, occorsa in seguito all'adozione da parte della Presidenza degli Stati Uniti dell'*Executive Order* n. 11615, che chiude la cd. *gold window*, e all'adozione da parte dei membri del G-10 dello *Smithsonian Agreement*, e la prima

² V., in primo luogo, J.M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, 1962, e J.M. Buchanan, R.E. Wagner, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, New York, 1977.

³ Per una esposizione delle posizioni della NCM, v. T.J. Sargent, N. Wallace, *Rational Expectation, the Optimal Monetary Instrument and the Optimal Money Supply Rule*, in *Journal of Political Economy*, 1975, 241, e R.E. Lucas, T.J. Sargent, *After Keynesian macroeconomics*, in AA. VV., *After the Phillips Curve Persistence of High Inflation and High Unemployment*, Boston, 1978, 49.

⁴ Queste, in estrema sintesi, le conclusioni dell'influente rapporto della Commissione trilaterale, stilato da M. Crozier, S.P. Huntington, J. Watanuki, *The Crisis of Democracy: On the Governability of Democracies*, New York, 1975, trad.it *La crisi della democrazia. Rapporto alla Commissione trilaterale*, Milano, 1977.

crisi petrolifera sono entrambe condizioni di carattere esogeno che incidono in misura analogamente significativa sul sistema economico di tutti i Paesi ad economia di mercato.

Volendo tracciare una sintesi – di necessità approssimativa, ma sufficientemente precisa per contestualizzare il discorso che verrà compiuto nelle pagine seguenti – gli anni settanta assistono a due fenomeni a vario modo intrecciati: per un verso, la crisi di un modello socioeconomico incentrato sul ruolo di guida del decisore pubblico; per l'altro, l'affermarsi sul piano ideologico della necessità di superare il coevo assetto dei rapporti tra sistema giuridico e sottosistema economico, per liberare questo secondo dall'onere di un eccesso di domande sociali. Ciò si riflette a sua volta sul *prestigio* delle⁵ diverse scuole di pensiero delle scienze sociali – *in primis*, dell'economia politica –, con ricadute inevitabili sia sulle dinamiche interne alle singole tradizioni di ricerca, che sul contributo di ciascuna di esse all'elaborazione della visione egemone, nello specifico momento storico, all'interno delle classi pubbliche e delle più generali comunità politiche.

È in questo frangente storico che il processo di integrazione europea – proseguito in sordina nel suo primo quindicennio – inizia a trovare nuovo smalto e, soprattutto, una rinnovata ragion d'essere. Infatti, quel seguito che l'idea degli *Stati uniti d'Europa*⁶ aveva avuto a cavallo del 1950 era almeno parzialmente scemato all'indomani della bocciatura del progetto della Comunità europea di difesa, mentre nella seconda metà del decennio i sistemi politici ed economici dei diversi Paesi avevano raggiunto un loro interno equilibrio. Invece, nel corso degli anni settanta, da un lato questo stesso equilibrio sembra essere venuto meno; al contempo, la crisi del sistema di Bretton Woods spinge per forme di coordinamento monetario, almeno a livello regionale⁷; infine, l'esigenza di

⁵ Si utilizza volutamente un termine ambiguo, che richiama la difficoltà di ricostruire in termini esaustivi i motivi che portano una comunità ad aderire a un certo modello – v. R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *39 Am. J. Comp. L.* 1 (inst. I) e 343 (inst. II), in part. 398-399 (1991) –, e che precede quella capacità del tutto peculiare di indirizzare – *rectius*: di «dirigere» – l'approccio dei parlanti a un certo tipo omogeneo di tematiche che Antonio Gramsci ha efficacemente chiamato *egemonia*, sviscerandone altresì il ruolo centrale e indefettibile all'interno dei processi politici (v. *Quaderni dal Carcere*, in part. il *Quad. 19*, par. 24, Torino, 1975, 2010). L'insegnamento gramsciano, nell'analisi di quanto accaduto negli anni settanta e delle sue conseguenze per la stessa forma degli ordinamenti occidentali (oltre che per l'evoluzione dell'integrazione sovranazionale di area europea), appare pertanto ancora particolarmente fecondo.

⁶ L'espressione è lanciata originariamente da Winston Churchill in un discorso pronunciato a Zurigo il 10 settembre del 1946, come riferisce A. Grilli, *Realizzare il sogno europeo: la nascita della "burocrazia" comunitaria*, in *Historia et ius*, 2014, n. 6, p. 2.

⁷ V. A. Majocchi, *Funzioni e limiti dell'integrazione economica europea*, in *Il Politico*, 1986, 251, in part. 254 ss. V. altresì A. Padoa-Schioppa, *Il completamento dell'unificazione europea*, in AA.VV., *Europa di ieri e di domani*, Milano, 1991, 181 ss., il quale osserva che: «Il Trattato istitutivo del mercato comune non conteneva disposizioni in materia di moneta: in un regime di cambi fissi, allorché il dollaro era convertibile in oro e costituiva la moneta egemone, non era parso indispensabile adottare il futuro mercato comune di competenze e di istituzioni monetarie proprie. Venuti meno questi due presupposti, le esigenze stesse di funzionamento della politica comunitaria imposero l'adozione di una moneta di conto comune (ECU) e soprattutto dei vincoli più stretti tra le monete degli stati della CEE: nacque così, nel 1978, il sistema monetario europeo (SME)» (p. 182).

preservare i sistemi economici dall'eccesso di domande sociali e il ripensamento circa i rispettivi ruoli dello Stato e del mercato nel promuovere crescita e benessere si coordinano agevolmente con un processo di integrazione per il tramite del mercato⁸ che presuppone un ridimensionamento evidente del ruolo degli Stati membri e della loro capacità di funzionalizzare l'opera del sistema economico alle esigenze sociali, per come interpretate attraverso i processi politico-democratici.

In altri termini è nel contesto degli anni settanta che maturano, ad un tempo, sia una rinnovata esigenza di procedere con l'integrazione economica a livello europeo – almeno secondo la visione maggioritaria all'interno delle classi pubbliche –, sia le condizioni per potervi procedere a dispetto della mancata integrazione politica.

Al contempo, negli anni settanta l'integrazione economica non è affatto un progetto ancora del tutto di là dal realizzarsi. Nel 1951 i sei Stati hanno siglato il Trattato di Parigi e nel 1958 sono entrati in vigore i Trattati di Roma, istitutivi della Comunità economica europea e dell'Euratom, mentre nel 1973 al sestetto iniziale si sono aggiunti la Danimarca, l'Irlanda e il Regno Unito. Non solo: nel primo quindicennio di vigenza, il Trattato istitutivo della CEE è stato anche oggetto di una giurisprudenza particolarmente innovativa della Corte di giustizia, la quale ha almeno in parte determinato il sentiero di sviluppo dell'integrazione, giocando così un ruolo di primo piano nel definire il futuro assetto interordinamentale dell'area europea⁹. Di conseguenza, quando si producono le circostanze storiche anzidette, sono già delineati i caratteri fondamentali del processo di integrazione, grazie non solo all'opera degli Stati fondatori ma anche e soprattutto al lavoro di una *élite* modernizzatrice radicata a Bruxelles.

Posizionandosi all'interno di questa cornice più generale, il presente contributo si focalizza sul processo che ha portato alla definizione di una strategia di integrazione sovranazionale per il tramite del mercato comune, quale conseguenza di specifiche circostanze storiche: i caratteri fondamentali del Trattato CEE e le sue lacune; il parziale superamento di queste ultime ad opera di una giurisprudenza fortemente creativa della Corte di giustizia; il contributo di attori di primo piano delle Istituzioni europee, ciascuno con le proprie convinzioni filosofico-politiche. Questa strategia, inizialmente contraddittoria rispetto alla realtà giuridico-politica dei Paesi membri, si è sviluppata in sordina; tuttavia, come appena accennato, il generale riorientamento in materia economico-politica degli anni settanta ha improvvisamente reso il processo di integrazione attraverso il

⁸ «Quello dell'Europa unita è stato per lungo tempo il grande sogno che contribuisse a mantenere la spinta al superamento delle forme di governo antiquate che prevalevano nei sistemi statali nazionali. Ma i fautori dell'unificazione hanno esitato troppo davanti al nodo del potere, che le crisi attuali hanno ulteriormente rafforzato, dei principali Stati» (M. Crozier, *Europa occidentale*, in M. Crozier, S.P. Huntington, J. Watanuki, *The Crisis of Democracy*, cit., 64).

⁹ Difatti, il periodo compreso tra il 1958 e la metà degli anni settanta è stato autorevolmente definito come *Foundational Period*: «It is in this period that the Community assumed, in stark change from the original conception of the Treaty, its basic legal and political characteristics ... the patterns of Community-Member State interaction that crystalized in this period conditioned all subsequent developments in Europe». Cfr. J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in 100 *Yale L.J.* 2403, 2410 (1991).

mercato non solo concretamente percorribile, ma anche strategicamente indirizzato a rispondere alla crisi dello Stato interventista europeo.

Al fine di suffragare questa ipotesi di lavoro, il presente contributo parte da un'analisi del Trattato di Roma e del ruolo giocato dalla Corte di giustizia nel promuoverne una lettura in termini costituzionali (par. 2); successivamente, l'attenzione si sposterà sui soggetti che hanno caratterizzato il primo quindicennio di vita delle Istituzioni della Comunità economica europea il cui contributo ha accompagnato e talvolta indirizzato l'opera della Corte, con ciò contribuendo alla definizione della concreta strategia di integrazione sovranazionale (par. 3), per poi considerare più da vicino il ruolo giocato in tale strategia dal mercato concorrenziale (par. 4); infine – prima di giungere a sviluppare qualche osservazione conclusiva (par. 6) – ci si dedicherà agli sviluppi che, tra la seconda metà degli anni settanta e gli anni ottanta, grazie anche al cambio di *mainstream* di cui si è detto, hanno permesso al progetto di integrazione attraverso il mercato di dispiegarsi appieno (par. 5).

2. Il Trattato CEE nel contesto della seconda metà degli anni cinquanta

Quando nel 1951 viene redatto il Trattato che istituisce la CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio), le ferite della Seconda guerra mondiale sono ancora piaghe evidenti¹⁰ e sentite, sia all'interno del corpo sociale, sia nella riflessione delle classi pubbliche. La stessa *Dichiarazione Schuman* – considerata a buon diritto come il punto di partenza, se non del più generale processo di integrazione europea, di quella sua fase che al principio degli anni cinquanta porta alla stipula del Trattato di Parigi¹¹ – fa espliciti riferimenti alla necessità di promuovere l'integrazione economica in settori strategici, al fine di garantire la pace in Europa e prevenire il futuro ripetersi delle atrocità che avevano caratterizzato il periodo bellico¹². Parimenti, tra la fine degli anni quaranta e l'avvio della decade successiva, fervono le attività dei movimenti federalisti di

¹⁰ Giusto per limitarsi all'essenziale, la guerra segna ancora il paesaggio urbano, mentre la situazione economica e sociale, pur in netto miglioramento, è ancora in una fase di difficoltà sia in Italia e Germania, sia nel resto d'Europa. D'altra parte, il piano Marshall (*rectius*: lo *European Recovery Program*) è terminato nel 1951. Sul periodo della storia economica europea v. M.M. Postan, *An Economic History of Western Europe (1945-1964)*, New York (NY), 1967, trad.it. *Storia economica d'Europa (1945-1964)*, Bari, 1968.

¹¹ V. S. Pistone, *The Federal Perspective in the Schuman Declaration*, in *Perspectives on Federalism*, 2010, 19 ss.

¹² Il testo della dichiarazione – oggi disponibile sul sito dell'UE, all'*url*: europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_it – esordisce proprio riferendosi al tema della pace: «La pace mondiale non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi». A tal fine, prosegue più innanzi la dichiarazione, «il governo francese propone di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità», argomentando che «la solidarietà di produzione in tal modo realizzata farà sì che una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile». «Questa proposta – si legge ancora nella dichiarazione – costituirà il primo nucleo concreto di una Federazione europea indispensabile al mantenimento della pace».

ispirazione democratica¹³ – ben rappresentati dalla parabola del Movimento Federalista Europeo di Altiero Spinelli – i quali alla fine del 1946 creano la *Union des fédéralistes européens* nella convinzione che solo il progetto di una Federazione europea possa superare le divisioni del continente¹⁴, le quali sono a loro volta viste come l'origine «de souffrances et destructions lors des deux Guerres mondiales»¹⁵.

Nella seconda metà del decennio, il clima politico è in buona misura mutato: la prospettiva degli Stati uniti d'Europa ha perso mordente sia come baluardo nei confronti di nuovi conflitti, sia quanto alla sua praticabilità in termini concreti. Da questa prospettiva, il fallimento della Comunità europea di difesa (CED) e soprattutto il dibattito che precede e accompagna la sua reiezione da parte del Parlamento francese sembrano avere segnato il punto di non ritorno¹⁶ e accompagnano come un convitato di pietra le negoziazioni dei trattati di Roma, i quali si mostrano infatti assai più timidi del precedente Trattato di Parigi nel disegnare delle istituzioni sovranazionali autorevoli e in grado di guidare il processo di integrazione¹⁷. In buona sostanza – tralasciando il Trattato Euratom – all'indomani della ratifica del Trattato CEE la nascente costruzione comunitaria mostra una duplice natura: da un lato, la CECA, figlia della *dichiarazione Schuman*, la quale è prevalentemente incentrata su quello che – invero con un certo anacronismo – potrebbe chiamarsi metodo comunitario, ma è altresì limitata a un solo, pur rilevante, settore economico (il carbosiderurgico); dall'altro lato, il nascente mercato comune, in grado di incidere su un numero amplissimo di settori merceologici e, proprio per questo motivo, potenzialmente foriero di significativi passi nel senso dell'integrazione economica e, in prospettiva, giuridico-politica, il quale è però caratterizzato da un assetto istituzionale incentrato sul metodo intergovernativo.

Quanto appena sostenuto è reso in primo luogo evidente da una pluralità di fattori.

Per un verso, il materiale prodotto dalle istituzioni nazionali in occasione dell'adozione delle necessarie leggi di autorizzazione alla ratifica e dei seguenti ordini di esecuzione¹⁸ insistono sulla deferenza del nuovo Trattato nei confronti

¹³ Sulla pluralità di approcci al federalismo – non tutti coerenti con idee minimamente progressive di democrazia (o se si preferisce con modelli di democrazia non integralmente riconducibili al solo versante della democrazia politica) – v. A. Somma, *Europa, sovranità e ordine economico nel prisma delle teorie federaliste*, all'interno di questa stessa sezione monografica (p. 427 ss.).

¹⁴ V. S. Pistone, *The Union of European Federalists*, Milano, 2008.

¹⁵ V. la presentazione dell'Unione, disponibile all'url: www.federalists.eu/fr/uef/.

¹⁶ V. A. Padoa-Schioppa, *Dalla costituente italiana alla Costituente europea*, in *Il Federalista*, 1981, 71 ss.

¹⁷ V. A. Boerger, M. Rasmussen, *Transforming European Law: The Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, 199, in part. 202.

¹⁸ Per ciò che concerne i documenti parlamentari prodotti in occasione dell'approvazione delle leggi di autorizzazione alla ratifica del Trattato CEE, v. ne l'elenco esaustivo in M. Rasmussen, *Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos judgment*, in *Intern. J. Const. L.*, 2014, 156. Inoltre, v. ad es. le dichiarazioni rese in occasione del dibattito parlamentare italiano nel report curato dal Senato della Repubblica, disponibile all'url:

delle prerogative sovrane degli Stati membri; in misura del tutto consimile, per quanto enunciate da una posizione evidentemente opposta, depongono anche le critiche rivolte al Trattato di Roma – e alla *beffa del mercato comune*¹⁹ – da parte di esponenti di spicco del movimento federalista europeo.

Al di là delle dichiarazioni di soggetti istituzionali o di figure di rilievo dal punto di vista del processo di integrazione, quanto appena evidenziato è poi testimoniato dalle scelte compiute dai redattori dei Trattati di Roma, specie se confrontate con quelle assunte a Parigi poco più di un lustro prima. Così, appare in primo luogo significativa la scelta, tutt'altro che obbligata, di dotare le due nuove comunità di un assetto istituzionale prevalentemente separato sia tra di loro, sia da quello della già istituita CECA. Al contempo, l'istituenda Commissione europea appare già dal nome una sorella minore dell'Alta autorità guidata da Jean Monnet: quest'ultima non solo è assegnataria della funzione di direzione dello sviluppo del mercato carbosiderurgico, ma è altresì munita di rilevanti poteri sanzionatori, da esercitarsi nei confronti degli Stati membri, per garantire la necessaria effettività alle istruzioni da essa stessa impartite. All'opposto, l'assetto istituzionale disegnato dal nuovo Trattato è improntato a un approccio di carattere intergovernativo: se è vero che la Commissione detiene il monopolio dei poteri di impulso, è il Consiglio – rappresentativo dei sei Stati membri e chiamato a decidere per un lungo periodo transitorio all'unanimità²⁰ – ad essere investito del potere decisionale.

L'attitudine particolarmente garantista nei confronti degli Stati membri è poi testimoniata dagli articoli relativi al ruolo della Corte di giustizia – unica Istituzione comune, insieme all'Assemblea parlamentare, alle tre Comunità –, quale organo giurisdizionale della Comunità economica. Qui sarebbe errato lasciarsi fuorviare dall'evoluzione successiva al 1958; nel disegno originario del Trattato di Roma la Corte sembrerebbe infatti legata allo svolgimento di tre rilevanti funzioni: a) garantire che le neoistituite istituzioni sovranazionali non esorbitino dal proprio ambito competenziale; b) interpretare il diritto europeo, colmando le lacune puntuali che inevitabilmente si creano all'interno di uno schema complesso come quello sotteso al mercato comune; c) collaborare con Commissione e Stati membri al fine di assicurare il rispetto del diritto europeo²¹. Si tratta di tre funzioni all'apparenza diverse e indipendenti, ma funzionalmente orientate a creare un equilibrio tra le Istituzioni sovranazionali e quelle statali, nell'ottica di garantire ad un tempo che le prime siano nella condizione di adempiere al compito che i *Signori dei trattati* hanno assegnato loro – e cioè creare

www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/Discorsi_sullEuropa_Vol._1_DEF.pdf

¹⁹ Per riprendere le parole di un noto articolo di Spinelli, pubblicato nel settembre 1957. V. U. Morelli, *Altiero Spinelli e l'azione federalista. Il sistema comunitario*, in Id. (a cura di), *Altiero Spinelli: il pensiero e l'azione per la federazione europea*, Milano, 2010, 145 ss.

²⁰ Periodo peraltro sostanzialmente prorogato, sino all'Atto unico, dal *compromesso di Lussemburgo* che, come noto, pose termine alla cd. *Crisi della sedia vuota*, nel 1966. Sul tema, v. W. Nicholl, *The Luxembourg Compromise*, in *J. Comm. Market Studies*, 1984, 35 ss.

²¹ Sul p.to, v. K.J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, 2001, 5.

un'unione doganale effettivamente funzionante – e che l'equilibrio tra i due livelli di governo si mantenga nell'alveo stabilito a Roma.

Così, per un verso la Corte è competente a sindacare sia l'operato degli Stati – su iniziativa della Commissione o, in sua assenza, di un altro Stato membro – sia quello delle Istituzioni; per altro verso tale apparente simmetria è incrinata dalle diverse conseguenze che scaturiscono dalle procedure *ex art. 169* ed *ex art. 173*: per l'inadempimento statale non si prevedono meccanismi sanzionatori né strumenti di *enforcement*²² ulteriori rispetto alla laconica disposizioni di cui all'art. 171; il mancato rispetto delle norme del Trattato ad opera delle istituzioni comporta invece la nullità di quanto posto in essere, vale a dire la sanzione più radicale per un giudizio di cognizione. Ancora, l'art. 177 si occupa del rinvio pregiudiziale alla Corte, da parte delle giurisdizioni nazionali. In questo caso, stando alla lettera del Trattato, il ruolo del giudice di Lussemburgo è confinato alla retta interpretazione del diritto europeo, primario o derivato, senza che ciò comporti in alcuna misura un giudizio circa il corretto adempimento statale alle sue prescrizioni.

In altri termini, secondo il disegno concordato a Roma, non esistono strumenti atti a garantire l'effettivo adempimento statale alle norme del nascente diritto europeo; l'eventuale condotta statale difforme dalle norme dei trattati potrà sì essere evidenziata dalla Commissione ed acclarata dalla Corte di giustizia, ma in assenza di un'autodisciplina del Paese interessato le uniche reazioni apparentemente esperibili sarebbero quelle tipiche del diritto internazionale pubblico, come le contromisure adottate dagli Stati controinteressati. Viceversa, il giudizio della Corte dispiega effetti ben più consistenti quando esso abbia ad oggetto atti delle Istituzioni europee, con ciò evidenziandosi come la giurisdizione sovranazionale sia orientata più nel senso di prevenire atti *ultra vires* delle Istituzioni che in quello di garantire la *primauté* del diritto europeo rispetto agli ordinamenti nazionali²³.

È cosa del tutto nota che gli sviluppi conosciuti dal processo di integrazione siano stati del tutto diversi da quanto appena esposto. A partire dalla sentenza *Van Gend en Loos*, la Corte di giustizia ha fornito una lettura del Trattato di Roma lontana non solo dal dato testuale, ma anche dal disegno più complessivo convenuto dalle alte parti contraenti. Questa lettura è incentrata – almeno se riguardata *ex post* – su quattro dottrine²⁴, che costituiscono l'ossatura generale del diritto comunitario per come lo conosciamo ancora oggi; si tratta di quattro teoriche – non prive di legami e di sostegni reciproci – sfornite di agganci testuali nella lettera del Trattato. La Corte le ricava a partire dall'obiettivo a cui il Trattato CEE sarebbe proteso: la creazione di una comunità *sovranazionale* in grado di promuovere l'integrazione economica e giuridica tra gli Stati contraenti, nell'ottica della progressiva realizzazione di un ordinamento *simil-federale*; una comunità

²² V. J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, cit., 2420.

²³ K.J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, cit., 11.

²⁴ Si tratta dell'effetto diretto, della *primauté*, dei poteri impliciti e, infine, della *doctrine of human rights*. V. ancora J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, cit., 2413 ss.

sovranazionale di cui il Trattato costituirebbe l'atto fondativo, di carattere materialmente costituzionale²⁵. A loro volta, il carattere materialmente costituzionale del Trattato CEE e la finalità che esso sarebbe chiamato a perseguire – elementi legati l'uno all'altro da un rapporto di stretta dipendenza – giustificano sia il ricorso ad un'interpretazione teleologica fortemente creativa da parte della Corte²⁶, sia un ripensamento in termini del tutto originali del ruolo della stessa Corte di giustizia, quale organo deputato non già a tutelare l'equilibrio istituzionale sotteso al Trattato di Roma, ma a promuovere una dinamica interordinamentale coerente con l'obiettivo dell'integrazione e con la sua progressiva realizzazione²⁷.

In altri termini, la rilettura delle disposizioni di carattere sostantivo del Trattato – e cioè di quelle tese a dire che cosa sia la Comunità e quali siano i suoi rapporti con gli Stati membri – si accompagna a una interpretazione parimenti creativa degli articoli sulla Corte di giustizia e sul suo ruolo, all'interno del disegno istituzionale complessivo. Se il Trattato ha natura materialmente costituzionale e regge un assetto istituzionale *simil-federale*, al giudiziario europeo spetta un ruolo che può avvicinarsi a quello di una corte suprema²⁸. Così, grazie alle teoriche dell'effetto diretto e della *primauté*²⁹, l'art. 177 assume un ruolo diverso da quello immaginato dai redattori del Trattato, volto non più solo a sancire la retta interpretazione del diritto europeo primario e derivato, ma a sindacare altresì la sua corretta implementazione ad opera della legislazione nazionale. Certo, la Corte di giustizia non ha e non si arroga affatto il potere di sancire l'incompatibilità del diritto statale con quello sovranazionale, ma nelle sue pronunce sottintende – spesso in modo inequivoco³⁰ – tale valutazione, lasciando al giudiziario nazionale

²⁵ Come asserito dal giudice Pescatore, con riferimento al *reasoning* elaborato dalla Corte di giustizia in *Van Gend en Loos*, il «reasoning of the Court shows that the judges had “une certaine idée de l'Europe” of their own, and that it is this idea which has been decisive and not arguments based on the legal technicalities of the matter» (P. Pescatore, *The Doctrine of Direct Effect: An Infant disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1982, 157).

²⁶ V. ad es. con specifico riferimento al *reasoning* sviluppato in *Van Gend en Loos*, P.P. Craig., *Once Upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 1992, 453, in part. 459-460.

²⁷ Questo ruolo svolto attivamente dalla Corte è stato ben colto da quella parte degli studiosi che ha approcciato il tema dello sviluppo del diritto primario europeo non già da una prospettiva di stretto formalismo giuridico, quanto piuttosto con metodo spiccatamente interdisciplinare, a partire da M. Shapiro, *Comparative Law and Comparative Politics*, in *53 S. Cal. L. Rev.* 537 (1980).

²⁸ V. T.C. Hartley, *Federalism, Courts and Legal System: The Emerging Constitution of the European Community*, in *34 Am. J. Comp. L.* 229, 235 (1986).

²⁹ O, per meglio dire, *primauté* domestica, o interna, posto che sul piano internazionale le norme appunto sovranazionali debbono prevalere sul diritto interno eventualmente contrario, ancorché posteriore. V. B. de Witte, *Retour à “Costa”. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, 428 ss.

³⁰ Vale la pena sul punto riportare la testimonianza del Giudice Mancini: «in fact ... whenever they asked if national rule A is in violation of Community Regulation B or Directive C, the Court answered that its only power is to explain what B or C actually mean. But, having paid this lip service to the language of the Treaty and having clarified the meaning of the relevant Community measure, the Court usually went on to indicate to what

il compito, sostanzialmente meccanico, di trarre le logiche conclusioni.

In estrema sintesi, lo sviluppo dell'integrazione europea, nelle forme in cui si è realizzata nel corso delle decadi che separano la redazione dei Trattati dal tempo attuale, trova la sua causa più prossima nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha in primo luogo individuato nella creazione di un ordinamento sovranazionale *simil-federale* la finalità fondamentale *obiettivamente* perseguita dai Trattati – e cioè al di là delle intenzioni dei redattori e di quella che era l'originaria volontà dei Paesi fondatori –, per fornire poi delle disposizioni di questi ultimi una lettura fortemente innovativa e creatrice, in particolare grazie a un'interpretazione teleologicamente orientata, e per assumere un ruolo proattivo solo in parte coerente con quello immaginato a Roma e cristallizzato negli art. 169 ss. del Trattato CEE.

3. I protagonisti dell'integrazione europea

Per quanto composta di personalità autorevoli, una Corte sovranazionale non avrebbe mai potuto svolgere il ruolo giocato dalla Corte di giustizia – senza perdere la propria legittimazione e condannarsi così all'irrilevanza – in assenza di elementi di contesto e, soprattutto, del contributo di attori ulteriori, capaci di tracciare quella strategia politica dell'integrazione europea necessaria affinché le coraggiose metodiche interpretative sviluppate dal giudice di Lussemburgo potessero produrre frutti concreti.

Difatti, se in termini generali la prospettiva degli Stati uniti d'Europa sembra avere perso smalto nella seconda metà degli anni cinquanta, ciò non significa affatto che essa sia stata abbandonata da tutti gli attori politici e istituzionali più rilevanti. Al contrario, per un verso la delegazione olandese alla convenzione incaricata di redigere il testo del Trattato di Roma è ancora favorevole a passi decisi in direzione di un assetto federale europeo; per altro verso, il personale già incardinato presso le Istituzioni della CECA e destinato a svolgere un ruolo di primo piano anche in ambito CEE è in larghissima parte permeato da ideali federativi paneuropei.

In estrema sintesi, alla vigilia degli anni sessanta, il contesto in cui sarà chiamato a svilupparsi il processo di integrazione europea è caratterizzato da due fattori fondamentali, ulteriori rispetto alla già analizzata debolezza del disegno istituzionale tracciato dal Trattato CEE. Per un verso, la reiezione del progetto della Comunità europea di difesa e il seguente naufragio della Comunità politica europea avevano derubricato l'integrazione politica a ipotesi meramente futuribile, da lasciare nel cassetto in attesa di momenti migliori³¹. In altri termini, le vicende del 1954 segnano la sconfitta del movimento federalista; di conseguenza, l'unica opzione percorribile per promuovere forme avanzate di integrazione giuridico-

extent a *certain type* of national legislation can be regarded as compatible with that measure» (G.F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Mkt L. Rev.*, 1989, 606).

³¹ Sull'impatto della reiezione della CED sui Trattati di Roma, v. P. Pescatore, *Les Travaux du "Groupe juridique" dans la négociation des traités de Rome*, in *Studia diplomatica*, 1981, 159 ss.

politica in Europa rimane quella funzionalista, immaginata da Jean Monnet, improntata a un approccio gradualista, al ruolo indefettibile di *élite* modernizzatrici e illuminate e debitrice a una filosofia della storia in un certo senso determinista. Per altro verso, a livello europeo vi sono personalità assolutamente convinte del carattere di necessità storica del processo di integrazione. Nel complessivo contesto del periodo in esame, tale convinzione si declina quindi nella piena adesione all'opzione funzionalista e nel convincimento circa l'esigenza di dare una lettura delle disposizioni del nuovo Trattato, appena entrato in vigore, quanto più possibile coerente con la finalità di promuovere l'integrazione economica, quale presupposto dell'unificazione giuridico-politica.

Un primo gruppo di attori che svolgono un ruolo chiave nel promuovere il processo di integrazione e nel permettere una lettura in termini costituzionali del Trattato di Roma è costituita dai soggetti che, a vario titolo, siedono in ruoli di primo piano all'interno delle Istituzioni europee³², primo tra questi il tedesco Walter Hallstein³³.

Già capo della delegazione tedesca alla *Conferenza Schuman* per la formazione della CECA, Hallstein viene scelto per guidare la prima Commissione della Comunità economica europea (1958-1962) e, confermato nella carica in occasione della nomina della seconda Commissione (1962-1967), dirige i lavori dell'Istituzione per quasi un decennio. Tali circostanze spiegano il rilievo che la sua figura ha nel promuovere una determinata lettura del Trattato di Roma e, soprattutto, nell'interpretare il ruolo che spetta alla Commissione, all'interno del *quadripartitismo istituzionale*³⁴ europeo.

Sotto questo profilo, giova sottolineare come Hallstein muova da studi di carattere giuridico ed economico e sia stato influenzato in misura significativa dalle tesi ordoliberali³⁵, sviluppate attorno alla rivista *Ordo* nella Germania degli anni trenta e riprese, all'indomani della Seconda guerra mondiale, da Konrad Adenauer con la formula dell'economia sociale di mercato³⁶. In particolare, l'idea forza sviluppata dall'ordoliberalismo concerne la centralità della scelta in favore del mercato concorrenziale quale *grundnorm* dell'organizzazione economica³⁷, la quale ha penetranti riflessi sul piano giuridico-costituzionale, a partire dalla necessità di una costituzione politica capace di porre il decisore pubblico nella condizione di imporre il meccanismo concorrenziale agli agenti economici e dal

³² Sul ruolo politicamente "rassicurante" svolto dalla Commissione, in favore della Corte di giustizia, v. E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *75 Am. J. Int. L.* 1, 8 (1981).

³³ Sul ruolo di Hallstein e sulle sue posizioni ordoliberali v. in part. A. Vauchez, *Brokering Europe, Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge, 2015, 24 ss.

³⁴ Sul significato dell'espressione, v. P. Pescatore, *L'Exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les Traités de Paris et de Rome*, in *Cahiers de droit européen*, 1978, 387.

³⁵ V. ancora A. Vauchez, *Brokering Europe*, cit., 25.

³⁶ V. A. Somma, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in questa *Rivista*, 2015, 115 ss. V. pure V. Berghahn, *Ordoliberalism, Social Catholicism, and West Germany's Social Market Economy, (1949-1976)*, in M. Dold, T. Krieger (Eds), *Ordoliberalism and European economic policy: between realpolitik and economic utopia*, London, 2019, 74 ss.

³⁷ V. ancora A. Somma, *Economia sociale di mercato*, cit., 109-114.

ruolo chiave che questo meccanismo svolge per affrontare e risolvere i diversi ma collegati problemi del potere sociale – a partire dal suo fondamentale versante di potere economico – e del conflitto distributivo.

Sulla base di questa prospettiva economico-politica, Hallstein può ricostruire il Trattato di Roma in termini genuinamente costituzionali³⁸: il mercato comune, di carattere appunto concorrenziale grazie agli art. 85 e 86 del TCEE, si pone quale elemento di volta di un ordine costituzionale materiale oggettivo³⁹, in grado di frammentare e distribuire il potere economico; al contempo, sempre in armonia con gli assunti della scuola ordoliberal, il mercato è anche lo strumento che permette ai singoli soggetti, a prescindere dalla nazionalità e dai legami con le Istituzioni statali, di interagire e di integrarsi in una comunità che ha origini economiche, ma che si sviluppa anche sul piano più generalmente sociale. A sua volta, la Commissione è chiamata a svolgere il ruolo di guardiano di questo ordine materialmente costituzionale, sancito dal Trattato di Roma, e ad assicurare quindi, con tutta l'autorevolezza del caso, il funzionamento in concreto del meccanismo concorrenziale.

382

Il ruolo cruciale della concorrenza, nell'approccio fatto proprio da Hallstein, porta a considerare un secondo soggetto, che in buona misura condivide con il Presidente della Commissione la formazione giuridica ed economica e l'adesione alle tesi ordoliberali, oltre alla nazionalità tedesca. Si allude a Hans von der Groeben, vice di Hallstein nella delegazione della *Bundesrepublik* alla *Conferenza Schuman*, commissario alla concorrenza nelle due Commissioni da questi presiedute e, infine, commissario per il mercato interno nella Commissione Rey.

Il commissario alla concorrenza in primo luogo condivide nella sostanza la posizione di Hallstein sul carattere costituzionale del Trattato di Roma, in quanto imperniato sul mercato concorrenziale. Su tale base, coadiuvato da Ernest Mestmäcker, egli si adopera per conferire agli art. 85 e 86 un'efficacia immediata e diretta⁴⁰ e specialmente per enucleare un meccanismo di *enforcement* esclusivamente incentrato sulle Istituzioni europee – in prima battuta la Commissione e, in caso di ricorso, la Corte di giustizia – con esclusione di un ruolo attivo degli Stati e, soprattutto, delle mediazioni politiche che l'intervento di questi ultimi avrebbe portato con sé⁴¹. Nell'ottica di von der Groeben e di Hallstein, infatti, la disciplina della concorrenza è l'ambito privilegiato in cui sperimentare

³⁸ V. A. Boerger, M. Rasmussen, *Transforming European Law*, cit., 203 ss.

³⁹ Come asserisce lo stesso Hallstein, sia nella veste formale di Presidente della Commissione (v. il Memorandum della Commissione sul Programma d'azione della comunità nella seconda tappa del 1962, in cui si legge che «La comunità economica europea non è quindi un'impresa puramente economica ... Al contrario, si può affermare che con la Comunità l'integrazione politica è già stata avviata in un settore molto vasto» – p. 5), sia come privato cittadino, autore di articoli e monografie (v. ad es., *Der Unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf-Vien, 1969, trad.fr. *L'Europe inachevée*, Paris, 1970, in cui alla Comunità economica europea è espressamente attribuita una legge fondamentale incentrata sulla concorrenza e dove il Trattato risulta essere fondato sulla concezione di un ordine economico che deriva dall'economia di mercato – risp. p. 35 ss. e 127 ss.).

⁴⁰ V. ancora A. Vauchez, *Brokering Europe*, cit., 58 ss.

⁴¹ Gli sforzi di von der Groeben peraltro addivengono a un risultato significativo, costituito dall'adozione del Regolamento n. 17 del 6 febbraio 1962.

una pratica di governo legittimata sul piano dell'*expertise* tecnica e lontana dalle mediazioni della prassi politica⁴².

Coerentemente con le posizioni assunte sul piano teorico, nel corso del suo primo mandato come Commissario von der Groeben si adopera affinché l'approccio delle Istituzioni europee sia particolarmente rigido⁴³, anche nei confronti di quegli accordi tra imprese – come i diritti di esclusiva in favore di rivenditori di altri Stati membri – che idealmente avrebbero potuto giustificarsi, posta la forte frammentazione nazionale del nascente mercato comune e la necessità di incentivare i movimenti transfrontalieri.

All'anima tedesca e ordoliberal, si affianca il contributo decisivo recato da un *grand commis* francese, Michel Gaudet, in servizio sin dal 1952 presso il servizio legale della CECA. A tale titolo partecipa alla redazione dei Trattati di Roma e, all'indomani della loro entrata in vigore, conscio della debolezza di una struttura articolata su tre Comunità, ciascuna governata da proprie istituzioni, si prodiga per creare un servizio legale unificato, che funga da collegamento reciproco. Naturalmente, la riuscita del progetto ha quale prevedibile conseguenza l'accentuazione del ruolo del diritto nel promuovere l'integrazione europea, a spese di altre dimensioni che pur avrebbero potuto – e forse dovuto – giocare un ruolo più significativo. Al contempo, l'unificazione del servizio legale comporta il trasferimento delle acquisizioni teoriche sviluppate nei primi anni di funzionamento della CECA agli ambiti CEE ed Euratom, con ciò enfatizzando gli elementi di somiglianza tra il Trattato di Parigi e quelli di Roma, a discapito delle pur rilevanti differenze.

Al di là della creazione di un servizio legale unificato, il ruolo svolto da Gaudet è particolarmente significativo per un ulteriore motivo. Infatti, sin dai primi anni di vita della Comunità del carbone e dell'acciaio, il servizio legale incomincia a promuovere un'interpretazione di carattere costituzionale del Trattato, quale atto volto a creare – non solo una comunità con scopi economici definiti ma – le premesse di un ordinamento sovranazionale di natura *simil-federale*, secondo l'approccio funzionalista sviluppato in prima persona dal presidente dell'Alta Autorità, Jean Monnet.

Così, il servizio legale dell'Alta Autorità interviene nelle prime cause pendenti di fronte alla Corte di giustizia per promuovere un'interpretazione teleologica delle norme del Trattato di Parigi, con risultati che però, almeno in principio, appaiono⁴⁴ alquanto modesti. La ragione di tale insuccesso, ragiona

⁴² V. H. von der Groeben, *The European Community: The Formative Years. The struggle to establish the Common Market and the Political Union*, Luxembourg, 1987, 59 ss.

⁴³ V. ad es. Corte giust., sent. 13 luglio 1966, C-56/64 e 58/54, *Consten/Grundig c. Commissione*. V. però anche Id., sent. 30 giugno 1966, C-56/65, *STM c. MBU*.

⁴⁴ Per un giudizio del tutto opposto v. però D. Edwards, *Judicial Activism—Myth or Reality?* Van Gend en Loos, Costa v. ENEL and the Van Duyn Family Revisited, in A.I.K. Campbell, M. Voyatzi, (Eds), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in the Honour of Lord Mackenzie-Stuart*, Trenton (NJ), 1996, 29, in part. 36 ss., il quale ritiene che la corte abbia sostanzialmente seguito i suoi precedenti, con ciò smentendo quanto nel corpo del testo e lo stesso giudizio di Michel Gaudet.

Gaudet nella sua corrispondenza privata⁴⁵, è da ricercare nella personalità eccessivamente conservatrice dei giudici della Corte. Di conseguenza, vale la pena non solo di insistere, ma anche di promuovere una più ampia accettazione in ambito accademico di un approccio alla Comunità europea più innovativo e pronto a riconoscerne le peculiarità rispetto alla generalità delle organizzazioni internazionali.

In quest'ottica, il servizio legale partecipa all'organizzazione di numerosi eventi, a partire dal convegno di Milano e Stresa del 1957⁴⁶, e promuove la formazione di associazioni scientifiche dedicate al diritto europeo⁴⁷, tra cui la *Fédération internationale pour le droit européen* (FIDE), istituita per coordinare l'attività delle strutture nazionali e indirizzarle al fine di meglio promuovere una lettura "costituzionale" del diritto europeo⁴⁸.

I risultati del lavoro del servizio legale di Gaudet non mancano di arrivare. In primo luogo, la Corte di giustizia fa proprio l'approccio sotteso all'idea di un servizio legale unificato e con la sentenza *Campolongo*⁴⁹ dichiara che i Trattati istitutivi delle tre comunità vanno letti come le parti di un progetto più ampio e organico. Soprattutto, all'indomani della nomina dei giudici Trabucchi e Lecourt, la Corte si appropria dell'approccio all'interpretazione dei Trattati propugnato dal Servizio legale e, su tale base, adotta una delle sentenze chiave dell'opera di costituzionalizzazione⁵⁰ del diritto primario europeo come *Van Gend en Loos*⁵¹.

Come in una sorta di sistema a cerchi concentrici, se la Corte di giustizia opera in uno spazio determinato, almeno in parte significativa, dal ruolo giocato da soggetti che ricoprono ruoli istituzionali, come il Presidente della Commissione Hallstein o il direttore generale del servizio giuridico Gaudet, questi secondi soggetti si muovono altresì in un circolo più ampio e sono chiamati a interagire con una pluralità di attori, a partire dagli accademici e dai professionisti. Senza aprire un discorso per altri versi complesso, che porterebbe lontano dal ragionamento sviluppato in queste pagine, vale la pena sottolineare il ruolo giocato dalla moltitudine di persone che a vario titolo hanno contribuito, ora sul piano

⁴⁵ Come pazientemente ricostruito da A. Boerger, M. Rasmussen, *The Making of European Law: Exploring the Life and Work of Michel Gaudet*, in 57 *Am. J. Leg. Hist.* 51, 70 (2017).

⁴⁶ *Congrès international d'études sur la CECA*, 31 maggio-10 giugno 1957. Sul ruolo storico del convegno di Stresa, v. J. Bailleux, *Comment l'Europe vint au droit. Le Premier congrès international d'études de la CECA (Milan-Stresa 1957)*, in *Revue française de science politique*, 2010, 295.

⁴⁷ Secondo quella che è stata definita nei termini di *mobilization strategy*. V. J. Bailleux, *Michel Gaudet, a Law Entrepreneur: The Role of the Legal Service of the European Executives in the Invention of EC Law and the Birth of the Common Market Law Review*, in *Comm. Mkt L. Rev.*, 2013, 359.

⁴⁸ Sul ruolo della FIDE, v. M. Rasmussen, *Establishing a Constitutional Practice: The Role of the European Law Associations*, in W. Kaiser, J.-H. Meyer (Eds), *Societal Actors in European Integration. Policy-Building and Policy Making, 1958-1992*, Palgrave, 2013, 173 ss.

⁴⁹ Corte giust., sent. 10 maggio 1960, C-27/59, *Campolongo c. Alta autorità*.

⁵⁰ V. M. Rasmussen, *Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of the European Executive, 1952-65*, in *Contemporary European History*, 2012, 375 ss. V. anche W. Phelan, *The Revolutionary Doctrines of European Law and the Legal Philosophy of Robert Lecourt*, in *European Journal of International Law*, 2017, 935 ss.

⁵¹ V. M. Rasmussen, *Revolutionizing European Law*, cit., 136 ss.

teorico, ora su quello pratico, all'affermazione di una lettura in termini costituzionali dei Trattati europei.

Fondamentale rilievo ha il piano teorico, il quale fornisce l'*humus* essenziale al fine dell'accettazione del corso, intrapreso dalla Corte di giustizia, da parte del variegato mondo delle professioni giuridiche⁵² e, soprattutto, dei giudici delle giurisdizioni nazionali. Stante la mancata previsione nel Trattato di particolari meccanismi di *enforcement*, infatti, l'adesione spontanea alle teorie dell'effetto diretto e della *primauté* del diritto europeo da parte dei giudici comuni svolge un ruolo centrale nel processo che si sta analizzando⁵³. La larga diffusione di un approccio favorevole a una lettura in termini costituzionali dei Trattati europei non è stata però immediata e lineare: nel dibattito accademico, la riconduzione delle Comunità a normali organizzazioni internazionali, rette secondo i classici principi del diritto internazionale pubblico, è stata la tesi prevalente almeno fino a tutti gli anni sessanta. Tuttavia, lo sforzo di disseminazione di teorie più favorevoli⁵⁴ a una loro natura *sui generis* produce nel corso degli anni un rovesciamento del *mainstream*, grazie in particolare alla determinazione delle associazioni nazionali per il diritto europeo e alla loro federazione di coordinamento⁵⁵, oltre all'impegno diretto in tal senso di alcuni giudici della Corte e dei loro assistenti⁵⁶.

Al contempo, non è da trascurare il ruolo giocato sul piano pratico – grazie alla declinazione particolarmente penetrante dell'art. 177 TCEE⁵⁷ – da alcuni giuristi particolarmente attenti, anche per via di personali convinzioni politiche e ideologiche, allo sviluppo dell'integrazione europea quale fattore di limitazione della pervasività dell'intervento pubblico nella sfera economica. È in primo luogo il caso di Flaminio Costa e del suo avvocato, Gian Galeazzo Stendardi, i quali intentano una causa pilota, al fine di affermare la superiorità delle regole del diritto primario europeo, incentrate sull'idea del mercato concorrenziale⁵⁸, in opposizione alla scelta della Repubblica italiana di procedere alla nazionalizzazione del settore elettrico. Come è noto, è grazie al loro contributo se la Corte di giustizia ha l'occasione di adottare *Costa c. Enel*.

Volendo operare una sintesi di quanto analizzato in questo paragrafo, si

⁵² V. A. Bernier, *Constructing and Legitimizing: Transnational Jurist Networks and the Making of a Constitutional Practice of European Law, 1950-1970*, in *Contemporary European History*, 2012, 399 ss.

⁵³ Sul rilievo dei giudici nazionali, v. G.F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, cit., 597 ss.

⁵⁴ Per dettagli sugli autori che sin da principio si sono impegnati in tal senso, v. A. Boerger, M. Rasmussen, *Transforming European Law*, cit., 205 ss.

⁵⁵ K. Alter, *The European Court's Political Power*, Oxford, 2009.

⁵⁶ V. ad es. A. Trabucchi, *Un nuovo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 259 ss., M. Lagrange, *L'organisation, le fonctionnement et le rôle de la Cour de justice des communautés européennes*, in *Bulletin de l'association des juristes européens*, 1963, 5 ss., e ancora il commento a *Van Gend en Loos* di P. Gori, *Una pietra miliare nella trasformazione del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1963, IV, 49 ss.

⁵⁷ V. F. Mancini, D.T. Keeling, *Democracy and the European Court of Justice*, in *Modern L. Rev.*, 1994, 184 ss.

⁵⁸ V. A. Vauchez, *Brokering Europe*, cit., 131 ss.

possono quindi sottolineare due elementi di particolare rilievo: in primo luogo, la Corte di giustizia ha operato in un contesto più ampio, caratterizzato dalla presenza di soggetti che hanno contribuito sia a costruire le dottrine fondamentali su cui si basa la lettura del diritto primario europeo in senso costituzionale, sia a promuoverne l'accettazione a livello di Paesi membri. In secondo luogo, l'opera di questi soggetti ha patito un duplice condizionamento: il primo concerne il dato testuale dei Trattati, i quali possono essere oggetto di interpretazioni teleologiche e creatrici, ma non possono essere completamente riscritti in sede applicativa o giurisdizionale. Il secondo condizionamento – intimamente correlato al primo – riguarda le posizioni filosofico-politiche, a partire dall'ordoliberalismo di Hallstein e dalla fiducia nelle potenzialità del diritto di Gaudet. Vi è infatti una convergenza fondamentale tra il dato testuale del Trattato CEE e tali posizioni, in quanto queste seconde consentono di enfatizzare le potenzialità di un testo giuridico non privo di limiti intrinseci, mascherandone al contempo i limiti.

4. Il ruolo della concorrenza e l'integrazione attraverso il mercato

Le osservazioni sviluppate nei precedenti paragrafi conducono a quello che è il punto cruciale delle presenti riflessioni. Si tratta di individuare i caratteri essenziali del percorso di integrazione europea e, soprattutto, la loro natura essenzialmente contingente, legata a elementi storicamente determinati, come il testo dei Trattati, e in parte occasionali quali le posizioni filosofico-politiche dei soggetti che hanno saputo promuovere, o a seconda dei casi assecondare, una loro lettura in termini costituzionali.

Quanto al primo profilo, al di là delle reticenze e delle assenze colmate dalla Corte di giustizia con la sua giurisprudenza innovativa e teleologicamente orientata, vi sono l'unione doganale e il seguente mercato comune quali inequivoci prodotti del Trattato di Roma. A loro volta, l'unione doganale consiste nel semplice abbattimento delle restrizioni tra i Paesi membri alla libera circolazione delle merci e dei servizi, con la conseguente messa in comune della politica commerciale, mentre il mercato comune è una costruzione giuridica più complessa che si fonda sul divieto di restrizioni fiscali e regolatorie agli scambi interni, andando però ben oltre questo pur fondamentale dato di partenza. Il mercato comune presuppone infatti una più ampia libertà di movimento dei fattori della produzione oltre che dei singoli prodotti – con ciò completandosi il quartetto di libertà fondamentali su cui si regge l'impianto del Trattato di Roma – e soprattutto un quadro minimamente omogeneo di regole comuni. Infatti, al di là di ingenue posizioni di derivazione fisiocratica, il mercato è *locus artificialis*, retto da regole che ne permettono il regolare funzionamento e che impediscano, ai rapporti di forze che inevitabilmente si creano al suo interno, di produrre esiti economicamente (e socialmente) del tutto indesiderabili. Così, per un verso si procede ad assegnare alle Istituzioni della Comunità un potere normativo, articolato su due tipi di atti diversi per efficacia giuridica; per altro verso, si iscrivono direttamente nel Trattato le regole basilari su come il mercato debba

configurarsi, con la disciplina della concorrenza.

In questo quadro emergono quindi tre elementi fondamentali, che caratterizzeranno il futuro procedere del processo di integrazione: le quattro libertà fondamentali; la natura concorrenziale del mercato comune; il ruolo dirimente del diritto nella costruzione di questo stesso mercato e, di conseguenza, nel più generale processo di integrazione.

Si tratta, all'evidenza, di un progetto non certo privo di ambizione, ma parziale e apparentemente inidoneo a produrre una vera integrazione politica. Non soltanto nel Trattato CEE non vi sono elementi tesi a creare un processo politico di dimensione sovranazionale, ma anche le politiche affidate alla cura della Comunità sono o specificamente settoriali – agricoltura e trasporti – o incentrate su una valutazione tecnico-giuridica, che può prescindere dalla definizione di un chiaro indirizzo politico⁵⁹. Ancora, le opzioni politicamente più significative sottese al Trattato si sviluppano nell'ambito dell'integrazione negativa; in altri termini, si mira più a limitare l'agire politico degli Stati nella sfera economica che ad assegnare alle Istituzioni della Comunità un ruolo politicamente attivo.

Di fronte a un Trattato siffatto, all'obiettivo della definizione di un ordinamento sovranazionale di natura *simil-federale* sembra mancare un elemento normalmente chiamato a svolgere un ruolo centrale nel *federalizing process*: degli istituti che incoraggino l'emersione di un processo politico⁶⁰ di dimensione federale, in grado di comporre in un equilibrio coerente le spinte centripete e centrifughe che caratterizzano il divenire di ogni Federazione⁶¹.

Messo davanti a tale lacuna, l'approccio funzionalista all'integrazione europea propone una filosofia della storia di carattere eccessivamente deterministico⁶²: l'intervenuta integrazione economica produrrà le condizioni affinché l'integrazione politica venga sentita dai partecipanti come naturale sviluppo del percorso già compiuto.

Non è questa però la visione dei principali artefici della lettura in termini costituzionali del Trattato di Roma. Piuttosto, a giocare un ruolo decisivo è una sorta di perplessa riconsiderazione del rilievo dei processi politico-democratici. In primo luogo, è la fiducia nella capacità del diritto di orientare i processi socio-economici e a prevenire o risolvere la conflittualità endemica nel corpo sociale a rendere plausibile l'idea di un testo di natura *costituzionale* adottato al di fuori dell'esercizio di un potere costituente e, a seguire, di un processo di integrazione

⁵⁹ D'altra parte, il principio democratico non ha trovato spazio nel Trattato istitutivo della CEE, come enfaticamente sottolineato («shocking though it may seem, the Community was never intended to be a democratic organisation») da F. Mancini, D.T. Keeling, *Democracy and the European Court of Justice*, cit., 175 s.

⁶⁰ V. sul p.to C.J. Friedrich, *The Elaboration of a Constitution as a Political Process*, in Id., *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Boston (MA), 1950, 167 ss.

⁶¹ Su tale necessità v. il classico C.J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, London, 1968.

⁶² E per tale motivo S. Hoffmann definisce tale approccio nei termini della «most potent illusion», quella di credere che «Europe's unity will proceed thanks to step-by-step, concrete bargains and independent, expert "supranational" therapy» (*Europe's identity crisis: between the past and America*, in *Dedalus*, 1964, 1274).

ad egemonia giuridica. Simmetricamente, il mercato concorrenziale è posto al centro di un modello di organizzazione sociale che assicura l'integrazione del singolo, tende *naturalmente* a produrre equilibri e risolve in radice il problema del contrasto tra interessi confliggenti grazie al meccanismo *offerta-domanda-prezzo* e allo schermo ideologico dell'utilità marginale. Una volta che si sia optato per questa visione di matrice ordoliberal, il problema dell'integrazione politica diviene secondario, in quanto le Istituzioni debbono adottare le norme necessarie a costituire un *Cosmos*, lasciando ai soggetti privati che si muovono nel mercato la scelta delle finalità e al gioco della concorrenza il compito di ricondurre tutto ciò a un ordine, naturalmente *catallattico*⁶³. Al pari di tutto ciò che mira a disporre una *Taxis*, l'indirizzo politico – obiettivo e giustificazione ultima dei processi politici – è quindi un corpo estraneo, capace solo di turbare il *buon andamento* di un'organizzazione sociale siffatta.

Su queste basi filosofico-politiche, un progetto di integrazione incentrato sul mercato comune improntato al principio di libera concorrenza non appare un disegno parziale, un obiettivo intermedio che produce le condizioni per la più generale integrazione politica. Al contrario, è considerato un programma autonomo ed efficace di integrazione giuridico-politica *tout court*⁶⁴.

5. La svolta degli anni settanta

Per tutti gli anni sessanta, il processo di integrazione resta sottotraccia. Certo, la Corte di giustizia adotta delle sentenze storiche, ove elabora le dottrine che successivamente guideranno il versante giuridico-costituzionale del processo di integrazione europea. Al contempo, queste dottrine giungono sul piano nazionale e incontrano il plauso di significativa parte degli operatori giuridici. Tuttavia, per un verso vi sono anche numerose e autorevoli resistenze da parte di attori nazionali fondamentali, come le Corti costituzionali italiana e tedesca⁶⁵. Per l'altro, gli attori politici non sembrano prestare particolare credito al mercato comune e alle sue regole di concorrenza⁶⁶. Non a caso, il pendolo della storia è ancora nel pieno dei *Trente glorieuses*: gli Stati europei sono tutti, a vario titolo, economie di mercato guidate, con un intervento pubblico nella sfera economica relevantissimo e finalizzato a indirizzare lo sviluppo del sottosistema economico verso la soddisfazione delle esigenze sociali, per come mediate dal processo politico.

Come accennato in sede di introduzione, la svolta si verifica negli anni settanta, con la crisi del modello socio-economico che aveva retto il trentennio precedente, plasticamente rappresentata dalla stagflazione, e con il deciso

⁶³ La terminologia evidenzia l'esplicito riferimento a F.A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London, 1973, le cui tesi collimano in diversi punti – come ammesso dallo stesso Autore – con quelle propugnate dagli ordoliberali e poste alla base dell'economia sociale di mercato.

⁶⁴ Come espressamente dichiarato da W. Hallstein, *Der Unvollendete Bundesstaat*, cit., 35 ss.

⁶⁵ Oltre a quanto si dirà sulla Corte costituzionale italiana nel prosieguo, v. ad es. la pronuncia del Bundesverfassungsgericht nel caso *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

⁶⁶ V. ad es. la testimonianza di N. Heathcote, *The Crisis of European Supranationality*, in *Journal of Common Market Studies*, 1966, 140 ss.

riorientamento del *mainstream* in materia economico-politica, dalla centralità dell'intervento dello Stato all'autonomia del mercato nel raggiungere gli equilibri più soddisfacenti dal punto di vista economico-sociale. Non appare quindi un caso se il processo di integrazione ha conosciuto una decisa accelerazione a partire dalla seconda metà degli anni settanta, in seguito sia al rinnovato attivismo della Corte di giustizia, che ha fornito interpretazioni sempre più penetranti di alcune norme del Trattato che limitano l'intervento discrezionale dello Stato nel mercato, sia ad una maggior accondiscendenza da parte degli attori fondamentali, al livello degli Stati membri, nei confronti dell'integrazione europea.

Volendo fare qualche rapsodica esemplificazione di tale accelerazione, è il caso di prendere in esame in primo luogo la *primauté* del diritto europeo, già affermata dalla Corte in *Costa c. Enel*. In quella sentenza, infatti, il giudice di Lussemburgo aveva preferito arrestarsi alla dichiarazione di principio, senza entrare in conflitto con l'opposta visione espressa dalla Corte costituzionale italiana⁶⁷, dichiarando che la legge di nazionalizzazione di Enel non violava il diritto comunitario. È nel 1978, invece, che la dottrina sviluppata un quindicennio prima trova il suo più significativo sviluppo, con la dichiarazione per cui:

«le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere «*ipso jure*» inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche — *in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri* — di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie»⁶⁸

Ora, a dispetto della tesi per cui tale statuizione era in qualche misura implicita nel *reasoning* sviluppato dalla stessa Corte in *Costa c. Enel*⁶⁹, appare chiaro che la descrizione in termini del tutto monisti del rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale, con la ricostruzione delle loro relazioni in chiave gerarchica e senza alcuna considerazione per le procedure e per l'architettura istituzionale dello Stato membro sono elementi che vanno ben oltre la mera *primauté* sancita nel 1964.

Allo stesso tempo, l'accettazione della *primauté* del diritto europeo da parte delle Corti costituzionali o di cassazione europee avviene con molta prudenza e

⁶⁷ Il riferimento non può che andare alla sentenza resa dalla Corte costituzionale nel caso *Costa* – e cioè la n. 14 del 1964 – il cui par. 6 affronta il problema del rapporto tra diritto nazionale e diritto europeo, in coerenza con il valore di ciascun atto nella gerarchia delle fonti, a partire dal rango di mera legge dell'ordine di esecuzione del Trattato di Roma. Va da sé che ciò che si appoggia su una mera legge non ha, in sé, valore superiore alla legge, mentre il carattere solamente permissivo dell'art 11 comporta che tale legge non abbia una forza passiva peculiare («Né si può accogliere la tesi secondo cui la legge che contenga disposizioni difformi da quei patti sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato ... L'art. 11 ... considerato nel senso già detto di norma permissiva, non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del trattato»).

⁶⁸ Corte giust., sent. 9 marzo 1978, c-106/77, *Simmmenthal*, par. 17 (corsivo aggiunto).

⁶⁹ Per una lettura consimile di *Costa*, v. B. de Witte, *Retour à "Costa"*, cit., 425 ss.

qualche distinguo a metà degli anni settanta⁷⁰, secondo un processo che per il nostro Paese si chiude solo nel 1984. In quest'anno, la Corte costituzionale italiana, rivedendo i propri precedenti, accetta nella misura del possibile la tesi della Corte di Lussemburgo e – pur mantenendo l'approccio dualista, necessario a ribadire la superiorità della Costituzione nazionale, almeno nei suoi principi fondamentali⁷¹ – permette al giudice interno di non applicare – senza però poter *disapplicare* – la legge domestica successiva, per contrasto con la norma comunitaria precedente⁷².

Il cambio di passo in materia di rapporti tra diritto nazionale e ordinamento europeo trova anche una conferma, di carattere quantitativo, nel numero di ricorsi presentati alla corte di giustizia, la cui crescita si giustifica solo in minima parte con l'adesione di nuovi Stati alla Comunità economica europea. In particolare, se il numero di rinvii pregiudiziali da parte di giurisdizioni nazionali si assesta in tutto il decennio 1960-1969 a 75, nella decade successiva essi sono 666 e raddoppiano ulteriormente nel periodo 1980-1989. Ancora più significativamente, i ricorsi alla Corte da parte della Commissione, ex art. 169 TCEE, passano da 27 (1960-1969) a 70 (1970-1979), per giungere a 646 negli anni ottanta⁷³, segno tangibile di una conquistata effettività delle norme del diritto europeo, primario e derivato.

Al di là del pur fondamentale rapporto tra diritto comunitario e fonti interne, il decennio che parte dalla seconda metà degli anni settanta si caratterizza anche per la riscoperta, in senso rigorista, di alcune norme del Trattato. Sono in primo luogo le disposizioni sancite agli art. 30 ss. TCEE, che vietano le restrizioni quantitative importazioni e le misure di effetto equivalente. Contrariamente a quanto accade per le restrizioni fiscali, illegittime in quanto volte a discriminare i prodotti esteri a danno di quelli nazionali – conformemente all'obiettivo di creare un'unione doganale e un mercato comune –, per le restrizioni di carattere regolatorio a partire dal 1979⁷⁴ la Corte decide di utilizzare la più pervasiva logica

⁷⁰ V. Corte cost., sent. 183 del 1973 e, soprattutto, sent. 232 del 1975; in Francia, v. Cour de Cassation, arrêt du 24 mai 1975.

⁷¹ V. Corte cost., sent. 232 del 13 aprile 1989.

⁷² V. Corte cost., sent. 170 del 1984. In particolare, vale la pena di citare espressamente le parole dei giudici di Palazzo della Consulta e di evidenziare il diverso approccio rispetto alla Corte di giustizia: «la garanzia che circonda l'applicazione di tale normativa è – grazie al precetto dell'art. 11 Cost., com'è sopra chiarito – piena e continua. Precisamente, le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato. Non importa, al riguardo, se questa legge sia anteriore o successiva. Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale» (p.to 5).

⁷³ I dati sono riportati, sulla base delle statistiche del *Servizio informatico*, in K.J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, cit., 15.

⁷⁴ Con la sent. 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe (Cassis de Dijon)*. Sulla centralità della sentenza nello sviluppo del diritto comunitario e della integrazione europea v. T. Carney, *What Rule of Reason? Cassis de Dijon (1979): A Flawed Locus Classicus?*, in E. O'Dell (Ed.), *Leading Cases of the Twentieth Century*, Dublin, 2000, 310. Peraltro, si suole talvolta indicare *Dassonville* (sent. 11 luglio 1974, C-8/74) quale precedente di *Rewe*. Tuttavia, se è vero che il *reasoning* della prima svolge anche qualche riferimento alla logica dell'ostacolo, bisogna

dell'ostacolo⁷⁵ e di considerare quindi illegittime tutte quelle regolazioni che non siano funzionali a perseguire «uno scopo d'interesse generale atto a prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci»⁷⁶, con evidenti ricadute sulla capacità degli ordinamenti nazionali di imporre norme sulle merci compravendute sul proprio territorio⁷⁷.

Una questione soltanto accennata dalle parti in *Rewe* è invece risolta dalla Corte il mese successivo, sempre secondo un approccio teso a rinforzare il mercato comune a spese della capacità degli Stati di intervenire nel mercato e di guidare lo sviluppo del proprio sistema economico. Si tratta questa volta dell'art. 37, rimasto fino a quel momento privo di una significativa applicazione di carattere giurisprudenziale, il quale chiede agli Stati membri di riordinare progressivamente i propri monopoli che presentano carattere commerciale. È abbastanza intuitivo, come peraltro sottolinea la Corte⁷⁸, che il loro mantenimento osta all'espansione del mercato concorrenziale, riproducendo al contrario quella segmentazione lungo i confini nazionali che il Trattato di Roma intende superare. È però parimenti intuitivo come tali monopoli siano legati a doppio filo con l'intervento dello Stato nell'economia, in funzione di soddisfazione delle istanze sociali per come rappresentate dal processo politico. Nel valorizzare il ruolo del mercato nel processo di integrazione, la Corte specularmente riduce lo spazio che lo Stato può occupare nella sfera economica e soprattutto il ruolo che i processi politici – incentrati sulle istituzioni rappresentative – possono giocare nell'indirizzare lo sviluppo del sistema economico. Ancora, a riprova di un attivismo giurisprudenziale notevole, è ancora nel 1979 che la Corte di Lussemburgo adotta una delle più significative pronunce in materia di abuso di posizione dominante⁷⁹.

La parabola che si descrive è poi completata da due tasselli ulteriori: da un lato, la disciplina delle imprese pubbliche e dei loro legami finanziari con lo Stato, con la fondamentale direttiva del 1980⁸⁰ e la presa di posizione della Corte di giustizia nel 1982⁸¹; dall'altro lato, le progressive limitazioni – nel corso degli anni ottanta – al sostegno finanziario dello Stato in favore di specifiche produzioni

sottolineare che la decisione ivi sancita è imperniata sulla logica del divieto di discriminazione.

⁷⁵ J.H.H. Weiler, *The Constitution of the Common Market Place: text and context in the Evolution of Free Movement of Goods*, in P. Craig, G. De Burca (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1998, 349 ss.

⁷⁶ Corte giust., sent. 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe (Cassis de Dijon)*.

⁷⁷ Sui legami che intercorrono tra *Cassis de Dijon* e l'idea di una costituzione economica europea incentrata sul mercato concorrenziale, con cospicui riferimenti al periodo precedente la svolta degli anni settanta, come fase preparatoria di quanto analizzato nel corso del paragrafo, v. B. Leucht, *The policy origins of the European economic constitution*, in *Eur. Law J.*, 2018, 191 ss.

⁷⁸ Corte giust., sent. 13 marzo 1979, C-91/78, *Hansen GmbH c. Hauptzollamt Flensburg*.

⁷⁹ Corte giust., sent. 13 febbraio 1979, C- 85/76, *Hoffman La Roche*.

⁸⁰ Direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche.

⁸¹ Corte giust., sent. 6 luglio 1982, C-188/190-80, *Repubblica francese, Repubblica italiana e Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord c. Commissione*.

nazionali e, in generale, all'ammissibilità degli aiuti di Stato⁸².

Il decennio infine si chiude con la predisposizione e l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo (rispettivamente 1986 e 1987), che segna il passaggio dal *mercato comune* al *mercato interno*, e con i lavori del Comitato Delors (1988) che getteranno le basi per sostituire gli accordi di cambio del 1979 (altro frutto non secondario del periodo in esame) con una Unione economica e monetaria propriamente detta⁸³. Insomma, non è esagerato affermare che il decennio che parte nel 1978 con la sentenza *Simmenthal* vede l'affermazione piena e incontrastata del progetto di integrazione per il tramite del mercato comune, di carattere concorrenziale, e del ruolo indefettibile del diritto, quale fattore di limitazione dell'attitudine centrifuga dell'intervento pubblico nazionale.

6. L'integrazione attraverso il mercato e la tattica del tempo guadagnato

Il filo conduttore che si è seguito nelle pagine precedenti porta a svolgere qualche sintetica riflessione conclusiva sull'attuale stato del processo di integrazione e su quello che oggi appare come uno dei principali problemi che lo caratterizzano, vale a dire il *deficit* democratico dell'Unione.

Cercando di sintetizzare quanto emerso nel corso dell'analisi, si possono individuare alcuni elementi significativi, da tenere in considerazione per affrontare quest'ultima questione. In primo luogo, la costruzione definita a Roma, nel 1957, mostra un elevato livello di deferenza nei confronti degli Stati: sta al loro consenso (per lungo tempo unanime) legittimare l'agire della Comunità. Di conseguenza, il problema della legittimazione democratica delle Istituzioni europee non si pone, né si potrebbe porre in quanto un circuito politico di natura *simil-federale* minaccerebbe la centralità di Enti che sono e intendono rimanere sovrani.

In secondo luogo, il rafforzamento dell'apparato istituzionale delineato dal Trattato di Roma avviene grazie al contributo diretto di una giurisprudenza coraggiosa, creativa e finalisticamente orientata da parte della Corte di giustizia, la quale enuclea quattro dottrine fondamentali che andranno a indirizzare significativamente il futuro sviluppo della Comunità economica europea e ritaglia per sé un ruolo ben più incisivo rispetto a quello riservatole dagli estensori del Trattato. Va da sé che, al di là di ogni buona intenzione, la Corte non può riscrivere a suo piacimento il diritto primario europeo, ma solo interpretarlo in modo (anche molto) creativo: in altri termini, la completa assenza di un progetto di sistema politico di carattere federale non può trovare rimedi nell'attivismo giudiziale. Ciò è peraltro comprensibile, laddove si ponga mente alla circostanza per cui processo politico e attivismo giudiziale si pongono, il più delle volte, in posizione alternativa.

Al contempo (terzo elemento), il rafforzamento di cui si discute trova una propria causa indiretta ma assolutamente dirimente nel lavoro di stimolo e

⁸² V. A. Biondi, E. Righini, *An Evolutionary Theory of EU State Aid Control*, in A. Arnull, D. Chalmers (Eds), *The Oxford Handbook of European Law*, Oxford, 2015, 685 ss.

⁸³ Sui legami tra Accordi di cambio, progetto di unione monetaria e Atto unico europeo, v. A. Majocchi, *Funzioni e limiti*, cit., 259 ss.

supporto svolto da alcuni soggetti particolarmente rilevanti. Nel corso dell'esposizione si è sottolineato in primo luogo la parte giocata dal servizio legale e da Michel Gaudet, il quale enfatizza il ruolo del diritto nel processo di integrazione, fino all'estremo di giustificare la dizione di *Integration through law* usata da molti cultori del diritto europeo⁸⁴. Si è poi messo in risalto l'approccio seguito dalla Commissione europea, sotto la guida di Walter Hallstein, il quale ha valorizzato in misura potente le tesi dell'ordoliberalismo tedesco, per giustificare una lettura in termini genuinamente costituzionali del Trattato di Roma, con i corollari di carattere istituzionale che si sono illustrati. Vi è infine una cerchia di soggetti non qualificati, i quali hanno puntato sul processo di integrazione talvolta nella speranza di potersi interfacciare con un sistema giuridico unitario per una parte significativa dell'Europa, talaltra per continuare *con altri mezzi* (il ricorso giurisdizionale) la propria opera (innegabilmente politica) di contrasto nei confronti dell'interventismo pubblico nella sfera economica.

Questi tre elementi si sono sviluppati ed intrecciati nel corso di un quindicennio che è stato affatto decisivo per lo sviluppo futuro del processo di integrazione, al punto da essere definito nei termini di *foundational period* da uno studioso del calibro di Joseph Weiler. Tuttavia, questo processo non è stato né lineare né inclusivo. Soprattutto, il suo svolgimento non solo è avvenuto sottotraccia, senza un coinvolgimento significativo delle comunità politiche coinvolte⁸⁵, ma – almeno a giudizio di chi scrive – anche grazie a questa specifica *separazione* rispetto allo sviluppo politico ed istituzionale domestico degli Stati fondatori.

Il quarto punto dell'analisi riguarda infine il momento storico in cui il processo di integrazione ha preso nuovo slancio ed è diventato un elemento centrale dello sviluppo giuridico, politico ed economico dei Paesi aderenti. Ci si riferisce alla seconda metà degli anni settanta, con il decennio di grandi innovazioni – promosse anche da attori diversi rispetto alla Corte – che porterà all'adozione dell'Atto unico europeo e porrà le basi per la successiva redazione del Trattato di Maastricht. In questa fase, non solo il *deficit* democratico non rappresenta un problema, ma per taluni soggetti è quasi un indiscutibile elemento di pregio, una ragione ulteriore per promuovere l'integrazione a livello sovranazionale. È ad esempio il giudizio, riferito al passo compiuto nel 1992, riportato nelle memorie di un ex Governatore della Banca d'Italia:

«I contenuti del Trattato di Maastricht compongono in un disegno razionale tutto ciò che il “vincolo esterno” non è riuscito a far allignare nel ceppo della società italiana: l'idea di uno stato minimo, un conflitto sociale che si snoda nel rispetto della stabilità dei prezzi, esaltando la nuda creatività del lavoro, la capacità di innovare, la flessibilità del lavoro. Il tentativo attuato nel

⁸⁴ L'espressione è di Mauro Cappelletti e ha dato il titolo a una serie assai rilevante (L. Azoulay, “*Integration through law*” and us, in *Internat. J. Const. L.*, 2016, 449) di sei testi sul diritto europeo: M. Cappelletti, M. Secombe, J.H.H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin-New York (NY), 1985.

⁸⁵ V. ancora J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, cit., 2403-04, secondo il quale nel corso del *foundational period* si può riscontrare un rapporto di proporzionalità inversa tra integrazione giuridica e integrazione politica.

triennio 1989-1992 non ha avuto successo. La mano pubblica non si è ritratta dai territori che impropriamente aveva occupato negli anni precedenti. Tuttavia, un processo di mutamento profondo della cultura economica, della coscienza civile è stato avviato. Altri lo porteranno a termine»⁸⁶.

I tempi in cui lo stesso Governatore considerava alla stregua di un atto sedizioso un suo eventuale rifiuto di finanziare con nuova base monetaria il disavanzo del settore pubblico⁸⁷ appartengono ormai a un'altra epoca. La biografia di Guido Carli non è certo un esempio isolato. Anzi, l'approccio che egli esprime con riguardo al Trattato di Maastricht si ritrova in diversi, influenti documenti del periodo che si è analizzato, a partire dal già citato rapporto alla Commissione trilaterale del 1975.

Un'ultima riflessione si impone, onde non cadere in facili anacronismi. L'atteggiamento tenuto da ampi strati delle classi pubbliche, teso a trasvalutare la positività del programma di integrazione attraverso il mercato, portava a giustificare un *deficit* democratico la cui portata era però limitata dal ruolo – significativamente minore – giocato dalle Istituzioni sovranazionali. Se correttamente situati dal punto di vista storico, i giudizi che vedevano nel processo di integrazione per il tramite del mercato interno l'occasione per risolvere alcune disfunzioni dei sistemi politici nazionali – a partire dalla crescente difficoltà di risolvere le questioni distributive e di fornire risposte efficaci e praticabili al conflitto sociale – possono apparire comprensibili e in buona misura coerenti con una genuina preoccupazione per il bene comune. Quello che all'epoca sfuggiva e che, con il procedere del processo di integrazione sovranazionale, avrebbe finito per presentare il conto è la *path dependancy* di un processo storico in cui i principali accadimenti hanno avuto una giustificazione del tutto contingente. In altre parole, la *path dependancy* di un progetto in cui – al di là delle indiscutibili intelligenze individuali – la tattica, talvolta necessaria per guadagnare tempo, ha spesso finito per prendere il sopravvento sulla strategia e in definitiva per fare premio sul senso del progetto stesso.

Il superamento delle difficoltà che il processo di integrazione europeo ha incontrato nell'ultimo quindicennio non potrà evitare di fare i conti con le loro complesse radici storiche.

Edmondo Mostacci
Dip.to di Scienze politiche
Università degli Studi di Genova
edmondo.mostacci@unige.it

⁸⁶ G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma-Bari, 1996, 7.

⁸⁷ G. Carli, *Considerazioni finali della Banca d'Italia*, Roma, 1973, 563.

Per una critica della “Costituzione economica” nel prisma delle trasformazioni della democrazia rappresentativa

di Francesco Saitto

Abstract: A Critique of the “Economic Constitution” Looking at the Transformations of Representative Democracy – The concept of “Economic Constitution” (*Wirtschaftsverfassung*) is highly controversial and closely related to different constitutional mindsets of representative democracy. Even though its roots can be traced back to the Weimar context, its use can hardly be considered politically neutral still today. Therefore, it must be analysed in a historical and comparative perspective. The aim is to highlight its different constitutional meanings, in particular in the Italian and German debates, to examine how they reflect on the functioning of representative democracy. More specifically, this paper deals with the debates on the concept of *Wirtschaftsverfassung*, which took place during the Twenties and the Thirties and after the Second World War. During the Seventies, some scholars, moving from a strong critique of representative democracy, tried to impose binding fiscal rules to limit public borrowing. This gave rise to the fundamental concept of “Fiscal Constitution”. Considering the European integration process, this essay concludes with a proposal to use this concept to protect representative democracy.

395

Keywords: “Economic Constitution”; “Fiscal Constitution”; Representative democracy; Public debt; European integration.

«Mefistofele sapeva – e non sapeva – che cosa voleva dire per lui consigliare all’Imperatore, povero e desideroso di fare la guerra, di stampare la prima carta moneta. Agevolò col suo consiglio (premurosamente accolto) lo scoppio delle guerre; ma dette, al tempo stesso, il più rude colpo all’avarizia, dalla quale pure traeva molto combustibile per il fuoco. È più facile per l’uomo liberarsi di un foglio di carta che di un cerchietto d’oro»

(U. Saba, Scorciatoie e raccontini, *Torino, 2011, 38*)

1. Sul concetto di “Costituzione economica”

Il concetto di “Costituzione economica” è altamente controverso e, anche per questo, ha inevitabilmente assunto diversi significati, non certo neutrali sul piano delle implicazioni costituzionali.

In Italia, il dibattito si è incentrato in special modo sulla opportunità di un suo utilizzo, in quanto, oltre ad essere privo di qualsivoglia valore sul piano epistemologico, esso produrrebbe un effetto mistificante e fuorviante sulle

categorie dogmatiche del diritto costituzionale interno. Premessa fondamentale, in questa prospettiva, sarebbe infatti una erronea migrazione di un termine del costituzionalismo tedesco che non solo non sarebbe perfettamente traducibile¹, ma che avrebbe anche come presupposto una inaccettabile idea di separatezza tra parti della Costituzione o tra stato e società². Da ultimo, un suo uso meramente descrittivo, con cui si pretende di far riferimento a quegli articoli che concernono le libertà economiche o, più in generale, la “vita economica”, viene ritenuto del tutto incapace di rispondere a una qualche reale funzione di ermeneutica costituzionale³.

Se si guarda al dibattito tedesco, si nota come il riferimento al concetto di *Wirtschaftsverfassung* sia, egualmente, tutt'altro che pacifico⁴. E tuttavia, in quel contesto, il confronto scientifico in materia, in particolare dopo l'entrata in vigore del *Grundgesetz*, ha individuato proprio nel riferimento alla costruzione di una “Costituzione economica” un punto nodale della riflessione dogmatica sui diritti fondamentali, che ha rispecchiato lo sforzo di alcune dottrine economiche, e in special modo dell'economia sociale di mercato, di vedersi riconosciuto un rilievo egemonico anche sul piano normativo⁵. L'ambizione di veicolare una specifica concezione prescrittiva della “Costituzione economica”, capace di limitare la discrezionalità legislativa in maniera tale da imporre un determinato assetto di regole volte a stabilire *ex ante* gli spazi dell'intervento pubblico in economia, appare, però, una nuova manifestazione di un elemento che aveva connotato anche un filone della riflessione weimariana in materia e che, in definitiva, catalizzava una sostanziale sfiducia nei confronti della capacità del parlamentarismo di garantire una solida stabilità politica⁶.

Occorre allora tornare ancora più indietro per esaminare le radici del concetto e indagarne le potenzialità sul piano dogmatico, grazie ad un'analisi di tipo storico-comparativo. Il fine di questo percorso è stabilire, una volta determinati i suoi possibili significati, come essi possano essere impiegati nel definire il modo in cui la forma-stato è incline a relazionarsi con la democrazia

¹ Cfr. G. U. Rescigno, voce *Costituzione economica*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. X, 2001.

² M. Luciani, *La “costituzione dei diritti” e la “costituzione dei poteri”. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, 497 ss.

³ M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, 373 ss.

⁴ Uno dei più celebri commenti della prima fase del confronto si intitolava proprio E. R. Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, in *DÖV*, 1956, 98 ss.; 135 ss.; 172 ss.; 200 ss.

⁵ In merito, A. Müller-Armack, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (1946), München, 1990. Sulla formula, cfr. almeno L. Einaudi, *È un semplice riempitivo!*, ora in *Prediche inutili* (1959), Torino, 1974, 300 ss., volto a sottolineare la scarsa significatività dell'aggettivo “sociale”. Di recente, in senso critico, M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione*, Napoli, 2016, spec. 43 ss., e A. Somma, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia, 2017, spec. 46 e 117 ss., che vede nell'uso della formula a livello europeo una «illusione ottica» (118).

⁶ Sulle implicazioni della tensione tra *Parlamentarismus* e *Konstitutionalismus* in Germania, cfr. almeno A. Di Martino, *Il federalismo tedesco e Georg Waitz*, in *Nomos*, 2016, spec. 30, e, più in generale, P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, in Id., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, 34 ss. Rappresentavano, per esempio, una possibile minaccia all'economia capitalista quelle clausole, come l'art. 15 GG, che disciplinano forme di socializzazione, particolarmente valorizzate da W. Abendroth, *Das Grundgesetz* (1966), Pfullingen, 1976.

rappresentativa, e se l'uso di un termine tanto controverso, insieme al tentativo di chiarirne i suoi significati e i termini della sua utilizzabilità, possa in qualche modo tornare utile nel dibattito scientifico per rispondere, se del caso, alle sfide attuali del costituzionalismo al tempo dello stato costituzionale aperto⁷.

Per analizzare criticamente i possibili spazi di rilevanza giuridica dell'idea di “Costituzione economica”, occorre tuttavia, sempre preliminarmente, distinguere questo concetto da quello di sistema economico e da quello di ordine materiale dell'economia. L'opzione per un certo sistema economico, del resto, fa riferimento alla scelta per i presupposti fondamentali di un determinato modo di produzione⁸, come, per esempio, l'economia capitalista di mercato, di cui iniziativa economica privata e proprietà privata sono gli assi portanti, sia pur con importanti limitazioni⁹.

Viceversa, con ordine materiale dell'economia si indica l'assetto dei rapporti di forza così come concretamente invertisi, sulla base delle scelte compiute in modo autonomo da contingenti decisioni di indirizzo politico, sia pur nel rispetto dei principi e dei valori costituzionali. Tutto ciò consente di precisare con maggiore esattezza a cosa si fa riferimento con “Costituzione economica”, lasciando da parte la ricerca empirica sugli sviluppi di un certo modello economico nelle diverse fasi che lo hanno contraddistinto, ma puntando a indagare se nel testo costituzionale sia stata o meno introdotta una norma capace di rispecchiare una specifica dottrina economica. In tal caso, il testo non si limita a prevedere le condizioni di esistenza di un certo modo di produzione, ma arriva a vincolare del tutto i modi in cui politico ed economico sono chiamati a relazionarsi¹⁰.

2. Primazia della Costituzione e democrazia economica a Weimar: a proposito della organizzazione del rapporto stato-società

Non va sottovalutato che uno dei primi utilizzi del termine sia da ricercarsi nei dibattiti della *Nationalversammlung* in cui si discutevano i termini della futura

⁷ In merito, cfr. almeno S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, Berlin, 1998 e A. Di Martino, *Il territorio. Dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010.

⁸ Per questa formula, P. Ciocca, *L'economia di mercato capitalistica: un «modo di produzione», da salvare*, in *Rivista di Storia Economica*, 2011, 279 ss.

⁹ Con riferimento all'esperienza italiana, per esempio, parla di un «primato dell'economia di mercato» in Costituzione F. Galgano, *Art. 41. Rapporti economici*, II, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, 18 ss. Sul punto, V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 113 ss., 222 e 290 ss. Afferma che «non v'è dubbio che il modo di produzione disegnato dalla Costituzione italiana sia quello capitalistico» M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 376 e 379 ss. Criticamente, con riferimento all'impianto accolto nella Costituzione italiana, G. U. Rescigno, *Costituzione italiana e stato borghese*, Roma, 1975. Diversamente C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977. Per una critica e significative proposte di modifica del testo costituzionale, cfr. G. Bognetti, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995.

¹⁰ Per un approfondimento in materia, si rinvia a F. Saitto, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica*, Milano, 2018, 129 ss.

Costituzione di Weimar. In quel contesto, in area socialdemocratica, sulla falsariga della elaborazione marxiana, si fece uso del termine per sottolineare lo sforzo, che la Costituzione come norma giuridica avrebbe dovuto compiere, di organizzare, in modo inedito, il confronto stato-società¹¹, puntando a esaltare quella funzione di autoregolazione di quest'ultima, coerente con l'idea per cui il polo societario fosse il luogo per eccellenza dei rapporti di struttura. In questa chiave, il ruolo dei Consigli, previsti all'art. 165 della Costituzione di Weimar, è decisivo, in quanto attraverso di essi veniva promossa la costruzione di un dialogico confronto tra le forze produttive che avrebbe però dovuto contribuire prima di tutto a ricomporre pacificamente il conflitto di classe. Alla Costituzione, che li disciplinava, era in tal modo affidata la regolazione del rapportarsi della "Costituzione economica" con il polo statale e, pertanto, con la "Costituzione politica". Con riferimento al ceto medio indipendente, che restava potenzialmente escluso da questi equilibri, incombeva un obbligo in capo al legislatore di evitare il suo assorbimento in altre classi (art. 164 *WRV*)¹².

Tale assetto istituzionale andava al di là dell'apertura che la Costituzione pure riconosceva alla complessità del polo societario nel quadro dei diritti che disciplinavano la "vita economica" e intrecciava, in modo sostanzialmente inedito, il successo della democrazia politica weimariana, incentrata sulla sfida di veder realizzato il principio della sovranità popolare, con una solida democrazia economica, in gran parte esaurienti nella sfera societaria dei rapporti di classe e considerata come autonoma e capace di autodisciplinarsi¹³. Di fatto, un doppio processo di democratizzazione, in cui i due ambiti erano interdipendenti ma autonomi. Ben presto, tuttavia, il corno politico sarebbe stato fiaccato, prima di tutto, dalla irrisolta competizione tra parlamentarizzazione e democratizzazione¹⁴, mentre il corno economico, che naturalmente avrebbe contribuito in maniera decisiva ad accelerare la delegittimazione del primo e a minarne definitivamente le speranze di riuscita, non avrebbe retto alle pesanti congiunture economiche che avrebbero più volte colpito la fragile prima democrazia tedesca¹⁵.

È in questa prospettiva che, dunque, va letta la critica schmittiana al concetto di "Costituzione economica", intesa come qualcosa di distinguibile dalla

¹¹ In merito, P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 111.

¹² Sul tema della crisi del ceto medio a Weimar, cfr. S. Kracauer, *The Salaried Masses* (1930), London-New York, 1998. Sull'art. 164 *WRV* nell'equilibrio complessivo della Costituzione di Weimar, P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, cit., 45.

¹³ Sul punto sia consentito rinviare a F. Saitto, *Economia e stato costituzionale*, Milano, 2015. Sul dibattito sul concetto di "Costituzione economica", anche oltre Weimar, cfr. R. Miccù, «Economia e Costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quad. Plur.*, 1996, 243 ss., e L. Cassetti, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002.

¹⁴ Cfr. per alcune tracce di questa tensione già M. Weber, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti* (1918), Roma-Bari, 2002, spec. 95 ss.

¹⁵ Sul contesto storico, cfr. almeno H. A. Winkler, *La repubblica di Weimar 1918-1933. Storia della prima democrazia tedesca*, Roma, 1998.

“Costituzione politica”¹⁶, e che si spiega anche il tentativo, all’inizio degli anni Sessanta, di contestare il ricorso all’idea di una *Wirtschaftsverfassung* prescrittiva, proprio facendo perno sull’ormai avvenuto superamento della rigida separatezza dei rapporti stato-società che la Legge fondamentale avrebbe portato con sé¹⁷.

Già in epoca weimariana, tuttavia, sotto la pressione di un contesto economico tutt’altro che favorevole, si comincia a osservare uno slittamento semantico del concetto di “Costituzione economica”, che può essere misurato in relazione al modo in cui un testo normativo rigido è capace di vincolare l’attività del legislatore. Sin dagli anni Trenta, del resto, la cd. Scuola di Friburgo percepisce con chiarezza le implicazioni, sul piano giuridico, di un atto cui è ormai riconosciuta una qualche primazia e che pertanto è tendenzialmente considerato normativamente sovraordinato alla legge¹⁸. Su tali basi, esso è potenzialmente in grado di stabilire *ex ante* i termini di un determinato ordine economico le cui finalità possono essere funzionali, primariamente, al fine di ricreare sul piano materiale quel sistema concorrenziale che era collassato con la fine dell’Ottocento e non era più in grado di sostenersi autonomamente nel mutato contesto della democrazia di massa¹⁹. E questa posizione fa perno, traendovi nuovo sostegno, proprio sulla tradizionale sfiducia verso il *Parlamentarismus* che caratterizzava parte del dibattito pubblico tedesco dell’epoca e che affondava le sue radici, sin dall’Ottocento, nel risalente conflitto sul detentore della sovranità che coinvolgeva parlamento e *Kaiser*²⁰. Ne erano per

¹⁶ C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* (1931), Milano, 1981.

¹⁷ H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe, 1961.

¹⁸ Sull’emersione dell’idea della primazia della Costituzione in questi anni, cfr. W. Heun, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, Tübingen, 2014, spec. 77 ss., e R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung*, in *Der Staat*, 1981, 485 ss. In merito, cfr. anche W. Henke, *Verfassung, Gesetz und Richter*, in *Der Staat*, 1964, 433 ss. Cfr. poi le riflessioni sul rilievo normativo del catalogo dei *Grundrechte* sviluppate in R. Thoma, *Grundrechte und Polizeigewalt*, in *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen*, 1925, 183 ss., spec. 196 e Id., *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen* (1929), ora in Id., *Rechtsstaat, Demokratie, Grundrechte*, Tübingen, 2008, 173 ss. Il tema del rapporto tra Costituzione e incostituzionalità della legge era già emerso nel dibattito tedesco nell’Ottocento, ma si sarebbe pienamente sviluppato solo in seguito: cfr. almeno R. von Mohl, *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze* (1852), ora in Id., *Staatrecht, Völkerrecht und Politik*, I, Graz, 1962, 66 ss. Per uno studio sulle fonti e la loro gerarchia, H. Maschke, *Die Rangordnung der Rechtsquellen*, Berlin, 1932, in particolare, sul rapporto tra legge e Costituzione, 12 ss. Sulle implicazioni dell’art. 76 *WRV*, cfr. C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1928), Milano, 1984, 32 ss. Sui profili legati al *richterliches Prüfungsrecht* non è possibile soffermarsi in questa sede e si rinvia, per una ricostruzione dei principali orientamenti, non solo in epoca weimariana, a C. Gusy, *Richterliches Prüfungsrecht*, Berlin, 1985. Con riferimento all’elaborazione kelseniana, anch’essa strettamente collegata con un’idea giuridica della Costituzione, cfr. naturalmente i saggi raccolti in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981. Nel suo insieme, questa impostazione riflette il superamento dell’idea di Costituzione come “Stück Papier” di matrice lassalliana, rispetto al quale avrebbe poi sviluppato il suo ragionamento critico anche K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung* (1959), in Id., *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1984, 3 ss.

¹⁹ P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un’introduzione*, cit., 102 ss.

²⁰ Cfr. *supra* nt. 6. A questi due poli, si deve aggiungere l’equilibrio delle istanze federali: di recente, in proposito, nella letteratura italiana, cfr. G. Delledonne, *Il dibattito tedesco sui fondamenti contrattualistici del federalismo. La paradossale fortuna di Max von Seydel*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, 165 ss., e A. Di Martino, *Il federalismo tedesco e Georg Waitz*, cit., *passim*. Sul punto riflette anche C. Spagnolo, *Il voto apolitico*, Bologna, 2017.

certi versi chiara manifestazione anche le garanzie di istituto e, in particolare, quella specifica disciplina della proprietà che, seppur ridisegnata, rimaneva un pilastro immodificabile su cui edificare il nuovo ordinamento costituzionale (art. 153 *WRV*)²¹.

Al contempo, la “Costituzione economica” è diversamente intesa, invece, da chi, facendo comunque riferimento alla primazia della Costituzione e di fatto rifiutando l’idea di una subordinazione strutturale della politica all’economia²², puntava a difendere la discrezionalità del legislatore, il cui compito era dare attuazione a un progetto costituzionale che aveva previsto delle norme di grande innovatività, seppur attraverso clausole generali, e che era da intendersi come immediatamente vincolante²³. Solo a titolo di esempio, di grande impatto sul piano assiologico e normativo sono disposizioni come l’art. 151 *WRV*, che stabiliva che l’ordinamento della vita economica dovesse tendere a garantire a tutti un’esistenza degna dell’uomo, o lo stesso articolo 153 *WRV*, che solennemente affermava che la proprietà obbliga, caricando così il soggetto proprietario, prima di tutto il borghese, di una forte responsabilità sul piano sociale²⁴.

Per certi versi, si può sostenere che, in tal modo, mentre la Scuola di Friburgo vedeva nella Costituzione uno strumento per contenere la capacità di intervento del politico nell’economico e, in particolare, i rischi di un possibile “*Parlamentsabsolutismus*”, plasmandone in maniera sostanziale la discrezionalità e vincolandone l’azione nei limiti del sistema economico prescelto, altri iniziano a riflettere sulla necessità di riportare nell’ambito del politico l’economico, rinvenendo nella primazia della Costituzione i termini dell’orientamento valoriale che avrebbe dovuto ispirare l’azione del legislatore e indirizzare l’esercizio della sua discrezionalità.

In questa chiave, si nota come la Costituzione diventi, nel primo caso, grazie alla sua rigidità, uno strumento capace di porsi come un limite forte all’azione di attuazione discrezionale del progetto costituzionale da parte del legislatore, mentre, nel secondo, si delinea come quell’impulso che orienta gli obiettivi dei detentori dell’indirizzo politico, lasciando nel *quomodo* una certa discrezionalità, che, per certi versi, finisce per rappresentare la condizione stessa della sua reale capacità di invero e della sempre rinnovantesi attualità della sua forza normativa²⁵.

²¹ Sulle trasformazioni della proprietà, P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018, 93 ss.; sulla cd. dimensione istituzionale dei diritti fondamentali, 188 ss. e, in particolare sulla riflessione sui *Grundrechte* della Costituzione di Weimar, P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, cit., 58 ss.

²² Cfr. H. Heller, *Dottrina dello Stato* (1934), Napoli, 1988.

²³ F. Neumann, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, in *Die Arbeit*, 1931, 588 ss. Cfr. anche i saggi raccolti in F. Neumann, *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Bologna, 1983, *passim*.

²⁴ Analogamente M. Cacciari, *Berlino-Monaco, la crisi del compromesso che regge l’Europa*, in *Limes*, 2018, 195 ss.

²⁵ Sulle implicazioni delle diverse concezioni del testo costituzionale, cfr. almeno M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982. Sul rilievo di conflitto e innovazione, A. Pizzorno, *Le radici della politica assoluta*, Milano, 1993, 189 ss. Per una ricca

3. «Representation without taxation»? Democrazia di massa e legittimazione politica attraverso la costruzione dell’omogeneità sociale

Le ragioni che spingevano parte della società, e dunque della dottrina giuridica ed economica, a vedere nella Costituzione e nella sua primazia un baluardo contro possibili stravolgimenti degli assetti istituzionali che portassero a un sovvertimento delle regole che disciplinavano la proprietà dipendevano non solo dalla paura di un esito rivoluzionario, sulla falsariga di quanto avvenuto in Russia, ma anche dal modo in cui la democratizzazione politica poteva concretamente incidere sui tratti fondamentali del liberalismo giuridico, ricomponendo esclusivamente in favore della *Gleichheit* il conflitto con la *Freiheit*²⁶.

Carl Schmitt, in particolare, individuava nella rottura della perfetta biunivocità tra *taxation* e *representation* il simbolo più evidente di una profondissima trasformazione degli assetti istituzionali ottocenteschi. La possibilità di configurare una *representation without taxation*²⁷, infatti, metteva potenzialmente in discussione la base fondativa dello stato moderno e, in buona parte, dell’individualismo possessivo, su cui si era edificata la “liberazione di Prometeo” prodotta dalla rivoluzione industriale²⁸: la tutela della proprietà privata dei mezzi di produzione²⁹. In una certa misura, si individuavano nella possibilità delle classi subalterne di incidere sulla legislazione i segnali di un pericoloso inveramento di quell’obiettivo che una parte della socialdemocrazia tedesca, con accenti diversi, aveva preconizzato, vedendo nel momento elettorale la strada maestra per inverare il socialismo³⁰. Del resto, tale approdo può stupire solo fino a un certo punto se si riflette sulla funzione che la legge era andata assumendo nella riflessione gius-pubblicistica tedesca dell’Ottocento, ergendosi a strumento di solida difesa, tramite steccati competenziali, delle prerogative della

ricostruzione del dibattito weimariano, non solo in materia sociale, cfr. da ultimo A. Di Martino, *Studi di storia costituzionale in occasione del centenario della Costituzione di Weimar (1919-2019)*, in *Nomos*, 2019, spec. 14 ss.

²⁶ Su questa tensione, P. Ridola, *La costituzione, la politica e il conflitto in una pagina di storia della scienza giuridica italiana*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 2881 ss., 2909.

²⁷ Cfr. ora C. Schmitt, *Democrazia e liberalismo*, Milano, 2001, 83 ss.

²⁸ D. S. Landes, *Il Prometeo liberato* (1969), Torino, 2000.

²⁹ Per una critica e la concettualizzazione dei tratti fondamentali dell’individualismo possessivo, C. B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell’individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano, 1973. Seguendo un itinerario diverso, collega il sorgere delle libertà costituzionali alla distinzione tra potere economico e potere politico e, dunque, alla protezione giuridica dei diritti di proprietà, in una prospettiva per cui democrazia e mercato sono necessari elementi di esistenza l’uno per l’altro, P. Prodi, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell’Occidente*, Bologna, 2009.

³⁰ Cfr. in proposito D. Sassoon, *Cento anni di socialismo. La sinistra nell’Europa occidentale del XX Secolo* (1996), Roma, 1997. Sul turbolento tragitto che ha portato all’affermazione del suffragio universale in Francia, cfr. P. Rosanvallon, *La rivoluzione dell’uguaglianza* (1992), Milano, 1994. Sui rischi del principio maggioritario per la tenuta della democrazia stessa, cfr. A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del ’900 per limitare la tirannide della maggioranza*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, 221 ss., e G. Amato, *Il dilemma del principio maggioritario* (1994), ora in Id., *Le istituzioni della democrazia*, Bologna 2014, 137 ss.

rappresentanza borghese, definendo il principio di legalità in determinati ambiti materiali come la libertà e la proprietà (*Gesetzmäßigkeit*)³¹.

I rischi di una reale apertura ai lavoratori delle aule della rappresentanza parlamentare³², di fatto, erano stati avvertiti in modo piuttosto chiaro già da Bismarck, che, con il suo impianto di riforme, puntava a ottenere maggiore stabilità politica, riducendo le rivendicazioni, l'insofferenza e le possibili intemperanze della classe operaia tramite l'introduzione di prime forme di assicurazione sociale³³. Ma tale approdo era una chiara manifestazione pure del fatto che la legittimazione degli apparati di potere era sempre più evidentemente legata non solo ai percorsi elettorali o al principio di autorità che ispirava l'*Obrigkeitsstaat* prussiano, ma anche al benessere che effettivamente le classi dominanti riuscivano a garantire alle popolazioni su cui governavano³⁴.

Se in questa chiave si leggono le riflessioni di Schmitt sull'art. 153 *WRV*, nonché la sua critica al catalogo dei *Grundrechte*, si coglie la preoccupazione verso il tentativo compromissorio che connota la Costituzione di Weimar³⁵. La polemica, in proposito, si incentra del resto sulla sovrastante debolezza che il pluralismo societario trasmette allo stato, inevitabilmente travolto dagli aspetti dell'economico e della frammentazione della decisione, salvo che questo non vi opponga una statualità forte proprio al fine di instaurare una «economia sana»³⁶.

³¹ Sulle tensioni che hanno riguardato la trasformazione della “legge” in Germania, cfr., almeno, D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, e E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1959. Sul concetto di legge nel suo intrecciarsi con lo sviluppo della forma di stato, anche Id., *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in H. Ehmke, C. Schmid, H. Scharoun (a cura di), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M., 1969, spec. 58-59. Ma sul tema cfr. già F. Neumann, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese* (1937), in Id., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973, 245 ss. Sulla riserva di legge nel diritto costituzionale prussiano, cfr. R. Thoma, *Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht*, in Id., *Rechtsstaat, Demokratie, Grundrechte*, cit., 29 ss. In merito al rapporto tra *Gesetz* e *Verordnung* a Weimar, cfr. H. Maschke, *Die Rangordnung der Rechtsquellen*, cit., 50 ss. Sulla funzione dell'istituto rispetto al tema della protezione dei diritti fondamentali, cfr. anche H. Bethge, *Der Grundrechtseingriff*, in *VVDStRL*, 1998, 27 ss. Riflette sul fatto che gli spazi di libertà derivassero dagli ambiti regolati con legge più che dalle carte dei diritti in senso stretto nell'Ottocento tedesco, R. Wahl, *Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus*, in *Der Staat*, 1979, 328 ss. e 341 ss., e, sul rilievo della riserva di legge rispetto al potere monarchico, E.-W. Böckenförde, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in W. Conze (a cura di), *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1967, spec. 76 ss. Sul rapporto tra legge e bilancio, più in particolare, cfr. P. Laband, *Il diritto del bilancio*, Milano, 2007 e R. Gneist/G. Jellinek, *Legge e bilancio/Legge e decreto*, Milano, 1997.

³² Sulle contraddizioni del suffragio nel *Reich*, cfr. le considerazioni di E. Di Salvatore, *Appunti per uno studio sulla libertà nella tradizione costituzionale europea*, in *Rivista AIC*, 2007, 31 ss., e C. Spagnolo, *Il voto apolitico*, cit., spec. 174 ss.

³³ G. A. Ritter, *Storia dello stato sociale* (1991), Roma-Bari, 2007, 65 ss. Su questi itinerari, cfr. ancora C. Spagnolo, *Il voto apolitico*, cit., spec. 165 ss.

³⁴ G. Poggi, *La vicenda dello stato moderno. Profilo sociologico*, Bologna, 1978, 191. Cfr. anche M. Foucault, *Nascita della biopolitica* (2004), Milano, 2009, 81. Sulla progressiva politicizzazione dell'economico, cfr. anche C. Galli, *Sovranità*, Bologna, 2019, 44-45.

³⁵ Cfr. C. Schmitt, *La dottrina della Costituzione* (1928), cit., 230-231. Per un approfondimento, se si vuole, si rinvia a F. Saitto, *Economia e stato costituzionale*, cit., 52-53.

³⁶ La traduzione di questo importante saggio del 1932 di C. Schmitt è ora disponibile: *Stato forte ed economia sana*, in *Filosofia politica*, 2019, 7 ss.

È invece Heller che, nel riconoscere segnali di pericolo nella trasformazione in atto, individua nell’esigenza di trovare una più salda correlazione tra politica ed economia la strada maestra per rafforzare la democrazia weimariana e, allo stesso tempo, la sovranità popolare³⁷. L’obiettivo di costruire una più compiuta omogeneità sociale diventa propedeutico a garantire la stabilità politica, di fatto superando in tal modo la visione tendenzialmente separatista tra “Costituzione politica” e “Costituzione economica” e intravedendo che il problema della più equa redistribuzione della ricchezza sarebbe divenuto uno dei principali ambiti di azione della politica, unitamente al sistema delle relazioni industriali³⁸.

Nella fase in cui ormai anche in Germania stanno cedendo le ultime *persistenze del vecchio regime*, come le avrebbe definite Mayer³⁹, del resto, la disuguaglianza economica non può che assurgere a problema politico in un sistema che riconosce il suffragio universale e che spezza, coerentemente e coraggiosamente, una perfetta corrispondenza biunivoca tra *taxation* e *representation*. A questa altezza va pertanto inquadrata la riflessione sulla necessità di individuare un punto di equilibrio tra democrazia e capitalismo, che, nella crisi del dottrinarismo liberale e del *laissez-faire*⁴⁰, avrebbe spinto, in Italia, a cercare nell’ircocervo del liberal-socialismo una possibile via per rispondere alle sfide di quel tempo e alla richiesta di una maggiore giustizia sociale, salvaguardando però il liberalismo politico e il modo capitalistico di produzione⁴¹. Non è un caso se una delle più evidenti manifestazioni della crisi dello stato moderno era stata individuata da Santi Romano proprio nel ruolo che i sindacati erano andati assumendo, registrando così gli effetti del progressivo sgretolamento della separazione stato-società⁴².

L’eredità di quel dibattito sulla cd. “terza via” e sulla crisi del dottrinarismo liberale, davvero ricco, autorevole e vivace, avrebbe segnato, naturalmente, anche le costituzioni del Secondo dopoguerra⁴³. Ve ne è traccia evidente nei dibattiti nell’Assemblea costituente italiana, dove è possibile rinvenire un puntuale

³⁷ Cfr. almeno *Democrazia politica e omogeneità sociale* e anche *Stato di diritto o dittatura?*, in H. Heller, *Stato di diritto o dittatura? (e altri scritti)*, a cura di U. Pomarici, Napoli, 2017. Di recente, per un raffronto con il pensiero kelseniano sulla democrazia, cfr. S. Lagi, *Pensare la democrazia: Hans Kelsen e Hermann Heller*, in R. Bufano (a cura di), *Libertà, uguaglianza, democrazia nel pensiero politico europeo (XVI-XXI secolo)*, Lecce, 2018, 149 ss.

³⁸ Sull’utilizzo della politica dei salari come mezzo per ridurre le disuguaglianze, cfr. quanto sostenuto in A. B. Atkinson, *Disuguaglianza. Cosa si può fare?*, Milano, 2015, spec. 137 ss. Cfr. anche in proposito A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.

³⁹ Si fa riferimento a A. J. Mayer, *The Persistence of the Old Regime. Europe to the Great War*, London, 1981.

⁴⁰ J. M. Keynes, *La fine del laissez-faire* (1926), in Id., *Sono un liberale? E altri scritti*, Milano, 2010, 197 ss.

⁴¹ G. Calogero, *L’ircocervo, ovvero le due libertà*, in Id., *Difesa del liberalsocialismo*, Roma 1945, 33.

⁴² Cfr. S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909, spec. 13 ss.

⁴³ Cfr., per tutti, K. Polanyi, *La grande trasformazione* (1944), Torino, 2008. E, sullo scontro tra Hayek e Keynes, N. Wapshott, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l’economia moderna* (2012), Milano, 2015.

confronto sui termini in cui lo stato avrebbe potuto e dovuto intervenire nell'ambito economico, senza annientare la libertà dei singoli e, in definitiva, senza porre nel «nel cono d'ombra del disvalore» proprietà e iniziativa economica privata⁴⁴.

4. Oltre la neutralità. La “Costituzione economica” e le sue funzioni di impulso e limite all'azione del «legislatore futuro»

Si è sottolineato come, sin dal periodo weimariano, si sarebbe cominciato a declinare il concetto di “Costituzione economica” secondo una direttrice che, in Germania, avrebbe avuto particolare fortuna negli anni successivi all'entrata in vigore del *Grundgesetz*, con il primario obiettivo di puntellare l'ordine capitalistico del mercato, limitando la discrezionalità del legislatore. Questa lettura faceva perno sull'idea per cui una specifica “Costituzione economica” fosse deducibile dal catalogo dei *Grundrechte*. Secondo autorevoli commentatori, infatti, nella loro interpretazione congiunta, pur in assenza di un Capo specificamente dedicato alla vita economica (*Wirtschaftsleben*) di impronta weimariana, alcuni diritti fondamentali sarebbero stati in grado di dar vita a un sistema istituzionale capace di limitare in maniera decisiva gli spazi di manovra del legislatore, vincolandone l'azione e sottraendogli spazi di discrezionalità, per il tramite della *costituzionalizzazione* di una specifica dottrina economica⁴⁵.

Come noto, il Tribunale costituzionale avrebbe rifiutato, sin dagli anni Cinquanta, un approdo di questo tipo, senza tuttavia impedire, coerentemente, che una certa versione, per quanto “contaminata”, delle idee ordoliberali sull'economia sociale di mercato si affermasse nell'ordine materiale dell'economia⁴⁶. Ma ciò che era ammesso e si inverava politicamente negli anni del cd. “miracolo economico”, sul piano materiale certo non era l'unico dei possibili modi in cui potevano relazionarsi politica ed economia, come avrebbero in più occasioni ribadito i giudici di Karlsruhe⁴⁷.

Il *Bundesverfassungsgericht*, del resto, sin da una sua celebre decisione del 1954⁴⁸, avrebbe declinato l'idea della “neutralità” della *Wirtschaftsverfassung*, con l'ambizione di ritagliare per il legislatore la più ampia discrezionalità nei limiti del *Grundgesetz*. Pur sottolineando in modo espresso come la Legge fondamentale avesse deciso di risolvere la tensione tra l'individuo e la società nel senso della *Gemeinschaftsbezogenheit* e della *Gemeinschaftsgebundenheit* (facendo così riferimento ai vincoli e ai legami di tipo comunitario), nei limiti in cui ciò fosse

⁴⁴ Così R. Nania, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in Id., P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 193 ss., 196.

⁴⁵ Cfr. almeno H. C. Nipperdey, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Karlsruhe, 1954, e H. Krüger, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, in *DVB*, 1951, 361.

⁴⁶ Cfr. M. Foucault, *Nascita della biopolitica* (2004), cit., 127 ss.

⁴⁷ Su questo dibattito e la giurisprudenza del *BVerfG*, sia consentito rinviare a F. Saitto, *Economia e stato costituzionale*, cit., 75 ss.

⁴⁸ *BVerfG*, 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54 del 20 luglio 1954, Rn. 36 ss.

funzionale a proteggere il valore intrinseco di ogni persona⁴⁹, il Tribunale federale sembrava depotenziare, almeno in un primo momento, quell’impulso che una Costituzione rigida può produrre sul piano dell’orientamento valoriale, apparentemente optando per una concezione di stampo in fondo liberale che, seppur esaltando la discrezionalità del legislatore, rinuncia a guidarne l’azione sul piano assiologico fintantoché resta conforme al dettato della Legge fondamentale⁵⁰. Per certi versi, nonostante il citato riferimento ai vincoli comunitari, i giudici di Karlsruhe sembravano almeno in parte recepire la visione rilanciata dal *Justice* Oliver Wendell Holmes nel suo celebre *dissent* nella sentenza *Lochner*⁵¹.

Coerentemente con il progressivo rafforzamento dello stato di prestazione⁵², questa neutralità, senza approdare alla concettualizzazione di un sistema istituzionale in materia economica, sarebbe stata in parte ridefinita nella giurisprudenza successiva, in un continuo confronto con il rilievo riconosciuto al catalogo dei *Grundrechte*. In particolare, passando per l’*Apotheken Urteil*⁵³, con la sua articolata concettualizzazione in materia di diritti fondamentali, nella decisione sulla *Mitbestimmung*⁵⁴, il *BVerfG*, pur ribadendone la neutralità in materia politico-economica, avrebbe parlato di una «relativa apertura» del *Grundgesetz*, finalizzata a conciliare al contempo il compito del potere legislativo di scegliere una determinata politica economico-sociale con la tutela dei singoli diritti fondamentali, il cui rispetto è fondamentale per condurre una vita dignitosa. I singoli diritti si ergono così a limite dei margini di intervento riconosciuti alla discrezionalità del potere politico; al contempo, si tematizza però la necessità di coniugare con essi la fondamentale discrezionalità che, orientata in base a specifici impulsi, deve essere garantita in materia economica e socio-politica per il legislatore⁵⁵.

⁴⁹ BVerfG 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54 del 20 luglio 1954, Rn. 29.

⁵⁰ Cfr. BVerfG 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54 del 20 luglio 1954, Rn. 38 dove si legge che «La “neutralità in ambito economico-politico” della Legge fondamentale consiste pertanto solo nel fatto che il costituente non ha imposto espressamente un determinato sistema economico. Ciò autorizza il legislatore a perseguire la politica economica che ritiene appropriata, nei limiti in cui rispetta la Legge fondamentale».

⁵¹ Per il testo completo in italiano: O. W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, 49 ss. In merito, cfr. A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, Napoli, 2016, 99.

⁵² In merito, cfr. P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in *VVDStRL*, 1972, 43 ss.

⁵³ BVerfG 1 BvR 596/56 del 11 giugno 1958, Rn. 65-65. Solo pochi mesi prima, il *BVerfG*, oltre a ribadire la funzione dei diritti fondamentali come difesa dall’azione dei pubblici poteri (*Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat*), aveva tematizzato la funzione di impulso e di direttiva del catalogo dei diritti fondamentali, forgiando un ordine di valori oggettivo non neutrale nella sentenza *Lüth*: BVerfG, 1 BvR 400/51 del 5 gennaio 1958.

⁵⁴ BVerfG 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 del 1 marzo 1979, spec. Rn. 141-142.

⁵⁵ Per un approfondimento, se si vuole, F. Saitto, *Economia e stato costituzionale*, cit., 111 ss. Sul rapporto tra apertura e vincolo di impulso per la discrezionalità del legislatore, nella prospettiva del ruolo del giudice costituzionale, cfr. P. Badura, *Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik*, in P. Oberndorfer, H. Schambeck (a cura di), *Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft*, Berlin, 1980, 321 ss., e, sul concetto di direttive costituzionali e vincolo per il legislatore, P. Lerche, *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven*,

In Italia, nel complesso, il dibattito costituente sembra più fiducioso nei confronti del legislatore futuro, probabilmente anche in ragione del ruolo di impulso più volte apertamente riconosciuto al testo costituzionale e all'idea, da subito piuttosto evidente, che i diritti non fossero più da considerarsi esclusivamente come un limite al potere. In Assemblea costituente, con riferimento al vincolo in materia economica, l'On. Ghidini avrebbe spiegato i motivi per cui, in un testo costituzionale, non poteva trovare spazio una specifica dottrina economica. E, infatti, forte riecheggia la consapevolezza che la legge è lo strumento privilegiato per attuare la Costituzione nell'idea per cui l'inveramento dei suoi principi, per «il legislatore futuro», rispecchia un compito continuo di tener conto delle «esigenze del tempo»: «lo svolgimento del fatto economico» non può, pertanto, essere determinato in Costituzione, essendo impossibile una volta per tutte «fissare esattamente limiti e condizioni, ciò supponendo la conoscenza esatta del mondo di domani»⁵⁶. In questo senso, analogamente a quello che accade con la riserva di legge rinforzata, una “Costituzione economica aperta” si pone nel suo insieme, senza assurgere a sistema istituzionale vincolante, come uno strumento per orientare l'azione del legislatore sul piano valoriale nella scelta del percorso volto a dare attuazione a quei principi di struttura che la Costituzione comunque fa propri, con l'obiettivo preminente di salvaguardare e inverare i diritti costituzionali, anche in materia socio-economica⁵⁷.

Il rifiuto di una costituzionalizzazione univoca dei rapporti tra politica ed economia non può peraltro ritenersi casuale, se si osserva il fatto che, più in generale, già nel Rapporto della Commissione economica emergeva l'idea per cui «è evidente che se prevarrà il criterio della costituzione rigida [...] la valutazione di ogni regola di cui si propone l'accoglimento sulla Carta statutaria per ordinare l'attività finanziaria deve essere fatta tenendo presente come criterio di giudizio non solo la opportunità tecnica della disposizione, ma anche i limiti che essa pone all'azione del legislatore ordinario e gli inconvenienti che di fronte

in *AöR*, 1965, 341 ss. Il tema può anche essere più in generale contestualizzato nella problematica concezione dei diritti fondamentali come diritti di difesa o come *Wertentscheidungen*, nella dialogica relazione tra dimensione soggettiva e oggettiva dei *Grundrechte*, su cui cfr. almeno H. D. Jarass, *Grundrechte als Wertentscheidungen*, in *AöR*, 1985, 363 ss. e, in particolare sulla posizione dei diritti di prestazione rispetto alla decisione di bilancio, 389; nonché H. Bethge, *Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 1985, 351 ss., che si sofferma anche sull'impulso prodotto dal catalogo dei diritti fondamentali sulla legislazione, 363 ss., e K. A. Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, Berlin, 1968, sul limite che il catalogo dei diritti fondamentali rappresenta per il potere legislativo in relazione alla funzione della riserva di legge. Sul vasto dibattito in proposito, di recente, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2016, spec. 11 ss.

⁵⁶ Atti Assemblea costituente – Seduta plenaria del 7 maggio 1947, 3704-3705.

⁵⁷ P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, cit., 117 ss., dove si legge che la riserva di legge rinforzata è «strumento precipuo di garanzia dei diritti», in quanto «la Costituzione, [...] predeterminando per mezzo di esse il contenuto delle leggi nella materia riservata, ha introdotto un limite al principio maggioritario ed alla esclusività, o forse all'autosufficienza, dei meccanismi della democrazia procedurale», così garantendo «la priorità dei diritti della persona».

al variare delle circostanze obiettive ed al modificarsi degli equilibri politici possono derivare dal racchiudere entro confini ristretti quella azione»⁵⁸.

Tutto ciò non deve indurre a sottovalutare che, ad ogni modo, in Italia, si fosse tentato di vincolare la discrezionalità del legislatore e la fiducia nei partiti, seppur senza operare direttamente sul testo costituzionale. Del resto, sin dai primi passi del Governo De Gasperi IV, che si formò nel maggio del 1947 con l'uscita delle sinistre dalla compagine governativa, fu piuttosto forte la sensazione che l'ingresso negli accordi di Bretton Woods e l'avvio dell'ERP (cd. piano Marshall) avessero segnato il sorgere di un vincolo esterno capace, sul piano internazionale, di garantire un'opzione di sistema per il modo capitalistico di produzione attraverso una limitazione che filtrava da un ridimensionamento della cd. “sovranità esterna”. E tuttavia, il vincolo esterno, in questa prospettiva, sembra ancora potenzialmente funzionare come strumento per catalizzare l'impulso assiologico fatto proprio dalla norma costituzionale interna, rafforzando le basi del compromesso su cui il pluralismo in essa incorporato si insedia⁵⁹.

In sintesi, come già visto in epoca weimariana, superata la distinzione tra democrazia politica ed economica, due principali possibili significati possono riferirsi al concetto di “Costituzione economica” in senso prescrittivo, facendo riferimento ad un contesto in cui ormai stato e società non sono più visti come enti tra loro separati, ma come ambiti strettamente correlati di cui continuamente occorre indagare in concreto la «giusta misura» di correlazione⁶⁰. Il primo, che esalta una prescrittività in senso stretto e vede la Costituzione come un limite al potere, punta a limitare la discrezionalità politica del legislatore grazie all'inserimento in Costituzione di norme volte a costituzionalizzare una determinata dottrina economica. Esso, in fondo, si salda con una sostanziale sfiducia verso il parlamento come luogo privilegiato dell'attuazione costituzionale, vedendo nel testo della Costituzione in questo ambito un superiore livello di legalità normativa capace di risolvere *ex ante* ogni bilanciamento⁶¹.

Il secondo significato, in una declinazione che accoglie una visione valorialmente orientata della “Costituzione economica” e ne fa uno strumento di

⁵⁸ Ministero per la Costituente, *Rapporto della Commissione economica – V – Finanza. I Relazione*, Roma, 1946, 5.

⁵⁹ Per un approfondimento del dibattito, cfr. in questo senso, se si vuole, F. Saitto, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, cit., 125 ss.

⁶⁰ K. Hesse, *Osservazioni sulla problematica odierna e sulla portata della distinzione del rapporto tra stato e società*, ora in A. Di Martino, G. Repetto (a cura di), *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, 2014, 227 ss.

⁶¹ Facendo in parte perno sull'idea kelseniana di Costituzione come momento di sintesi tra supremazia della costituzione e principio di legalità: in merito, cfr. P. Ridola, *Costituzione e potere politico nella democrazia di massa: tra Machtstaat e politische Legitimation*, in Id., *Stato e Costituzione in Germania*, cit., spec. 100 ss. e 105 ss. Mentre, sul fatto che, in seguito, l'affermazione dello stato costituzionale non avrebbe significato solo un «mero trasferimento della legalità sul piano più alto della supremazia gerarchica della costituzione, ma un mutamento qualitativo rispetto allo stato di legislazione», Id., *Profilo storico del costituzionalismo moderno* (2009), in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 25.

apertura e di impulso dell'azione del legislatore, vede in essa un mezzo per sostenere più efficacemente l'attuazione del progetto assiologico di un testo costituzionale, puntellando e difendendo le dinamiche della democrazia rappresentativa e del pluralismo⁶². Ed è in questo senso che tale approccio differisce dalla concezione holmesiana di una neutralità in senso stretto, sebbene attenta ai profili della ragionevolezza, perché in realtà il «carattere pluralistico» delle costituzioni contemporanee accoglie una concezione che, per quanto «neutrale rispetto alla molteplicità delle concezioni del mondo», non lo è «rispetto ai contenuti di valore che lo alimentano»⁶³.

Nel primo caso, inevitabilmente, al legislatore rimarranno spazi minimi per poter rispondere agli eventi impreveduti che dovessero presentarglisi. Inoltre, corollario logico di tale scenario è che la responsabilità di una determinata politica economica e delle sue ricadute sulla forma-stato non può essere posta in capo al legislatore, che, nei Paesi in cui la Costituzione è rigida, è ad essa vincolato. È già a quel livello, come accennato, che è risolto ogni possibile bilanciamento.

Nel secondo caso, invece, ciò che va studiato è il modo in cui una determinata «Costituzione economica» può contribuire a garantire, nel difendere un'ampia discrezionalità del decisore politico con riferimento al *quomodo* dell'attuazione, che ogni decisione, anche in ambito economico e soprattutto sul piano diacronico, sia pienamente associabile a un soggetto politico che ne sia responsabile e al contempo sinergica a quei valori il cui invero è posto come obiettivo. In questo senso, luogo per eccellenza dei bilanciamenti non può che essere il parlamento, le cui valutazioni potranno poi essere oggetto di valutazione da parte della giustizia costituzionale specialmente sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che della mera conformità al testo. Ciò, in un sistema a Costituzione rigida e ricca di contenuti sul piano assiologico, implica dei rischi, collegati all'inveramento direttamente tramite la giurisprudenza delle corti dei valori accolti in Costituzione, in assenza di una ponderata mediazione legislativa che se ne assuma la responsabilità⁶⁴. Anche per questo, oggi, nella ormai ampia riflessione critica sulla democrazia rappresentativa, si cerca di individuare dei meccanismi di contrafforte volti a rafforzare la legittimazione dei parlamenti⁶⁵ e il *BVerfG* pare concentrarsi così diffusamente sulle virtù della correttezza della procedura parlamentare⁶⁶ a difesa

⁶² Cfr., in merito, V. Crisafulli, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015 e la critica alle concezioni svalutative della Costituzione «atto integralmente e direttamente obbligante» (38) di M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, cit., 29 ss.

⁶³ Così P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, cit., 358.

⁶⁴ In proposito, cfr. naturalmente le riflessioni di C. Schmitt, *La tirannia dei valori* (1959), Milano, 2008. Cfr. anche E. Forsthoff, *Lo stato della società industriale* (1971), Milano, 2011 e E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, cit., 66 ss.

⁶⁵ P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), Roma, 2012.

⁶⁶ Cfr. per esempio *BVerfG 2 BvE 4/11* del 19 giugno 2012. Più in generale, su questo sforzo del *BVerfG* di difendere le prerogative del *Bundestag*, cfr., se si vuole, F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, in *Costituzionalismo.it*, 2016.

della *mittelbare Demokratie*⁶⁷.

Da ultimo, come si è detto, va considerato come si atteggia il sistema delle relazioni internazionali rispetto a questi assetti. Il sistema delle relazioni internazionali, con la fine della Seconda guerra mondiale, ha ormai superato la chiusura che contraddistingueva la statualità al tempo della piena vigenza dello *jus publicum europaeum*⁶⁸. Nel puntellare il delicato processo di democratizzazione, infatti, la dimensione internazionale può porsi come un “vincolo esterno”, capace di orientare il mantenimento degli assetti istituzionali e il delicato compromesso tra democrazia e capitalismo, limitando, attraverso un ridimensionamento della “sovranità esterna”, gli spazi decisionali, volti a mettere in discussione i presupposti del sistema economico prescelto, oppure imponendo, anche in questo caso, una determinata dottrina, esautorando il livello di governo nazionale e con ciò deprivandolo della possibilità di poter agire responsabilmente⁶⁹.

5. La «crisi fiscale» dello stato come minaccia alla sostenibilità economica della democrazia rappresentativa e la risposta europea

L'articolazione del compromesso volto a consentire alla democrazia di incorporare e regolare il capitalismo per limitarne le contraddizioni e massimizzarne le potenzialità⁷⁰ mostra i primi segnali di affanno già negli anni Sessanta⁷¹. Ma sarà solo negli anni Settanta che la «crisi fiscale dello stato»⁷² metterà in discussione il rapporto tra un'economia di mercato fondata sui principi keynesiani dell'intervento pubblico e la capacità della democrazia rappresentativa di essere anche in grado di garantire stabilmente la sostenibilità delle sue spese tramite la tassazione⁷³. Ciò avviene anche in ragione dell'impossibilità della società industriale di sostenere una crescita adeguata all'aumentare dei costi collegati all'espansione delle tutele apprestate dallo stato sociale con la finalità di

⁶⁷ E.-W. Böckenförde, *Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie*, in G. Müller, R. A. Rhinow, G. Schmid, L. Wildhaber (a cura di), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Basel, 1982, 301 ss.; polemicamente, W. Abendroth, *Demokratie als Institution und Aufgabe*, in U. Matz (a cura di), *Grundprobleme der Demokratie*, Darmstadt, 1973, 163, dove si legge che è errato considerare parlamentarismo e democrazia come sinonimi.

⁶⁸ In merito, cfr. C. Schmitt, *Il Nomos della terra* (1974), Milano, 1991. Mentre, per una storia della cd. “sovranità esterna”, cfr. L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997. Di recente, sugli itinerari della sovranità nella modernità e oltre, C. Galli, *Sovranità*, cit., spec. 29 ss.

⁶⁹ U. Gentiloni Silveri, *Storia dell'Italia contemporanea 1943-2019*, Bologna, 2019, 325, in proposito parla della necessità di individuare a livello europeo e nell'Euro in particolare «un nuovo vincolo esterno in grado di raccogliere energie e risorse, proiettandole al di là delle strettoie contingenti».

⁷⁰ Per una breve ma efficace storia del capitalismo, cfr. J. Kocka, *Capitalismo. Una breve storia* (2016), Roma, 2016.

⁷¹ Cfr. polemicamente A. Negri, *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione* (1977), Milano, 2012, spec. p. 316 ss.; sulle difficoltà dei paesi a capitalismo avanzato anche C. Offe, *Lo stato nel capitalismo maturo* (1972), Milano, 1977, e J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am Main, 1973.

⁷² J. O'Connor, *La crisi fiscale dello Stato* (1973), Torino 1982

⁷³ C. B. Macpherson, *The Life and Times of Liberal-Democracy* (1977), Don Mills, 2012.

redistribuire in modo più equo la ricchezza prodotta⁷⁴.

È in questa fase possibile individuare i segnali di una profonda trasformazione certificata dall'affermazione del *fiscal constitutionalism*⁷⁵ e poi dal progressivo imporsi delle teorie neoliberali⁷⁶ come il cd. *mainstream* in ambito economico, che torna a teorizzare la capacità del mercato di ricostruire più o meno spontaneamente un equilibrio stabile tra domanda e offerta⁷⁷. Sferzanti critiche in merito agli spazi della discrezionalità politica vengono associate al ricorso al credito, collegando il superamento della crisi economica con la necessità di archiviare il pensiero di Keynes⁷⁸, o, più esattamente, del modo in cui le idee di Keynes avevano trovato applicazione sul piano politico⁷⁹.

Si può allora sostenere che nel momento in cui la democrazia rappresentativa cerca di “guadagnare tempo”, ricorrendo all’indebitamento per finanziare il suo apparato di servizi e diritti ma, più in generale, i suoi assetti istituzionali, anche al fine di pacificare così il conflitto sociale particolarmente forte a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta, non riuscendo più a finanziarsi attraverso la tassazione, si siano poste le basi per il passaggio dallo “stato fiscale” allo “stato debitore”. Con ciò i prodromi della messa in discussione della stessa democrazia rappresentativa basata sul principio di responsabilità sono

⁷⁴ R. Aron, *La società industriale* (1962), Milano, 1965; e tuttavia non solo in ragione di ciò, come sostiene I. Wallerstein, *Capitalismo storico e civiltà capitalistica* (1995), Trieste, 2000, spec. 51 ss., dove si legge che «i poteri redistributivi dello stato sono stati analizzati per lo più nei termini del loro potenziale di perequazione», ma che «la redistribuzione è stata in effetti usata in modo assai più diffuso per polarizzare la distribuzione più che per far convergere i redditi reali».

⁷⁵ Cfr. J. Buchanan, R. E. Wagner, *La democrazia in deficit. L'eredità politica di Lord Keynes* (1977), Roma, 1997.

⁷⁶ Per la progressiva affermazione di queste teorie sul piano filosofico, cfr. almeno M. De Carolis, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, 2017.

⁷⁷ Sulla contrapposizione e le diverse implicazioni delle due principali teorie che attualmente si confrontano, cfr. E. Brancaccio, *Anti-Blanchard. Un approccio comparato allo studio della marcoeconomia*, Milano, 2017.

⁷⁸ Cfr. sul pensiero economico contemporaneo e le sue divisioni, A. Roncaglia, *L'età della disgregazione*, Roma-Bari, 2019, spec. 164 ss.

⁷⁹ E infatti è stato autorevolmente sostenuto che Keynes puntasse a una «composizione della spesa pubblica [...] fortemente orientata all'investimento stabilizzante», ma non certo ad uso stabile del ricorso al credito per qualsiasi spesa: in merito, cfr. P. Ciocca, *La Germania: debitrice di ieri, creditrice di oggi*, in A. Bolaffi, P. Ciocca, *Germania/Europa. Due punti di vista sulle opportunità e i rischi dell'egemonia tedesca*, Roma, 2017, 187. Analogamente, R. Skidelsky, *Keynes. The Return of the Master*, London, 2009, xviii-xix, e P. Leon, *Il capitalismo e lo stato*, Roma, 2014. In merito, cfr. anche F. Vicarelli, *Keynes. L'instabilità del capitalismo*, Bologna, 1989, che più volte mette in luce come la stabilità della valuta e la lotta all'inflazione siano obiettivi fondamentali che devono essere perseguiti per sostenere il sistema capitalistico (58). Inoltre, per la critica al dottrinarismo liberale di Keynes e sulle virtù dell'intervento dello stato in economia, cfr. i contributi *Sono un liberale* (1925) e *La fine del laissez-faire* (1926), ora in J. M. Keynes, *Sono un liberale? E altri scritti*, cit., 159 ss. e 199 ss. Sull'eredità e le caratteristiche del pensiero keynesiano, cfr. anche in particolare i capitoli 7-11 in F. Caffè, *Lezioni di politica economica* (1990), Torino, 2008, 133 ss. In particolare, in risposta a quelle letture svalutative del pensiero di Keynes, *ivi* si legge come, al contrario della sfiducia nei confronti dei parlamenti, egli «attribuisce molta importanza [...] “alle persone poste in posizione di responsabilità”» (178). Peraltro, lo stesso Caffè riconosce che le politiche economiche statunitensi degli anni Sessanta siano state in parte errate perché «l'espansione eccessiva di spesa pubblica» avrebbe richiesto un aumento delle entrate tributarie che, «proposto al parlamento, si dimostrò di applicazione tutt'altro che tempestiva» (206).

chiaramente individuabili⁸⁰ e si collegano con quella critica, mossa dalla Corte costituzionale italiana al decisore politico del tempo, per cui vi sarebbe una «tendenza [...] a battere le vie di sempre e, per uscire di metafora, a non muovere alla ricerca di “ricchezze nuove”»⁸¹.

In questo senso, la crisi fiscale dello stato si manifesta come difficoltà della democrazia rappresentativa di garantire nel tempo i propri presupposti sul piano della sostenibilità economica. Se, come accennato, le prime manifestazioni di tale tendenza si possono far risalire agli anni Sessanta, quando si avvertono i segnali della difficoltà della democrazia rappresentativa connesse con la sostenibilità dello stato sociale⁸², la firma dell'Atto Unico Europeo e, dunque, il Trattato di Maastricht potrebbero rappresentare non tanto una causa del problema, quanto piuttosto un tentativo, magari contestabile o solo parziale, di rispondere al rischio di un progressivo abbassamento delle tutele di cui il processo di integrazione sovranazionale non sarebbe però primariamente imputabile⁸³. Anzi, si potrebbe persino sostenere che, in assenza del progetto di integrazione comunitaria, i singoli stati avrebbero già da tempo dovuto abdicare al livello di protezione sociale accordato sulla base di un instabile e sempre in discussione compromesso tra capitalismo e democrazia⁸⁴, nonostante tutte le contraddizioni e le manchevolezze che da sempre a livello europeo assume la tutela dei diritti sociali⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico* (2013), Milano, 2013, e Id., *How will Capitalism End?*, London, 2016. Più in generale, M. Ferrera, *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Roma-Bari, 2016.

⁸¹ Così Corte cost. n. 141 del 1980, cons. in dir. 3. Sul riconoscimento di un'ampia discrezionalità al decisore politico in materia di svalutazione monetaria, di fatto intesa come ulteriore strumento potenzialmente utilizzabile per redistribuire ricchezza, cfr. almeno Corte cost. sent. n. 126 del 1979, cons. in dir. 6, dove si legge che, in ogni caso, «non si intende ovviamente escludere che il legislatore possa o, in casi di particolare gravità, debba tener conto degli effetti conseguenti ai processi di svalutazione monetaria, per correggere o eliminare conseguenze inique o eccessivamente onerose, sia nella disciplina dei rapporti tra soggetti privati, sia in quella relativa alle obbligazioni tributarie. Questo è di fatto avvenuto anche nel nostro Paese, e non occorre ricordare qui esempi ben noti di interventi legislativi più o meno recenti, diretti a ricondurre ad equità rapporti giuridici pubblici e privati, o almeno ad attenuare talune conseguenze più gravi del deprezzamento della moneta avente corso legale. Ma questi interventi sono stati sempre il frutto di scelte politiche, riservate alla discrezionalità del potere legislativo, al quale compete di provvedere in sì delicata materia, sulla base di valutazioni di ordine politico, sociale, economico, finanziario, che sfuggono di massima al sindacato di legittimità affidato a questa Corte».

⁸² Sulle difficoltà della democrazia rappresentativa del tempo, cfr. almeno C. Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970; R. Bellamy, A. Warleigh, *From an Ethics of Integration to an Ethics of Participation: Citizenship and the Future of the European Union*, in *Millennium*, 1997, 447 ss.; B. Barber, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, 1984; J. M. Bessette, *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*, in R. A. Goldwin, W. A. Schambra (a cura di), *How Democratic is the Constitution?*, Washington, 1980, 102 ss.; S. Besson, J. L. Martì (a cura di), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Burlington, 2006; J. S. Fishkin, *When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, 2011. Sulle dinamiche della democrazia rappresentativa e le tensioni cui è sottoposta, cfr. anche B. Manin, *Principi del governo rappresentativo* (1997), Bologna, 2010.

⁸³ Cfr. V. Ranaldi, *I diritti sociali, economici e del lavoro nell'Unione europea. Evoluzione normativa e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Roma 2017, 58. Criticamente, sugli itinerari di sviluppi in materia sociale, S. Giubboni, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni fiorentini*, 2017, 553 ss., spec. 559 ss.

⁸⁴ Su cui, fatalisticamente, cfr. E. Severino, *Il declino del capitalismo*, Milano, 1993, e Id.,

Del resto, che l'integrazione europea sia nata cercando di salvare in qualche modo lo stato nazione, considerato già tramontato da Hannah Arendt con la messa in discussione del diritto ad avere diritti⁸⁶, è un dato su cui gli storici hanno continuato a riflettere⁸⁷, condiviso anche da un certo approdo delle teorie vicine al paradigma funzionalista dell'integrazione⁸⁸. In tal senso, la crisi dell'*embedded liberalism*⁸⁹, in particolare in Europa, seguirebbe un percorso tutto sommato autonomo sul piano eziologico rispetto al processo di integrazione europea, che al contrario potrebbe rappresentare una efficace risposta al nuovo ordine globale che andava in quegli anni assestandosi e che avrebbe finito per minacciare il *welfare state* come conquista del costituzionalismo europeo, pur con tutte le sue varianti⁹⁰.

In questo senso potrebbero leggersi le prese di posizione di chi cerca di individuare nella *memberstatehood* un nuovo connotato qualificante della statualità in Europa⁹¹ e di chi, abbandonando inevitabilmente l'idea di uno stato europeo, vede oggi lo stato più necessario che mai, senza però voler rinunciare al processo di integrazione⁹². Tutto ciò rappresenterebbe una importante risposta, seppur probabilmente ancora debole e insufficiente, al nuovo ordine globale⁹³.

6. Dalla “Costituzione economica” alla “Costituzione finanziaria”: la razionalizzazione della spesa come difesa della democrazia rappresentativa

Sul piano nazionale, negli anni in cui si consuma il crepuscolo dei Trenta gloriosi, a livello dogmatico, si compie il passaggio dalla “Costituzione economica” alla “Costituzione finanziaria”. Dal tentativo di dedurre la prescrittività di una certa dottrina economica attraverso la costruzione

Capitalismo senza futuro, Milano, 2012. Ma cfr. anche W. Merkel, *Is Capitalism Compatible with Democracy?*, in *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, 2014, 109 ss., e D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente* (2011), Roma-Bari, 2015.

⁸⁵ In proposito, cfr. M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 367 ss., e P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella “Costituzione europea”* (2000), in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 139 ss. Per un profilo di storia economica che collega i tentativi di garantire una maggiore stabilità monetaria al processo di integrazione europea, cfr. almeno T. Padoa-Schioppa, *L'Europa verso l'Unione monetaria*, Torino, 1992, spec. 58 ss. e 111 ss. Per un approfondimento, se si vuole, cfr. anche F. Saitto, *Ragionando sul Trattato di Maastricht come momento di “frattura”: processo di integrazione europea e trasformazioni del sistema economico*, in *Il Politico*, 2019, 138 ss., spec. 142 ss.

⁸⁶ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1948), Torino, 2009, 372 ss.

⁸⁷ T. Judt, *Postwar. La nostra storia 1945-2005* (2005), Roma-Bari, 2017

⁸⁸ A. S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State* (1992), London, 1994.

⁸⁹ Su cui J. G. Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization*, 1982, 379 ss., e R. Gilpin, *The Political Economy of International Relations*, Princeton, 1987, spec. 341 ss.; per la formula su Keynes e Smith, 355 e 363 dove si legge: «Is it possible to reconcile Keynes at home and Smith abroad or will one triumph over the other?». Sui risvolti storici della crisi del Sistema di Bretton Woods in prospettiva europea, cfr. F. Fauri, *L'Unione europea. Una storia economica*, Bologna, 2017, spec. 137 ss.

⁹⁰ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1990.

⁹¹ C. J. Bickerton, *European Integration. From Nation-States to Member States*, Oxford, 2012.

⁹² A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014.

⁹³ H. Kissinger, *World Order*, New York, 2014.

interpretativa di un sistema istituzionale a partire dal catalogo dei diritti, ben più efficace appare del resto l’inserimento in Costituzione di articoli che, rivolti direttamente ai titolari dell’indirizzo politico, sono finalizzati a introdurre regole rigide al fine di stabilirne preventivamente i margini di discrezionalità secondo i dettami di un certo orientamento teorico⁹⁴. Tale sviluppo appare peraltro coerente con la progressiva stabilizzazione dell’ordine capitalistico e la contestuale necessità, sempre più avvertita, di caratterizzarne la coesistenza con l’ordine democratico. Se il dibattito sulla “Costituzione economica”, infatti, risente ancora dell’ombra di paura legata a possibili esiti che portino a un sovvertimento degli elementi essenziali del modo di produzione capitalista, quando si impone il concetto di “Costituzione finanziaria”, il sistema economico appare ormai piuttosto saldo nei suoi lineamenti essenziali. Occorre però plasmarne con maggiore incisività i limiti per orientarne gli spazi d’azione.

In Germania, le riforme del triennio che va dal 1967 al 1969, sotto l’impulso del governo di *Große Koalition*, introducono, tra l’altro, significative modifiche agli articoli 109 e 115 della Legge fondamentale, prevedendo la clausola dell’equilibrio economico generale e la *golden rule* per il ricorso all’indebitamento⁹⁵. Più in generale, tuttavia, si rafforzano quelle correnti che denunciavano l’incapacità della democrazia rappresentativa di garantire la sua sostenibilità e che vedono negli articoli sul ricorso all’indebitamento un canale efficace attraverso cui stabilire regole capaci di vincolare il legislatore, limitandone la discrezionalità attraverso una rigida tipizzazione dei casi in cui il ricorso al credito è consentito. Come accennato, infatti, rispetto allo sforzo interpretativo necessario per costruire, a partire dai singoli diritti fondamentali, un sistema istituzionale vincolante, ben più efficace appare operare direttamente su quella parte della Costituzione che disciplina la materia finanziaria e i saldi di bilancio, introducendo regole dettagliate che, ancora una volta, hanno come effetto di “spoliticizzare” la decisione. Le implicazioni di tale scelta sono di grande rilievo, potendo potenzialmente cambiare in modo radicale il rapporto tra stato costituzionale ed economia e, di conseguenza, la forma-stato, accogliendo una dottrina economica, per esempio, del tutto incompatibile con il pensiero keynesiano, che impedirebbe allo stato di svolgere la sua funzione di intervento, limitandosi a riconoscere un potere di regolazione⁹⁶.

Nelle pieghe di questo dibattito sulla “Costituzione finanziaria” come strumento per accogliere una determinata dottrina economica in Costituzione si rinviene pertanto traccia di quel vecchio confronto sulla “Costituzione economica”. Anzi, la “Costituzione finanziaria” si dimostra potenzialmente lo strumento più efficace per inverare una certa “Costituzione economica” prescrittiva in senso stretto, che sottragga alla decisione politica e al legislatore

⁹⁴ Emblematico il già richiamato tentativo di J. M. Buchanan, R. E. Wagner, *La democrazia in deficit* (1977), cit., *passim*.

⁹⁵ Sui termini di queste innovazioni e il loro rilievo, cfr., se si vuole, più approfonditamente F. Saitto, *Economia e stato costituzionale*, cit., 143 ss.

⁹⁶ Come denunciato per esempio con riferimento alla nuova disciplina in materia di indebitamento da O. Chessa, *La costituzione della moneta*, Napoli, 2016.

la decisione economica. Anche in questo caso è possibile, tuttavia, scovare un sentiero, più stretto, per scorgere nelle norme che disciplinano il ricorso al credito non uno strumento per espropriare il decisore politico della sua responsabilità, ma anzi per difenderne e financo rafforzarne le prerogative. Nella giurisprudenza recente del Tribunale costituzionale tedesco, in particolare nel filone che a più riprese e a vario titolo ha avuto ad oggetto le misure adottate a livello europeo per contrastare la crisi economica, è emerso chiaramente come l'opzione di riformare la disciplina dell'indebitamento, avvenuta nel *Grundgesetz* già nel 2009, vada interpretata proprio nel senso di garantire l'esistenza di una *Verantwortungsverfassung* (Costituzione della responsabilità), la cui primaria funzione sarebbe di consentire che il legame di imputabilità di una decisione con riguardo all'indebitamento non aggiri il profilo della sostenibilità sul piano intergenerazionale⁹⁷. Il ricorso al credito, in questa prospettiva, viene in qualche modo razionalizzato, ma non per disciplinarne in modo rigido e necessariamente anti-keynesiano l'utilizzo, quanto piuttosto per sostenere il principio di responsabilità ed evitare che il ricorso al credito sia un modo per non sottoporsi al giudizio dell'elettorato nei casi in cui sarebbe più corretto ricorrere alla tassazione. Come dimostrato da Streeck, in particolare con la sua ricostruzione dello "stato debitore" e dello "stato consolidato", del resto, proprio l'indebitamento è una delle principali leve che rischia, in assenza di una corretta gestione, di attentare al funzionamento della democrazia rappresentativa nel lungo periodo⁹⁸.

414

A questa altezza, tuttavia, diventa necessario approfondire quale sia il doppio ruolo che può svolgere l'integrazione sovranazionale. La giurisprudenza del *BVerfG*, infatti, si disinteressa colpevolmente di come quelle regole, una volta imposte anche a livello europeo, finiscano per funzionare in modo diverso in altri stati creando pericolose e dannose asimmetrie⁹⁹. Si è già detto, in merito, come la creazione di un vincolo esterno abbia storicamente caratterizzato il compromesso su cui si basa lo stato costituzionale nei suoi rapporti con l'economia almeno a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale¹⁰⁰. Ma, come accennato, Carl Schmitt aveva chiaramente individuato in un alternarsi di "vuoti" e "pieni" lo sforzo dello stato liberale di escludere l'economia dalla politica al fine di evitare che la politicizzazione dell'economico sfociasse in una instabilità che potesse alterare il sistema degli scambi della società liberale, mettendo in luce come il

⁹⁷ Su queste implicazioni, M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tübingen, 2014.

⁹⁸ W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico* (2013), cit., *passim*.

⁹⁹ In questo senso, cfr. C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014. In merito, individua in queste asimmetrie le origini dell'attuale domanda di sovranità in Europa, definita «forte ma superficiale, nel complesso inadeguata», C. Galli, *Sovranità*, cit., 129 ss. Sui limiti della «sovranità condizionata» in Europa, cfr. A. Somma, *Sovranismi*, Derive&Approdi, Roma, 2018, 85 ss.

¹⁰⁰ Sullo stato costituzionale come espressione di "sintesi" «dell'insieme delle trasformazioni offerte dal costituzionalismo nelle democrazie pluralistiche», cfr. P. Ridola, *Profilo storico del costituzionalismo moderno* (2009), in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 22 ss.

risultato di quell’equilibrio tra «presenza economica» e «assenza politica» ponesse «il contenuto materiale dello stato politico» «fuori della politica e della costituzione»¹⁰¹.

Come già sostenuto con riferimento ai significati del concetto di “Costituzione economica”, l’integrazione sovranazionale dunque diventa uno strumento attraverso cui potenzialmente neutralizzare la decisione politica, puntando a riformare l’equilibrio ottocentesco, sottraendo spazi di decisione ai parlamenti. In questo scenario, il rischio è che si dimostri come conclamata quella “sindrome di Tocqueville” di cui Mair individuava chiari segnali già qualche tempo fa, in quanto gli stati, pur essendone di fatto solo indirettamente responsabili, risultano per i loro cittadini direttamente imputabili di scelte economiche in realtà subite. In questo senso, la “Costituzione finanziaria” imposta “da fuori” diventa uno strumento attraverso cui, pur rimanendo imputabili della gestione, il governo e il parlamento a livello nazionale sono privati di una vera discrezionalità, e pertanto sono difficilmente considerabili come i veri responsabili¹⁰².

E tuttavia, paradossalmente, proprio l’integrazione sovranazionale si può dimostrare invece uno strumento straordinario per rilanciare la democrazia rappresentativa e puntellarne il funzionamento, tenendo presente il rischio che dall’interno, in ragione dell’indebitamento, si delinea sulla sostenibilità nel tempo della democrazia rappresentativa. Certo, nella rigida distinzione, delineatasi sin dal *Maastricht Urteil*, tra *Stabilitätsgemeinschaft* e *Solidargemeinschaft*, non sembra esserci spazio per una reale democratizzazione del livello di governo europeo¹⁰³. La comunità di stabilità, caratterizzata da un *deficit* democratico strutturale e istituzionale che ne connota intrinsecamente le qualità, non riconosce margini significativi per traguardare solide politiche anticicliche e la rigorosa condizionalità, incorporata anche nel TFUE all’art. 136 III, sembra porsi come alternativa e irrelata rispetto alla solidarietà¹⁰⁴.

Al contrario, la dimensione europea dovrebbe essere in grado di svolgere una funzione di protezione della sostenibilità della democrazia rappresentativa, anche attraverso l’introduzione di un qualche tipo di “vincolo esterno” che punti a evitare un ricorso all’indebitamento capace di sganciare la rappresentanza dalla sua responsabilità sul piano intertemporale, senza però disarticolare il rapporto

¹⁰¹ C. Schmitt, *Il Nomos della terra* (1974), cit., 386 ss.: «nella separazione tra politica ed economia risiede realmente la chiave per chiarire la contraddizione tra presenza e assenza, in cui deve incorrere il nuovo mondo [...] quando cerca di conciliare presenza economica e assenza politica» (386-387). Sul punto cfr. anche M. Foucault, *Nascita della biopolitica* (2004), cit., 45 ss.

¹⁰² Cfr., in merito, P. Mair, *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti* (2013), Soveria Mannelli, 2016.

¹⁰³ Per un approfondimento in merito, F. Saitto, *Economia e stato costituzionale*, cit., 336 ss.

¹⁰⁴ Sulle criticità di un mutamento che porti l’Unione a caratterizzarsi come una *Transferunion*, W. Kahl, *Bewältigung der Staatsschuldenkrise unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVBl*, 2013, 197 ss., e H.-J. Blanke, S. Pilz (a cura di), *Die “Fiskalunion”*, Tübingen, 2014. Da ultimo, criticamente, M. Ferrera, *Breaking the “Caging” Mentality: Ordoliberalism, Responsibility and Solidarity in the EU*, in J. Hien, C. Joerges (a cura di), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford, 2017, 115 ss.

tra decisione e sua imputabilità. In questo senso, il livello sovranazionale potrebbe essere utile nel favorire un uso più responsabile del ricorso al credito, distinguendo per esempio, oltre i casi eccezionali e le spese *una tantum*, il ricorso all'indebitamento a seconda che la spesa sia volta a finanziare reali investimenti o la sola spesa corrente, considerando che la prima tende a ripagarsi nel tempo.

Viceversa, l'attuale conformazione del vincolo, al di là della sua reale intensità, non distinguendo tra i diversi tipi di spesa, non solo implica un ricorso strutturale all'indebitamento, ma appare anche caratterizzata da una forte opacità, considerando che, nella determinazione dell'obiettivo di medio termine, il procedimento è in gran parte sganciato da una reale partecipazione delle rappresentanze popolari¹⁰⁵. In questa prospettiva, la scadenza dell'art. 16 del Trattato sul *Fiscal Compact* rappresenta sinora un'occasione mancata per europeizzare le norme sul ricorso al credito, provando a modificarne i dettami e a favorirne una democratizzazione, con il fine di rafforzare i circuiti della responsabilità su base statale, nel rispetto peraltro delle singole identità nazionali, e per ripensare il ruolo che può essere portato avanti a sostegno della crescita, magari attraverso autonome e forti politiche anticicliche, da parte del livello sovranazionale¹⁰⁶.

Nella prospettiva proposta, la dimensione sovranazionale sembra ancora in grado di svolgere la sua funzione di contrafforte indispensabile per difendere da possibili degenerazioni la statualità in Europa. E ciò deve valere anche con riferimento a due suoi connotati essenziali, come la democrazia rappresentativa e il *welfare state*. Solo in questo senso, l'Unione europea può ben rappresentare un ulteriore strumento di difesa per la democrazia e i diritti a livello nazionale per lo stato nazione europeo¹⁰⁷.

Se ciò è vero, appare ancora più problematico constatare come, al di fuori dei tradizionali canali del diritto europeo, per quanto tale scelta possa essere stata necessaria¹⁰⁸, si siano in realtà aggravate le asimmetrie tra le democrazie nazionali, fino a incidere in profondità sul rispetto del principio democratico a livello nazionale¹⁰⁹. Guardando a questi sviluppi si è coerentemente denunciato l'imporsi di una dottrina economica vincolante capace di ridurre la discrezionalità decisionale dei parlamenti nazionali, come se la nuova "Costituzione economica",

¹⁰⁵ Su questi temi cfr. la serrata critica di P. de Ioanna, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma*, in *Cultura giuridica e diritto vivente, Special Issue*, 2015, 81 ss., e P. De Ioanna, M. Degni, *Il vincolo stupido* (2015), Roma, 2019.

¹⁰⁶ Se si vuole, per un approfondimento in tal senso, F. Saitto, «Risocializzare l'Europa». *La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2017, spec. 111 ss., e Id., *Ragionando sul Trattato di Maastricht come momento di "frattura": processo di integrazione europea e trasformazioni del sistema economico*, cit., spec. 151 ss.

¹⁰⁷ In questo senso, cfr. almeno P. Costa, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, 2006, 64 ss.

¹⁰⁸ B. De Witte, *Using International Law in the Euro Crisis: Causes and Consequences*, in *ARENA Working Paper*, n. 4/2013.

¹⁰⁹ Cfr. almeno A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, e M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, cit., *passim*.

attraverso le norme sull’indebitamento, fosse una “Costituzione parziale” sovranazionale del tutto avulsa dai circuiti della legittimazione democratica e capace di imporsi su di essi piegandone la volontà alle regole in essa incorporate.

In conclusione, la “Costituzione finanziaria” può atteggiarsi come il luogo in cui, operando sui poteri dei detentori dell’indirizzo politico, una dottrina economica torna a limitare la discrezionalità politica imponendo una specifica visione dei rapporti tra politica ed economia ispirata alla “separatezza”. E, in questo senso, la dimensione sovranazionale è in grado di operare sinergicamente, come per esempio preconizzato da Hayek nella sua celebre riflessione sul federalismo europeo, come leva per accelerare un processo di spoliticizzazione¹¹⁰.

Ma, se si declina con l’obiettivo di reagire ad uno dei profili di debolezza della democrazia rappresentativa, la “Costituzione finanziaria” può, razionalizzando il ricorso al credito, aiutare a rafforzare il nesso tra responsabilità e indebitamento, senza arrivare a costituzionalizzare alcuna dottrina economica, continuando piuttosto a lasciare al legislatore la capacità di intervenire secondo le esigenze che la realtà impone. E la dimensione sovranazionale può accompagnare questo irrigidimento che, inevitabilmente, riduce in parte gli spazi di manovra del legislatore attuale, al fine di preservarne per il legislatore futuro. Questi vincoli, in definitiva, operano sui procedimenti, ma sono finalisticamente orientati a difendere il corretto funzionamento nel tempo delle istituzioni di democrazia rappresentativa, senza ambire a imporre alcun vincolo sostanziale attraverso l’assunzione di una specifica dottrina economica¹¹¹.

417

Si ritorna, dunque, alla doppia valenza delle norme sulla “Costituzione economica” che, se potenzialmente possono rappresentare uno strumento di razionalizzazione degli assetti istituzionali volti a preservare il corretto funzionamento della democrazia rappresentativa, possono al contempo divenire un mezzo attraverso cui eliminare alcuni caratteri essenziali della democrazia rappresentativa, al punto da alterare presupposti essenziali dello stato costituzionale novecentesco.

7. *Excursus*. Tra sovranità monetaria ed “equivalenza ricardiana”: il problema del debito pubblico e le sfide della democrazia rappresentativa

È, come detto in precedenza, piuttosto evidente che il benessere economico concorra con il tradizionale canale della legittimazione politica a garantire la stabilità degli assetti istituzionali e che pertanto i governi si adoperino in tal senso, intervenendo sui meccanismi che favoriscono forme di redistribuzione della ricchezza più o meno dirette. Da questo punto di vista, il collegamento tra politica monetaria e indebitamento è storicamente molto stretto, tanto che da tempo si registrano tentativi di utilizzare strumentalmente le leve della finanza

¹¹⁰ Cfr. F. A. von Hayek, *Le condizioni economiche del federalismo tra stati* (1939), Soveria Mannelli, 2016.

¹¹¹ Cfr. P. De Ioanna, M. Degni, *Il vincolo stupido* (2015), cit., 98 e 101 ss.

in senso lato per influire sul piano economico nel medio o nel lungo periodo. Non è un caso, allora, che la questione della crisi fiscale dello stato sia sorta parallelamente all'imporsi delle teorie del monetarismo che, pur risalendo già dalla seconda metà degli anni Cinquanta, trovano piena sistematizzazione negli anni Settanta¹¹².

In realtà, l'idea di poter risolvere una cronica carenza di risorse facendo perno sull'emissione di moneta scissa da qualsivoglia valore reale di riferimento o sul ricorso al credito come alternativa alla tassazione è antica. Con genio, il tema veniva per esempio trattato già da Goethe. In alcuni celebri versi del *Faust*, nella seconda parte dell'opera, Goethe descrive il modo in cui l'Imperatore, assediato dai creditori e suggestionato da Mefistofele, riesce a procurarsi quel denaro che langue da tempo nelle casse del tesoro, battendo moneta. È l'Imperatore che, tramite la sua firma e la sua autorità, conferisce valore a dei biglietti di carta in cui è sancito il valore al portatore. Egli sulle prime non ricorda di aver firmato e intravede i segnali di «una malvagia azione, un immenso inganno»¹¹³. Ma è proprio il tesoriere che gli rammenta che, «mascherato da Grande Pan», lui stesso «ha sottoscritto» quei biglietti, tracciando «nitida» la sua firma, riprodotta nella stessa notte «mille e mille volte da mille artisti». Sono stati così prodotti, ricorda il tesoriere, «biglietti da dieci, da trenta, da cinquanta», tanto che è impossibile immaginare «qual bene ne ha avuto il popolo». L'Imperatore è tanto sorpreso da chiedere se la sua firma valga davvero «come oro» e se i creditori, la corte e l'esercito siano comunque soddisfatti. Alla risposta affermativa, per cui i nuovi biglietti hanno diviso il mondo tra chi pensa «soltanto a gozzovigliare» e chi «si pavoneggia in nuovi vestiti», rendendo tutti felici, Faust svela che il valore di quella carta corrisponde a tutta quella ricchezza non ancora scoperta che «attende, congelata nel profondo del sottosuolo»¹¹⁴. L'Imperatore è grato. Nel sottolineare che il suo Impero deve a ciò «il suo grande benessere», egli decide pertanto di fare un regalo a ciascuno dei suoi cortigiani. Chiede però quale sia l'uso che i singoli beneficiati si ripromettono di farne e le risposte lo sorprendono: un primo paggio chiede di vivere lietamente e in festa; un secondo vuole comprare anelli e collane per il suo amore; un ciambellano si promette di bere il doppio e meglio; un altro si scalda per andarsi a giocare tutto ai dadi; un sire di bandiera si vuole ripagare i debiti; un altro ancora vuole accumulare le nuove ricchezze con le altre¹¹⁵. Il sovrano sottolinea come la sua speranza fosse di vedere sorgere nei suoi sudditi «desiderio e animo a nuove imprese», ma che invece gli appaiono immutati: «rimanete, anche dopo, quelli che eravate prima». Affranto, rispondendo al buffone che chiedeva anch'egli un regalo, chiosa sconsolato che anche lui li avrebbe adoperati male. E invece, si rivelerà, nel

¹¹² A. Roncaglia, *L'età della disgregazione*, cit., 224 ss. Cfr. anche, sui caratteri generali di questa teoria e il suo *favor* per la stabilità dei prezzi rispetto ad un tasso di occupazione più elevato, F. Caffè, *Lezioni di politica economica* (1990), cit., 221 ss.

¹¹³ J. W. Goethe, *Faust e Urfaust*, Milano, 1991, 311.

¹¹⁴ J. W. Goethe, *Faust e Urfaust*, cit., 313.

¹¹⁵ J. W. Goethe, *Faust e Urfaust*, cit., 315.

commento di Mefistofele, l'unico che veramente si ripromette di utilizzarli con un qualche senno¹¹⁶.

Vale la pena riportare questi passaggi, perché in quelle pagine l'idea suggerita da Mefistofele di stampare una moneta priva di una immediata convertibilità in oro non è evidentemente stigmatizzata di per sé e getta una luce davvero forte sul tema del collegamento che si instaura tra la cd. “sovranià monetaria” e il finanziamento della spesa pubblica. Si può persino scorgere una evidente fascinazione dell'autore nei confronti del cd. *fiat money*, che consente al sovrano di uscire da una ingarbugliata situazione debitoria, cui attraverso la tassazione non era in grado di rispondere. Ma al contempo, nelle parole dell'Imperatore, emerge lo sdegno verso l'uso improduttivo e faceto che i cortigiani si ripromettono, pari solo alla interrogativa ma eloquente affermazione di Mefistofele che lascia intravedere come solo nelle intenzioni del buffone sia da rinvenirsi l'uso più corretto della carta moneta: l'acquisto di beni come boschi e castelli, capaci di renderlo nobile e proprietario terriero. In queste righe la piena politicità della costruzione della base monetaria consente di sostenere l'economia del regno e, soprattutto, la spesa per consumi della sua popolazione.

La “sovranià monetaria”, in quel contesto, si fa forza di una salda fiducia del pubblico e, operando in un'economia chiusa, riesce a rilanciare un sistema economico in dissesto apparentemente senza causare inflazione, ma anche senza in realtà alcun progetto di sviluppo e di crescita collegata alla creazione di innovazioni volte ad aumentare la produttività. È chiaro che un mercato di questo tipo è molto distante da quelli attuali, altamente integrati. Questi passaggi, tuttavia, fanno intravedere i rischi che possono derivare da un ricorso scellerato al potere di creare moneta dal nulla e a cui, senza arrivare alla denazionalizzazione della moneta intesa come sua totale privatizzazione¹¹⁷, cerca di far fronte oggi un certo tasso di indipendenza volto a separare i centri di spesa dalla creazione di moneta¹¹⁸. E ciò con il primario obiettivo di rispondere alle debolezze dei sistemi monetari, in quanto, anche nel caso in cui essi siano integralmente agganciati all'oro, poggiano comunque «sulle responsabili decisioni umane»¹¹⁹. Tanto più che, in un contesto in cui vi è un'alta integrazione tra i mercati, anche in presenza di un potere di emettere moneta integralmente politicizzato, sono di per sé individuabili dei limiti strutturali a quella che viene talvolta definita “sovranià monetaria”.

In questo senso, può essere letta la critica mossa da Savona negli anni Settanta, in un lavoro in cui si denunciava, anche in presenza di monete nazionali e banche centrali capaci di stampare cartamoneta nella quantità desiderata, che i

¹¹⁶ J. W. Goethe, *Faust e Urfaust*, cit., 316-317. Incentra su questo episodio le sue riflessioni critiche verso il modo in cui è stata governata la crisi economica in Europa, E. Fazi, *Mefistofele. Come uscire dalla crisi economica con le ricette del diavolo*, Novara, 2014.

¹¹⁷ F. A. von Hayek, *La denazionalizzazione della moneta. Analisi teorica e pratica della competizione fra valute*, Milano, 2001. In merito, cfr. anche A. Roncaglia, *L'età della disgregazione*, cit., 88 ss.

¹¹⁸ Sul tema del rapporto tra moneta e oro, M. Amato, *Le radici di una fede. Per una storia del rapporto fra moneta e credito in Occidente*, Milano 2008.

¹¹⁹ F. Caffè, *Lezioni di politica economica* (1990), cit., 116.

vincoli sostanziali, che finiscono per aggrovigliare tra loro le diverse monete, ne rendono i destini talmente interdipendenti che è opportuno far lavorare politiche monetarie e politica fiscale in modo sinergico ma complementare. La sovranità monetaria, del resto, non è di per sé materialmente possibile da concepirsi, in quanto «può essere [...] ridotta per motivi interni, cioè per il comportamento del Tesoro e del pubblico, e per motivi internazionali connessi alla attività incontrollata dei mercati delle valute o ad una politica monetaria dei centri a valuta chiave orientata in direzione opposta». Ciò porta alla conclusione per cui «in una economia fortemente aperta, che non sia di dimensione tale da influenzare il resto del mondo, non vi è margine di scelta nelle regole della condotta monetaria al di fuori del loro rispetto»¹²⁰.

Secondo Savona, tale dato sarebbe vero anche se un Paese riuscisse per qualche tempo a sottrarsi «alle influenze condizionanti dell'estero», tanto che il tentativo di riconquistare sovranità permette solo di avere del «tempo supplementare» prima di rientrare nelle regole imposte dal mercato, e che un eventuale ritorno a un sistema di cambi flessibili non restituisce nel tempo alcuna reale autonomia. L'obiettivo che si raggiunge, al più, può essere quello di liberare quell'economia «dall'assillo degli attacchi speculativi». Alla luce di queste considerazioni, Savona delinea, in linea di massima, una distinzione tra gli ambiti di intervento di politica monetaria e politica fiscale, secondo cui «la politica monetaria deve essere applicata all'obiettivo di lungo periodo del mantenimento del tasso di interesse e di quello di inflazione in linea con il resto del mondo, onde ottenere tendenzialmente un equilibrio strutturale della bilancia dei pagamenti valutaria», mentre alla «politica fiscale, invece, devono essere assegnati compiti adatti allo sviluppo, senza con ciò escludere interventi anticongiunturali»¹²¹.

Non è questa la sede per approfondire le teorie monetariste, comparandole con il pensiero di Keynes con riferimento al ruolo della moneta e alla funzione che può svolgere sul medio e lungo periodo la leva delle politiche fiscali, né tantomeno per riflettere sul paradigma della indipendenza della Banca centrale¹²², né per soffermarsi sul cd. “divorzio” tra la Banca d'Italia e Governo, che sarebbe avvenuto nel 1981¹²³. Ciò che rileva è sottolineare, in questa

¹²⁰ Cfr. in proposito P. Savona, *La sovranità monetaria. Lira schiava o padrona?*, Roma, 1974, 121. Su quella fase, cfr. G. Nardozzi (a cura di), *I difficili anni Settanta. I problemi della politica economica italiana 1973/1979*, Milano, 1980. Ma già molti anni prima, in merito ai rischi dell'inflazione per il capitalismo in sé e per la stabilità politica degli stati, cfr. le considerazioni critiche sugli insostenibili e deleteri effetti per l'Europa dell'implementazione del Trattato di Versailles di J. M. Keynes, *Le conseguenze economiche della pace* (1919), Milano, 2007, spec. 187 ss.

¹²¹ Così P. Savona, *La sovranità monetaria. Lira schiava o padrona?*, cit., 124 ss. Analogamente, da un punto di vista giuspubblicistico, C. Fresa, *Ordine pubblico economico e governo della moneta*, Roma, 1989, 19 e 61 ss., spec. 89 ss., 126 ss. e 139 ss.

¹²² Su cui, criticamente, O. Chessa, *La costituzione della moneta*, cit, spec. 253 ss. In merito, cfr. anche R. Ibrido, *Banca centrale europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2017, 90 ss. Lo stesso autore valorizza le virtù del dialogo monetario che mira a creare un collegamento tra Parlamento europeo e Banca centrale europea in *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in *federalismi.it*, 2017.

¹²³ Sul tema, cfr. ora Aa.Vv., *L'autonomia della politica monetaria. Il divorzio Tesoro-Banca*

prospettiva, che le politiche monetarie vengono viste come potenzialmente molto rilevanti sul piano macroeconomico, ma in ogni caso soggette a forze che trascendono la capacità degli stati nazionali di fare pieno affidamento su di loro per sostenere autonome politiche di sviluppo, in assenza di una coerente politica fiscale a ciò finalizzata. Ne è prova anche la crisi valutaria che investì la lira all’inizio degli anni Novanta¹²⁴. Si può così riproporre il dubbio sollevato da Goethe sulla qualità della spesa anche con riferimento all’uso dell’indebitamento. E proprio a questa altezza può riespandersi la responsabilità della politica nell’uso delle risorse pubbliche, anche grazie al sostegno del livello di governo sovranazionale¹²⁵.

Del resto, il debito pubblico da sempre è utilizzato per finanziare la spesa pubblica e da tempo il potere politico ha cercato di farvi ricorso per evitare di dover passare per un voto parlamentare che imponesse nuove tasse¹²⁶. Come accennato, in proposito, Karl Marx inserisce una riflessione sul debito pubblico nel fondamentale Capitolo XXIV de *Il Capitale* sull’accumulazione originaria. L’indebitamento, vi si legge, è uno strumento grazie al quale, nel tempo, solo il debito resterà pubblico, dimostrandosi un efficace mezzo attraverso cui privatizzare, a vantaggio di pochi, ciò che apparteneva in un primo tempo a tutti¹²⁷. La scarsa capacità di operare come mezzo di redistribuzione della ricchezza per ridurre la diseguaglianza, ponendosi al contrario come strumento capace di ampliarne la misura, in questa chiave, appare piuttosto evidente. Analogamente, si può inquadrare il pensiero di Ricardo, che, ipotizzata la possibilità di una equivalenza tra tassazione straordinaria e indebitamento, alla

d’Italia trent’anni dopo, Bologna, 2011 e *ivi* in particolare i contributi di C. A. Ciampi e M. Draghi sul rilievo che la decisione ha avuto sia con riferimento allo sforzo di meglio governare la spesa pubblica sia in merito alla necessità di garantire la stabilità dei prezzi. Sulla parabola della tecnica da «ausilio necessario» a «capro espiatorio», cfr. ora Y. Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, 2019, 95 ss.

¹²⁴ Cfr., in merito, le considerazioni critiche di P. Ciocca, *La fine della lira*, in Id., *Tornare alla crescita*, Roma, 2018, 43 ss. Diffusamente, sul punto, cfr. anche V. Castronovo, *L’anomalia italiana. Un profilo storico dagli anni Ottanta ai giorni nostri*, Venezia, 2018, spec. 45 ss., dove si parla di «tracollo della lira».

¹²⁵ Per alcune considerazioni critiche su come la moneta sia divenuta strumento fondamentale nell’economia del benessere e sulla necessità di governare le dinamiche inflattive così generate, cfr. B. Inzitari, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia diretto da F. Galgano*, Padova, 1983, spec. 43 ss. e 87 ss.

¹²⁶ Per una storia critica sul ricorso all’indebitamento, cfr. D. Graeber, *Debito. I primi cinquemila anni* (2011), Milano, 2012.

¹²⁷ C. Marx, *Il Capitale*, Editori riuniti, Roma 1964, 777 ss., dove si legge che «il debito pubblico, ossia l’alienazione dello stato [...] imprime il suo marchio all’era capitalistica. L’unica parte della ricchezza nazionale che passi effettivamente in possesso collettivo dei popoli moderni è... il loro debito pubblico [...]. E col sorgere dell’indebitamento dello stato, al peccato contro lo spirito santo, che è quello che non trova perdono, subentra il mancar di fede al debito pubblico. Il debito pubblico diventa una delle leve più energiche dell’accumulazione originaria: come un colpo di bacchetta magica, esso conferisce al denaro, che è improduttivo, la facoltà di procreare, e così lo trasforma in capitale [...]. Ma in realtà i creditori dello stato non danno niente, poiché la somma prestata viene trasformata in obbligazioni facilmente trasferibili, che in loro mano continuano a funzionare proprio come se fossero denaro contante» (817). Di recente, sul tema, E. Stimilli, *Il debito del vivente. Ascesi e capitalismo*, Macerata 2011, spec. 219 ss.

fine nega che essa possa essere in concreto riscontrabile¹²⁸.

Gli assetti istituzionali delle democrazie parlamentari attuali sono molto diversi da quelli che caratterizzavano il parlamentarismo ottocentesco. La progressiva costruzione di un rapporto fiduciario sempre più stretto e il correlato superamento del dualismo che connotava strutturalmente quell'assetto fecero emergere ben presto la consapevolezza – molto forte anche tra i costituenti italiani – per cui ormai fosse il parlamento il soggetto più propenso a porre in essere politiche di indebitamento poco accorte, al fine di evitare di rispondere sul piano elettorale di eventuali nuove tasse necessarie però per sostenere la spesa pubblica¹²⁹. E allo stesso modo, in ragione della forza delle idee keynesiane più volte richiamate, parallelamente molto è cambiata anche la funzione del ricorso al credito, che può rappresentare non tanto una semplice alternativa alla tassazione, ma soprattutto uno strumento di espansione e crescita dell'economia di un Paese¹³⁰.

Da questo punto di vista, si spiegano le affermazioni di chi, contrapponendosi alle teorie del costituzionalismo fiscale di Buchanan, pur individuando nel debito un fattore necessario e potenzialmente positivo, intravedeva la necessità di distinguere a seconda che la spesa finale fosse o meno destinata a degli investimenti. Solo in questo caso, infatti, salvo puntuali eccezioni, si può giustificare il ricorso all'indebitamento, sia su un piano morale di giustizia intergenerazionale, in quanto saranno in buona misura le generazioni future a beneficiare dei risultati del suo utilizzo in concreto, sia su un piano economico, in quanto gli investimenti tendono a ripagarsi nel tempo, ammortizzando i costi per interessi¹³¹. E ciò primariamente al fine, però, di valorizzare quell'idea per cui l'alternativa tra la tassazione straordinaria e ricorso al credito fosse del tutto mal posta, alla luce delle virtù che Keynes intrinsecamente riconosce all'intervento pubblico, in quanto l'investimento operato con la spesa pubblica non si limita a sostituirsi a quello privato, ma produce un effetto multiplo e ha «una funzione fisiologica»¹³².

¹²⁸ Cfr. D. Ricardo, *Sui principi dell'economia pubblica e della tassazione*, in M. Matteuzzi, A. Simonazzi (a cura di), *Il debito pubblico*, Bologna 1988, 71. Nega la suddetta equivalenza anche J. M. Buchanan, *Principles of Public Debt. A defense and Restatement* (1958), Indianapolis, 34 ss. Buchanan utilizza specificamente questa dizione anche in J. M. Buchanan, *The Power to Tax. Analytical Foundations of a Fiscal Constitution* (1980), Indianapolis, 2000, 101 ss., dove si parla di «ricardian equivalence theorem».

¹²⁹ Cfr., in particolare, Atti dell'Assemblea costituente, seduta del 24 ottobre 1946, 419. E poi il resoconto della seduta del 17 ottobre 1947, in plenaria (1314 ss.). Gli atti sono consultabili al sito legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre_sezionism%2F304%2F8964%2Fdocumentotesto%2Easp%3F.

¹³⁰ Cfr., per le implicazioni di questa diversa funzione economica riconosciuta all'indebitamento nelle teorie keynesiane, per tutti, F. Caffè, *Lezioni di politica economica* (1990), cit., *passim*.

¹³¹ R. A. Musgrave, *Finanza pubblica, equità, democrazia*, Bologna, 1995, spec. 341 ss.; in proposito, cfr. anche P. Ciocca, *L'investimento pubblico*, in Id., *Tornare alla crescita*, cit., 151 ss. Mentre si sofferma sulle condizioni necessarie affinché la spesa pubblica sia effettivamente funzionale a produrre un effetto di moltiplicatore F. Caffè, *Lezioni di politica economica* (1990), cit., spec. 175 ss.

¹³² F. Caffè, *Lezioni di politica economica* (1990), cit., 176 e 190, per la citazione.

Come avvenuto con la politica monetaria, che è andata progressivamente sganciandosi dalla decisione politica al fine di tutelare una maggiore tecnicità delle scelte, dovuta anche alla forte apertura che strutturalmente connota i mercati valutari, egualmente oggi una qualche limitazione della capacità decisionale con riferimento alla possibilità di ricorrere all’indebitamento con l’obiettivo di finanziare spesa corrente potrebbe paradossalmente rafforzare la democrazia rappresentativa e la sua capacità decisionale, se si prende in considerazione che è proprio dall’indebitamento che in questa fase storica proviene una delle minacce più significative alla capacità di autodeterminazione degli stati¹³³. In questo senso, se la regolazione è volta a intervenire per rafforzare la stabilità della democrazia rappresentativa e il circuito della sua legittimazione, si può ritenere che, nella misura in cui norme di questo tipo non introducano una specifica dottrina economica, esse possano essere considerate come strumenti di un nuovo tipo di razionalizzazione della forma di governo parlamentare, in grado di garantirne la sostenibilità nel tempo e un miglior funzionamento sul piano sincronico.

8. Brevi osservazioni conclusive su sovranità, debito e democrazia rappresentativa

Se il “vincolo esterno” ha da tempo, più o meno fattualmente, caratterizzato il modo in cui le politiche nazionali si relazionano tra loro, la peculiare natura del diritto eurounitario impone di rapportarsi con particolare cautela alla qualità dell’impatto che quelle regole generano. Senza contare, però, che, in ogni caso, il cd. *Fiscal compact*, prevedeva, al di là dell’effettiva pervasività del vincolo così impostosi, che gli stati firmatari dovessero, preferibilmente con norme di rango costituzionale, trasporre nel diritto interno i vincoli in esso siglati, con ciò simbolicamente causando un significativo passaggio per cui il vincolo diveniva da “esterno” “interno”.

Sono stati ampiamente criticati, a livello europeo, l’assenza del conflitto¹³⁴, la mancanza di una qualche specifica forma di tassazione¹³⁵ e pertanto di sostanziali doveri di solidarietà capaci di sostenere una autentica Europa sociale¹³⁶, una politica monetaria rivolta a garantire la stabilità dei prezzi¹³⁷ e una evidente timidezza della Corte di Giustizia nell’uso della Carta di Nizza-Strasburgo in materia di diritti sociali¹³⁸. Tutto ciò è senz’altro imputabile al

¹³³ E ciò perché proprio l’indebitamento mette in discussione l’attuale punto di equilibrio tra democrazia e capitalismo: W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, cit., *passim*.

¹³⁴ Di recente, cfr. R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

¹³⁵ In questo senso, cfr. T. Piketty, *Il capitale nel XXI° secolo* (2013), Milano, 2014.

¹³⁶ M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 367 ss. In merito, cfr. anche G. Romeo, *La cittadinanza sociale nell’era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, 2011.

¹³⁷ Sul punto, cfr. almeno A. Guazzarotti, *Crisi dell’euro e conflitto sociale. L’illusione della giustizia attraverso il mercato*, cit., *passim* e, con particolare risalto alla critica delle teorie ordoliberali, A. Somma, *La dittatura dello spread*, Roma, 2014.

¹³⁸ Da ultimo, cfr. almeno A. Cozzi, *Diritti e principi sociali nella carta di diritti fondamentali dell’Unione europea*, Napoli, 2017, spec. 382 ss., e G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra*

grado dell'attuale livello di integrazione e alla conformazione originaria del Trattato di Maastricht, in cui, come è ben noto, la politica monetaria e la politica economica sono competenze distinte¹³⁹, con tutti i corollari che ne derivano in ragione del principio di attribuzione. L'assetto odierno prevede che solo la politica monetaria sia competenza esclusiva dell'Unione, affidandone la gestione in buona misura alla Banca centrale europea al fine di perseguire primariamente l'obiettivo della stabilità dei prezzi, vietando al contempo, all'art. 123 TFUE, l'acquisto diretto di titoli di debito pubblico nazionale. Sinergicamente, con riferimento all'indebitamento, in attuazione di una generale precauzione contro il *moral hazard*, l'art. 125 TFUE esplicita il principio per cui l'Unione non è una comunità di responsabilità (*Verantwortungsgemeinschaft*), in quanto solo lo stato che ha contratto un debito può essere chiamato a risponderne¹⁴⁰.

Tuttavia, sulla effettiva possibilità di distinguere nettamente tra i due ambiti si è assistito negli ultimi anni a un alto tasso di giurisdizionalizzazione, in particolare nel confronto tra *BVerfG* e Corte di Giustizia. Come noto, la sentenza *Pringle*¹⁴¹ ha avallato la riforma dell'art. 136 III, che prevedeva la possibilità di istituire un meccanismo di stabilità ispirato alla rigorosa condizionalità per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. E sempre in quel caso, la Corte di Lussemburgo ha avuto occasione di pronunciarsi sul tema, cercando di superare una asfittica separazione tra i due settori. Nella sentenza *Pringle* è stato, infatti, affermato un principio, poi ribadito specularmente anche nella sentenza *Gauweiler*¹⁴², per cui i due ambiti sono certo distinti, ma, «anche se la stabilità della zona euro può avere ripercussioni sulla stabilità della moneta utilizzata in tale zona, una misura di politica economica non può essere equiparata ad una misura di politica monetaria per il solo fatto che essa può avere effetti indiretti sulla stabilità dell'euro»¹⁴³.

Pur avendo ben presenti queste difficoltà, le profonde contraddizioni del processo di integrazione europea non possono portare a ritenere che sia più funzionale uscire dall'Unione. Il ritorno alla dimensione nazionale non può rappresentare, infatti, una risposta alle sfide che il “cosmopolitismo economico” oggi pone di fronte allo stato costituzionale. Piuttosto, al contrario, proprio la dimensione sovranazionale appare necessaria per ripensare, di fronte alle innovazioni che si prospettano, le tradizionali categorie della statualità, puntellandone quei suoi corollari che si ritengono non negoziabili¹⁴⁴. E, in questo senso, lo studio della “Costituzione economica” e la sua concettualizzazione, può

diritti nella giurisprudenza delle corti europee, in *Rivista AIC*, 2017, spec. 29 ss.

¹³⁹ M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, cit., *passim*.

¹⁴⁰ Su tutto ciò, cfr. almeno le considerazioni di K. Tuori, K. Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, New York, 2014.

¹⁴¹ C-370/12 del 27 novembre 2012.

¹⁴² C-62/14 del 16 giugno 2015.

¹⁴³ C-370/12, § 56.

¹⁴⁴ Come per esempio, accettando il trilemma di Rodrik, la necessità di proteggere la democrazia politica e governare la globalizzazione: cfr. D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente* (2011), cit., *passim*.

costituire un ambito significativo per individuare la direzione di sviluppo verso cui avviarsi, anche senza precorrere i tempi con riferimento ad un possibile intensificarsi del tasso di integrazione. Il primario obiettivo a tal fine dovrebbe essere di indagare se il grado di vincolo imposto sia funzionale o meno a sostenere la discrezionalità legislativa e la possibilità per le democrazie nazionali di continuare a perpetuare la loro identità, finendo per sostenere la creazione di una autentica relazione di responsabilità dell'autorità politica verso il suo elettorato. In tal senso, diventa fondamentale capire se le norme della “Costituzione economica” operino sinergicamente alla costruzione di un'omogeneità sociale, fondata su un'equa redistribuzione delle ricchezza volta a favorire percorsi di riconoscimento e integrazione¹⁴⁵ e una ricomposizione della già richiamata tensione tra *Freiheit* e *Gleichheit*¹⁴⁶, o piuttosto, hayekianamente, se tali norme mirino a spolicizzare la decisione, limitandosi a favorire minimi trasferimenti di risorse che puntino essenzialmente a garantire il benessere dello stato, e se, pertanto, esse abbiano una matrice intrinsecamente stabilizzante per il mercato e stigmatizzante per il beneficiario¹⁴⁷. In questo senso, la messa in discussione della promessa dell'inclusione, anche attraverso serie politiche di redistribuzione della ricchezza prodotta e accumulata, minaccia, pericolosamente, gli equilibri economico-sociali delle società occidentali¹⁴⁸.

In questa chiave, pertanto, andrebbero studiate, e sottoposte ad analisi critica, le norme in materia finanziaria vigenti sul piano sovranazionale ed eventualmente incorporate a livello nazionale, al fine di valutare se esse siano volte a edificare una “Costituzione economica” parziale, capace di sottrarre spazi di discrezionalità alla politica fino al punto da escluderne reali margini di azione nella cura di un determinato ordine materiale dell'economia o, piuttosto, a sostenere la democrazia rappresentativa, rafforzando così anche la statualità, dando nuova linfa alla capacità di ogni parlamento di rispondere responsabilmente alle sfide di quelle innovazioni che dovessero presentarsi, per ricostruire volta per volta nuove “concordanze pratiche”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ In merito, cfr. almeno il dibattito tra Honneth e Fraser, N. Fraser, A. Honneth, *Redistribuzione o riconoscimento. Una controversia politico-filosofica* (2003), Roma, 2007.

¹⁴⁶ Cfr. *supra* nt. 26.

¹⁴⁷ In proposito, cfr. le considerazioni di A. Somma, *Stato del benessere o benessere dello Stato? Giustizia sociale, politiche demografiche e ordine economico nell'esperienza statunitense*, in *Quaderni fiorentini*, 2017, 417 ss. Ma per questa idea delle provvidenze pubbliche, di grande interesse appaiono anche le considerazioni di Hayek in F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1973-1979), Milano, 2010, 283 (nt. 26), dove si legge che Hayek, pur sostenendo che l'espressione “economia sociale di mercato” non lo convincesse, riconosceva che essa aveva raggiunto l'obiettivo di riuscire «a rendere appetibile a circoli più ampi il tipo di ordine sociale» che anch'egli difendeva.

¹⁴⁸ Cfr. C. Guilluy, *La società non esiste. La fine della classe media occidentale* (2018), Roma, 2019, dove si legge che «il populismo non è un'ondata di febbre irrazionale, ma l'espressione politica di un processo economico, sociale e culturale fondamentale» (114). Punta a valorizzare, in modo analogo, le implicazioni politiche di una nuova geografia della ricchezza anche G. Ottaviano, *Geografia economica dell'Europa sovranista*, Roma-Bari, 2019.

¹⁴⁹ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1990, 27; 127-129.

Del resto, così come il dibattito sul rapporto tra democrazia e costituzionalismo si è da tempo concentrato sul problema degli spazi che i diritti fondamentali erodono alla sovranità popolare perché possa essere nel tempo garantita la loro coesistenza¹⁵⁰, così oggi anche la dimensione della decisione in materia finanziaria, nella misura in cui un abuso del ricorso al credito ne rappresenta una minaccia, può necessitare di un vincolo volto a preservare i presupposti del processo di autodeterminazione democratica. A questa altezza, sembra porsi oggi una delle principali sfide per le Costituzioni contemporanee, proteggendo la statualità proprio nel momento in cui si consentono significative dismissioni di sovranità¹⁵¹, affinché la dimensione sovranazionale operi come un contrafforte della democraticità e della tutela dei diritti fondamentali, e non come un fattore di mera spoliticizzazione¹⁵².

Francesco Saitto
Dip.to di Scienze giuridiche
Sapienza Università di Roma
francesco.saitto@uniroma1.it

¹⁵⁰ Cfr., per tutti, le riflessioni di J. Habermas, *Fatti e norme* (1992), Roma-Bari, 2013.

¹⁵¹ Così P. Ridola, *Profilo storico del costituzionalismo*, cit., 28.

¹⁵² P. Costa, *Democrazia politica e stato costituzionale*, cit., 64 ss.

Europa, sovranità e ordine economico nel prisma delle teorie federaliste

di Alessandro Somma

Abstract: Europe, sovereignty and economic order in the context of federalism – European federalists traditionally assume that state sovereignty must be balanced by supranational powers in order not to pose a threat for peace between and within States. However, peace requires social justice, which in turn needs a state intervention in markets in order to match free competition with democracy. The European Union has developed as an institution devoted to depoliticizing markets through a neoliberal federalist approach, thus becoming an institution which has denied the reasons for its own existence.

Keywords: Federalism; European Union; Sovereignty; Neoliberalism; Economic democracy.

427

1. Pace e sovranità nazionale: il dibattito sul federalismo tra il primo e il secondo conflitto mondiale

Da tempo il termine «sovranità» è ritenuto «odioso perché presuppone uno stare sopra» e dunque implica «subordinazione»¹. Il giudizio viene condiviso con maggiore o minore enfasi entro un'ampia cerchia di studiosi, quindi non dai soli cultori del diritto. Questi si esprimono però in termini particolarmente perentori, tanto da ritenere che quel termine indichi vicende incompatibili con i fondamenti della loro materia: la sovranità è ritenuta addirittura «una categoria antigiuridica» in quanto rinvia a scenari caratterizzati dall'«assenza di limiti e di regole». Motivo per cui occorrerebbe liberarsene per affidarsi ad altre costruzioni adatte a rifondare le strategie di emancipazione individuale e sociale: prima fra tutte la tutela internazionale dei diritti².

Orientamenti di questo tipo ricalcano a ben vedere schemi retorici diffusisi alla conclusione della prima guerra mondiale, quando la sovranità venne considerata la causa scatenante del conflitto: non solo di quello bellico, ovvero del conflitto tra Stati, bensì anche di quello interno agli Stati, ovvero del conflitto redistributivo o di classe. Questo convincimento accomunava i fautori di diverse tra le visioni politiche che avevano animato la costruzione e lo sviluppo dello Stato nazionale. Ricorreva soprattutto tra i liberali, che si stavano peraltro avviando a innovare il loro credo secondo schemi poi definiti come neoliberali. Era però

¹ G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in Id. e S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Roma e Bari, 2006, 251.

² L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma e Bari, 1997, 39 ss.

diffuso anche presso i fautori di idealità opposte, come evidenziato dalle prese di posizione in ambito socialista: tra le loro fila si levavano le voci di chi considerava la dimensione nazionale un ostacolo al superamento della proprietà privata dei mezzi di produzione e più in generale alla promozione della giustizia sociale.

Liberali e socialisti volevano colpire la sovranità nazionale sciogliendola entro aggregazioni di entità statuali in massima parte definite come federazioni. Il fine ultimo era imporre la condivisione di aspetti della sovranità relativi innanzi tutto alla disciplina dell'ordine economico, nella convinzione che in tal modo l'ordine politico sarebbe risultato inservibile come catalizzatore di conflitti.

Prima di analizzare le posizioni degli avversari della sovranità nazionale, è utile soffermarsi brevemente sul pensiero di due autori a vario titolo considerati i padri del pensiero federalista: Immanuel Kant, che in esso vedeva un presidio di pace, e Alexander Hamilton, a cui si deve la prima elaborazione concernente i suoi profili istituzionali. I due erano quasi contemporanei e in quanto personalità di spicco note al grande pubblico sapevano probabilmente l'uno dell'altro. Non vi era però conoscenza reciproca del pensiero³, e di sicuro neppure la consapevolezza che entrambi sarebbero stati annoverati tra i padri del pensiero federalista: plasmando il suo fondamento politico e culturale così come i termini della sua realizzazione, sebbene per molti decenni confinata al Nuovo continente.

428

Kant stigmatizzava le caratteristiche del diritto internazionale, nato nel Settecento come ordinamento di Stati sovrani e indipendenti, alla base del nuovo ordine mondiale definito con la Pace di Westfalia. Un ordine che si reputava instabile e violento proprio per le caratteristiche degli Stati sovrani, i quali non riconoscevano «nessun potere legislativo superiore» e non consentivano così lo sviluppo di alcuna forma di ritualizzazione e dunque sdrammatizzazione del conflitto: gli Stati sovrani non «perseguono i propri diritti» attraverso «il processo, come con un tribunale esterno». Di qui la centralità della guerra come modalità utilizzata per far valere le loro prerogative, e anzi l'impossibilità di instaurare la pace in un contesto dominato dagli Stati, dal momento che l'assenza di una istanza superiore capace di orientare i loro comportamenti consentiva tutt'al più di raggiungere semplici tregue tra un conflitto e l'altro⁴.

Entra in gioco a questo punto la federazione, entità dotata di prerogative diverse da quelle di norma riconosciute allo Stato e in tal senso non concepita per «la costruzione di una potenza politica». La federazione non intendeva cioè sottomettere gli Stati «a leggi pubbliche e alla costrizione da esse esercitata», bensì semplicemente promuovere «la garanzia della libertà di uno Stato preso a sé e contemporaneamente degli altri Stati federati». Con ciò bandendo la guerra dalle relazioni internazionali e realizzando un ordine incentrato sulla garanzia della pace: gli Stati mirano a «porre fine semplicemente a una guerra», laddove la federazione cerca di impedire «tutte le guerre per sempre»⁵.

³ M. Forsyth, *The Scope and Limits of the Political. Hamilton and Kant*, in R. Castoldi (a cura di), *Immanuel Kant and Alexander Hamilton, the Founder of Federalism: A Political Theory for Our Time*, Bern, 2013, 59.

⁴ I. Kant, *Per la pace perpetua* (1795), 25. ed., Milano, 2019, 59 ss.

⁵ *Ivi*, 62.

Come abbiamo detto, se Kant è l'autore che ha stabilito il nesso tra federalismo e pace, Hamilton è quello che per primo ne ha approfondito la dimensione istituzionale: che ha indicato le trasformazioni della struttura statale utili a iscriverla entro un contesto sovrastatale idoneo a impedirle di divenire catalizzatrice di conflitti. Lo ha fatto all'epoca in cui la prima costituzione degli Stati Uniti, approvata alla conclusione della Guerra d'indipendenza, fu al centro di un acceso scontro concernente il tipo di legame che essa aveva istituito tra le ex colonie: un legame di tipo confederale, per il quale i singoli Stati conservavano un elevato grado di indipendenza e dunque una sovranità tendenzialmente intatta. Notoriamente, due erano le fazioni che si contendevano il campo: da un lato chi intendeva preservare l'indipendenza degli Stati nei confronti dell'Unione e dunque privilegiava una soluzione pluralista, e dall'altro chi voleva invece valorizzare i motivi di unità e caldeggiava con ciò una soluzione unitaria.

Alla luce delle concezioni dell'epoca, dominate da una visione della sovranità come vicenda connotata dal carattere dell'assolutezza, le due posizioni sembravano inconciliabili: la soluzione pluralista preludeva a una Unione priva di poteri di governo diretto sui cittadini degli Stati, mentre la soluzione unitaria rappresentava un attentato all'indipendenza degli Stati, ai poteri di governo diretto sui loro cittadini. Un compromesso venne però trovato in occasione della Convenzione di Filadelfia, quando si decise di riformare in senso federalista la costituzione di matrice confederale e dunque di intaccare le sovranità statuali, avendo tuttavia cura di non renderle soccombenti di fronte alla sovranità sovrastatale⁶.

Come si sa, l'emblema di questa soluzione è dato dall'assetto del potere legislativo statunitense a livello federale, comprendente una camera bassa per la quale vale la rappresentanza proporzionale, e una camera alta con rappresentanza paritaria di ciascuno Stato: assetto che nel primo caso sacrifica la sovranità degli Stati e nel secondo quella dell'Unione. Il tutto completato dalla individuazione delle materie di esclusiva competenza dell'Unione, tra le quali spiccano il potere di imporre tasse e tributi, la disciplina del commercio interno ed estero, la politica estera e di difesa, oltre al potere di battere moneta. Con la precisazione che agli Stati spettano le competenze non esplicitamente riservate alla federazione, fondativa anch'essa del compromesso tra le sensibilità pluraliste e le sensibilità unitarie confrontatesi a Filadelfia.

Hamilton fu determinante per il raggiungimento di un simile compromesso, per il quale si spese con argomenti molto simili a quelli poi utilizzati da Kant. Da fautore della soluzione unitaria, volle in effetti sottolineare la centralità dello schema federale come strumento di pace: in sua assenza i rapporti tra gli Stati erano destinati a degenerare a tal punto che «in poco tempo vedremmo affermarsi in ogni parte di questo Paese i medesimi meccanismi dispotici che hanno rappresentato la piaga del Vecchio mondo»⁷. La federazione evitava un simile esito perché realizzava una «sovrintendenza generale e discrezionale», ovvero

⁶ Da ultimo G.W. van Cleve, *We Have Not a Government. The Articles of Confederation and the Road to the Constitution*, Chicago e London, 2017.

⁷ A. Hamilton, *Federalist* n. 8 (1787), *The Consequences of Hostilities Between the States*.

esprimeva un potere esercitato non solo nei confronti degli Stati, bensì anche e soprattutto dei loro cittadini. Se al contrario i provvedimenti assunti a livello sovrastatale «non potessero essere attuati senza l'intervento di una amministrazione particolare, allora la loro possibilità di essere eseguita sarà minima»: sarebbero provvedimenti ridotti a «mere raccomandazioni che gli Stati osservano o ignorano a loro piacimento». In tal modo «ci metteremmo nella condizione di essere alternativamente amici e nemici di ciascuno di noi, a seconda di ciò che suggeriscono le nostre reciproche gelosie e rivalità, alimentate dagli intrighi di nazioni straniere»⁸.

I punti di contatto del pensiero di Hamilton con quello di Kant sono evidenti: per entrambi il federalismo costituisce un imprescindibile argine contro il rischio di conflitti implicito nell'affermazione della sovranità, le cui dinamiche consentono forse di raggiungere tregue ma non anche la sicurezza della pace. Hamilton completa la riflessione individuando le modalità con cui comprimere la sovranità statale a favore di un'entità sovrastatale, in quanto tale capace di condizionare direttamente la vita dei cittadini dei singoli Stati e non solamente le scelte di questi ultimi. Il tutto realizzando un equilibrio tra «Stato federale» e «autogoverno locale», delicato ma pur sempre capace di disinnescare le minacce insite nell'azione del meccanismo rappresentativo nel contesto di uno Stato sovrano, entro cui «ogni atto politico è quasi fondazione a nuovo»⁹: un equilibrio presidiato dal compito affidato alle corti di verificare la corrispondenza a costituzione dei provvedimenti emanati dal corpo legislativo a livello federale come a livello statale¹⁰. Anche questo aspetto qualifica il federalismo, che da un simile punto di vista può essere considerato una teoria concernente la spolticizzazione delle scelte fondative dello stare insieme come società, pure presentata come un presidio posto a tutela delle sue prerogative¹¹.

Concerne la dimensione istituzionale dell'opzione valoriale per il federalismo anche l'identificazione delle tematiche riguardate dalla cessione di sovranità al livello sovrastatale, con indicazioni destinate a trovare ampio riscontro nella costituzione statunitense. Hamilton ha chiarito infatti che, per realizzare le finalità per cui veniva costituita, la federazione doveva occuparsi in via esclusiva di alcuni specifici aspetti, lasciando ai singoli Stati tutti i rimanenti. Doveva innanzi tutto assicurare «la comune difesa» e la «pace contro rivolte interne e attacchi esterni», quindi farsi carico di disciplinare «il commercio con le altre nazioni e tra gli Stati» e infine sovrintendere alle relazioni estere «politiche e commerciali»¹². Solo in questo modo si sarebbe realizzata una equilibrata distribuzione di potere, territoriale oltre che funzionale, capace di assicurare la pace e la prosperità

⁸ A. Hamilton, *Federalist* n. 15 (1787), *The Insufficiency of the Present Confederation to Preserve the Union*.

⁹ M. Albertini, *Che cosa è il federalismo*, ne *Il Politico*, 1956, 581 e 585.

¹⁰ A. Hamilton, *Federalist* n. 78 (1788), *The Judiciary Department*.

¹¹ A. Hamilton, *Federalist* n. 28 (1787), *The Same Subject Continued: The Idea of Restraining the Legislative Authority in Regard to the Common Defense Considered*.

¹² A. Hamilton, *Federalist* n. 23 (1787), *The Necessity of a Government as Energetic as the One Proposed to the Preservation of the Union*.

dell'Unione. Evitando così che il Nuovo mondo si incamminasse lungo un sentiero disseminato dei medesimi conflitti che avevano caratterizzato l'esistenza di quello vecchio.

Emergono da queste affermazioni due aspetti sui quali concentreremo la nostra attenzione. Per un verso il riferimento all'ordine economico come punto di riferimento per lo sviluppo di una disciplina sovranazionale tesa a spolicizzarlo: vedremo che questa soluzione si presta a ostacolare la promozione della giustizia sociale in quanto valore condizionante le possibilità della pace. Per un altro verso la creazione di uno spazio politico dominato dalla sovranità sovranazionale, magari in grado di assicurare la pace interna alla federazione, ma per il resto destinato a divenire il centro di imputazione di prerogative assimilabili a quelle prima riconosciute allo Stato e dunque minacciose per la pace: anche le federazioni sono sovrani che in quanto tali posso mostrarsi inadatti a fronteggiare i mali per la cui cura sono state concepite.

2. Federalismo e ordine economico: la posizione dei liberali

Tra i federalisti della prima ora si distinguono indubbiamente i liberali, il cui pensiero può essere riassunto muovendo dalle riflessioni di due autori le cui opere vedono la luce nella seconda metà degli anni trenta: Lionel Robbins, economista inglese tra i maggiori rappresentanti del marginalismo, e Friedrich von Hayek, celeberrimo esponente della scuola austriaca.

Robbins e von Hayek hanno sviluppato il loro pensiero in polemica con chi stigmatizzava il capitalismo come ordine economico alla base dei conflitti indotti dall'ordine politico. Questa era innanzi tutto la posizione dei socialisti, che sulla scia di Rosa Luxemburg identificavano il capitalismo come sistema votato all'incremento produttivo a livelli superiori rispetto al potere d'acquisto dei lavoratori, motivo per cui gli Stati erano indotti a contrastare il sottoconsumo imponendo con la violenza le loro merci a Paesi non capitalisti¹³. O che in alternativa evidenziavano la tendenza del capitalismo ad alimentare le concentrazioni monopolistiche, naturalmente votate a estendersi oltre i confini nazionali alla ricerca di sbocchi per esportare soprattutto risorse finanziarie, alla base di un conflitto tra Paesi capitalisti: come sostenuto da chi si riconosceva nella tradizione leninista¹⁴.

Che il capitalismo fosse alla base dei conflitti bellici era peraltro un convincimento diffuso, soprattutto nella prima metà degli anni Quaranta, a ben vedere anche tra le fila del liberalismo: come sostenuto da Alexander Rüstow in un contributo significativamente intitolato «il fallimento del liberalismo economico»¹⁵. Un contributo allineato al pensiero di coloro i quali sul finire degli anni Trenta hanno inteso porre le basi del neoliberalismo, tale in quanto voleva

¹³ R. Luxemburg, *L'accumulazione del capitale. Contributo alla spiegazione economica dell'imperialismo* (1913), Torino, 1960.

¹⁴ Sulla scia di V.I. Lenin, *L'imperialismo fase suprema del capitalismo* (1917), Roma, 1948.

¹⁵ A. Rüstow, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg, 2001 (la 1. ed. è del 1945).

attribuire a uno «Stato forte e indipendente» compiti di «severa polizia del mercato» per impedire la «disintegrazione» sociale cui preludeva il «rispetto delle regole puramente razionali del gioco della concorrenza»¹⁶. Il liberalismo, cioè, doveva rinnovarsi affidando a un potere politico accentrato il compito di polverizzare il potere economico e divenire così la mano visibile chiamata a prevenire l'autofagia del mercato.

Peraltro il capitalismo veniva diffusamente annoverato tra le cause del conflitto bellico, se non la causa prima. Non occorre cercare tra i pensatori socialisti per trovare chi lo additava come ordine economico capace di mettere a rischio la sopravvivenza della società, indotta così a invocare la protezione di un ordine politico capace di arginare «l'allargamento del sistema di mercato» e ottenere «una legislazione protettiva, delle associazioni restrittive ed altri istituti di intervento». E questo obiettivo si poteva raggiungere solo entro un percorso di rinazionalizzazione dell'ordine economico, posto che la denazionalizzazione aveva accompagnato il suo divenire minaccioso per la società. Questo percorso poteva però svilupparsi nel sostanziale rispetto dell'ordine democratico, come accaduto con il New Deal rooseveltiano, o sacrificandolo, nel solco di quanto realizzato dal fascismo¹⁷: ideologia e pratica alla base del moto verso la riforma delle libertà economiche ottenuta attraverso il sacrificio di quelle politiche, a questo punto responsabile in solido con il capitalismo del conflitto mondiale.

432

Ma torniamo a Robbins e von Hayek, che come abbiamo detto contestavano l'idea di una relazione di causa ed effetto tra il capitalismo e il conflitto bellico. In particolare il primo ha inteso chiarire che il conflitto era imputabile unicamente all'insicurezza internazionale determinata dalla sovranità: «la responsabilità delle nostre attuali strette non ricade sul capitalismo, che opportunamente disciplinato rappresenta una salvaguardia della libertà e del progresso, ma sul nazionalismo che porta alla povertà e alla guerra»¹⁸.

Più precisamente, Robbins riteneva la sovranità alla base di un sistema delle relazioni internazionali caratterizzato da «una perpetua lotta per la potenza» intesa come lotta per accaparrarsi «risorse», in quanto tale naturalmente portato a contemplare «il mantenimento o l'accrescimento di potenza nel senso militare»: questa era «un obiettivo quasi inevitabile della condotta di governi indipendenti», che di rado traeva spunto da motivi non economici anche quando si evocavano «questioni nemmeno remotamente connesse con la ricchezza». Se peraltro il conflitto era la conseguenza della volontà politica di difendere interessi nazionali, ciò non significava che singoli centri di interesse economico fossero nel merito influenti: potevano esercitare una pressione sui pubblici poteri volta a ottenere misure restrittive della libera circolazione dei fattori produttivi, eventualmente descritte come «utili all'interesse nazionale in senso lato economico»¹⁹.

¹⁶ A. Rüstow (1938), in S. Audier, *Le Colloque Walter Lippman*, Bord de l'eau, 2012, 469 s.

¹⁷ K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, 1974, 5 ss. e 167 ss.

¹⁸ L. Robbins, *L'economia pianificata e l'ordine internazionale* (1937), Milano, 1948, 211.

¹⁹ L. Robbins, *Le cause economiche della guerra* (1939), Torino, 1944, 57 ss. e 85 ss.

Se così stavano le cose, concludeva Robbins, la pace si poteva ottenere solo se nel contesto internazionale si applicava il medesimo principio che i liberali avevano concepito per il contesto interno: il principio per cui occorreva «il sostegno della legge» per «eliminare ogni forma di condotta antisociale», quella dei pubblici poteri ispirati dal nazionalismo e dal «restrizionismo» esattamente come quella dei «gruppi che esercitano pressioni»²⁰. Di qui la proposta di una federazione tra Stati che limitasse la loro azione esterna, e che nel contempo impedisse loro di tenere comportamenti ispirati dai centri di potere economico interni incompatibili con la volontà di sviluppare un ordine sovranazionale fondato sul «coordinamento armonico delle relazioni economiche» e con ciò sulla «difesa della giustizia e della civiltà». Il che si otteneva adottando una soluzione ricalcata sullo schema individuato da Hamilton, ovvero una soluzione intermedia tra lo «Stato unitario» e la «confederazione di Stati indipendenti e sovrani»: per concentrare in via residuale le sole «funzioni che non possono essere esercitate dagli Stati senza dare origine a conflitti», ovvero per sottrarre loro le prerogative capaci di mettere a rischio «la giustizia e il benessere all'interno della federazione»²¹.

Tra le funzioni assunte dalla federazione voluta da Robbins spicca la promozione della «libertà degli scambi» ed eventualmente la scelta di derogarvi, sempre possibile ma sottratta alla disponibilità dei singoli Stati. Più precisamente la federazione vigilava affinché non fossero previsti dazi e venissero inoltre inibite «restrizioni e discriminazioni», possibili ove motivate ad esempio da ragioni di «salute pubblica» e tuttavia sottoposte al vaglio di «speciali corti federali». Spettava poi alla federazione la politica monetaria e il presidio della libertà di movimento dei capitali: lasciando agli Stati la possibilità di variare il saggio di cambio si consentiva loro di adottare misure volte a ripristinare «l'equilibrio economico internazionale», e tuttavia si correva il rischio di provocare «arbitrarie fluttuazioni» motivate dalla volontà di «sottrarre il commercio alla concorrenza»²².

Altre prerogative che Robbins intendeva riconoscere in capo alla federazione si prestavano a trasformarla in un motore di politiche ulteriori rispetto a quelle di norma contemplate dal credo liberale così come da quello neoliberale in quanto promotori della spoliticizzazione del mercato. Forse non è il caso del «potere di levare delle imposte», che ben poteva coordinarsi con la volontà di edificare un contesto sovranazionale discreto, ma lo stesso non vale per il «potere federale di far debiti», e a maggior ragione per il «potere di eseguire dei lavori pubblici» e di affrontare «spese eccezionali» in funzione anticiclica. Da notare anche la possibilità per i singoli Stati di «nazionalizzare i mezzi di produzione» e «imporre un controllo collettivista sulle imprese private», comunque bilanciato dal divieto di disporre contestualmente misure destinate a comprimere la concorrenza con gli

²⁰ *Ivi*, 97 ss.

²¹ L. Robbins, *Aspetti economici della federazione* (1941), in H. Brugmans et al., *Federazione europea*, Firenze, 1948, 221 s.

²² *Ivi*, 232 ss.

operatori economici di altri Stati, ammesse solo «con il permesso dell'autorità federale»²³.

A ben vedere queste ultime proposte non sono necessariamente in contrasto con il credo neoliberale, che nell'attribuire allo Stato il compito di «severa polizia del mercato» ben può contemplare per esso prerogative anche distanti da quelle riconducibili al pensiero liberale nella misura in cui si mostravano necessarie a rendere storicamente possibile il funzionamento del capitalismo²⁴. Tutto questo mancava però nelle riflessioni di von Hayek, un altro padre del federalismo liberale o meglio neoliberale, che si distinguono per una accurata emarginazione di qualsiasi soluzione incompatibile con quanto è stata efficacemente definita in termini di «normalità capitalistica»²⁵.

Anche l'economista austriaco reputava che lo «scopo più importante» di una federazione tra Stati fosse «assicurare la pace», e che a tal fine essa dovesse assumere le forme di «un'organizzazione efficace per la composizione dei conflitti» le cui dimensioni la rendessero nel contempo «tanto forte da eliminare ogni pericolo di attacco dall'esterno». Occorreva però evitare di riprodurre nella federazione le stesse dinamiche tipiche dello Stato nazionale, e dunque limitarsi ad attribuirle le prerogative necessarie e sufficienti a realizzare una «unione economica»²⁶.

Nel merito von Hayek non si concentrava più di tanto sull'architettura istituzionale da adottare, per la quale si limitava a un rinvio a Robbins²⁷: non rifletteva sulle questioni che tanto avevano interessato Hamilton e in particolare sulle soluzioni più idonee a combinare sensibilità unitarie e sensibilità pluraliste. Si soffermava però in modo diffuso su quanto reputava un compito fondamentale della federazione, ovvero l'eliminazione di ogni ostacolo alla libera circolazione dei fattori produttivi in quanto espediente attraverso cui ottenere la moderazione fiscale degli Stati membri: una pressione fiscale elevata «spingerebbe il capitale e il lavoro da qualche altra parte». La libera circolazione consentiva insomma di spolicizzare l'ordine economico, dal momento che sottraeva alle «organizzazioni nazionali, siano esse sindacati, cartelli od organizzazioni professionali», il «potere di controllare l'offerta di loro servizi e beni». Se infatti lo Stato nazionale alimentava «solidarietà d'interessi tra tutti i suoi abitanti», la federazione impediva legami di «simpatia nei confronti del vicino», tanto che diventavano impraticabili «persino le misure legislative come le limitazioni delle ore di lavoro o il sussidio obbligatorio di disoccupazione»²⁸.

²³ *Ivi*, 242 ss.

²⁴ Cfr. A. Somma, *Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale*, in M.G. Bernardini e O. Giolo (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, 295 ss.

²⁵ A. Maddison, *La natura e il funzionamento del capitalismo europeo: una prospettiva storica e comparativa*, in *Moneta e Credito*, 1988, 72 ss.

²⁶ F.A. von Hayek, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), Soveria Mannelli, 2016, 54.

²⁷ *Ivi*, 83.

²⁸ *Ivi*, 58 ss.

Altrimenti detto, von Hayek evidenzia come la dimensione nazionale non sia solo alla base del conflitto tra Stati, bensì anche del conflitto di classe, che si può impedire solo edificando un ordine economico nel quale i prezzi si formino per il solo effetto del libero incontro di domanda e offerta: un ordine nel quale «le varie comunità d'interesse si sovrappongano territorialmente e non si identifichino mai a lungo con gli abitanti di una particolare regione»²⁹. Di qui il perimetro delle prerogative federali, che concernono l'ordine politico nella misura necessaria e sufficiente a produrre un ordine economico entro cui i prezzi siano il risultato del funzionamento del principio di concorrenza, in quanto tale impermeabile a qualsiasi intervento capace di mettere a rischio la riduzione dell'inclusione sociale e inclusione nel mercato.

Un simile schema non viene esplicitato in termini così netti nelle pagine di Robbins. E tuttavia i suoi richiami alla giustizia e al benessere convivono con il proposito di spolticizzare il mercato, con ciò rendendolo il fulcro di un ordine incapace di promuovere esiti diversi da quelli ammessi dal libero incontro di domanda e offerta.

3. Segue: la posizione dei socialisti e il Manifesto di Ventotene

Si è detto che il federalismo, in quanto fondamento di un ordine internazionale alternativo a quello dominato dalla sovranità nazionale, indica in quest'ultima la causa del conflitto redistributivo oltre a quello tra entità statuali. In letteratura si sottolinea in effetti che il superamento della concezione marxista della storia come vicenda dominata dalla lotta di classe costituisce un fondamento del pensiero federalista³⁰, e tuttavia questo non ha impedito a pensatori di orientamento socialista di professarlo, eventualmente senza mettere in discussione quella concezione della storia. Certo, non si tratta di pensatori ascrivibili alla corrente del socialismo rivoluzionario, ma neppure di quelli per cui il riferimento al socialismo implica semplicemente il superamento di una concezione individualista dello stare insieme come società, secondo un uso dell'espressione relativamente diffuso nei primi decenni del Novecento³¹.

Possiamo esemplificare le posizioni del variegato campo socialista cui facciamo riferimento attraverso il pensiero di tre autori, tutti fautori di una soluzione federalista per l'area europea: l'italiano Tristano Codignola, deputato all'Assemblea costituente per il Partito d'azione poi confluito nel Partito socialista italiano, l'olandese Hendrik Brugmans, militante socialdemocratico durante il secondo conflitto mondiale e poi tra i fondatori dell'Unione dei federalisti europei, e l'inglese Barbara Wootton, attiva tra le fila del Partito laburista fin dagli anni Venti e della Federal Union a partire dalla sua nascita alla conclusione degli anni Quaranta. Tutti loro si sono distinti come fautori di un federalismo che comprendeva la cessione di sovranità nazionale con riferimento a numerosi aspetti

²⁹ *Ivi*, 58 s.

³⁰ Cfr. F. Rossolillo, *Il federalismo e le grandi ideologie*, ne *Il Federalista*, 1989, 1 ss.

³¹ Per tutti L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé* (1911), 2. ed., Paris, 1920, 8 s.

rilevanti per la disciplina dell'ordine economico, e tuttavia non in forme tali da indurne la spolticizzazione. Anche per questo gli scritti di questi autori non si concentrano sulla libera circolazione dei fattori produttivi, che i liberali reputavano non a caso una misura destinata a impedire la realizzazione di politiche incompatibili con l'assolutizzazione del principio di concorrenza.

Codignola non si soffermava sulla necessità di superare la lotta di classe, che la sua scelta federalista non metteva in discussione, bensì sui difetti del nazionalismo dal punto di vista delle aspirazioni delle classi subalterne. Queste erano animate da «cosmopolitismo internazionalista», ma anche «consapevolmente o non» da pulsioni di tipo «nazionalistico e imperialistico» in qualche modo alimentate dalla «illusione che le connessioni e gli interessi di classe fossero così forti da superare le barriere degli Stati, sostituendovi una diversa linea di demarcazione, fra proletariato lavoratore e pacifico e borghesia capitalistica e aggressiva». Il conflitto bellico aveva però messo in luce la fallacia di una simile visione e mostrato l'urgenza di addivenire all'«unità dell'Europa». Aveva cioè mostrato che l'internazionalismo poteva proliferare solo con «l'abolizione delle sovranità nazionali»: i «cippi di confine» generavano infatti divisioni che neppure «la comunione di sofferenze e di aspirazioni di classe» era capace di ricomporre³².

Sul superamento del conflitto di classe ha invece insistito Brugmans, che lo ha posto a fondamento della «dottrina sociale del federalismo» in quanto dottrina espressiva di «solidarietà organica»: connessa alla «massima responsabilità per ogni essere umano e per ogni gruppo d'uomini in ogni campo della vita pubblica». Il tutto per delineare i termini di una interazione armoniosa tra «produttori» e dunque tra «operai» e «datori di lavoro» da un lato, e «consumatori» dall'altro, tutti in ultima analisi impegnati a presidiare il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale: a «combattere ogni trust, o monopolio, o altra combinazione del genere» e realizzare anche per tale via il «federalismo»³³.

Il pensiero di Brugmans comprende una critica serrata al collettivismo socialista e anche in questo, come nella centralità attribuita al meccanismo concorrenziale, mostra rilevanti punti di contatto con il pensiero liberale. Rilevanti ma comunque bilanciati dalla volontà di integrare tra i fondamenti dell'Europa unita quanto acquisito con la Rivoluzione russa: la «democrazia sociale e politica» doveva essere recepita esattamente come si era fatto con «il contributo positivo della Rivoluzione francese». E ciò includeva anche il favore per una «parziale pianificazione nel campo economico» se questa non impediva di lottare contro l'esercizio incondizionato dei poteri pubblici e in particolare «di un super-trust che si definisce Stato», stigmatizzato esattamente come il potere privato dei «moderni feudatari» che «pretendono di organizzare la vita economica per sfruttare l'uomo»³⁴.

Insomma, Brugmans non intendeva rifondare l'ordine economico a partire da una critica al mercato come luogo in cui si incontrano liberamente domanda e

³² T. Codignola, *Prefazione*, in H. Brugmans et al., *Federazione europea*, cit., xiii ss.

³³ H. Brugmans, *Le ragioni fondamentali del federalismo europeo* (1947), *ivi*, 19 ss.

³⁴ *Ivi*, 13 e 16 ss.

offerta, e neppure disdegnava la lotta alle concentrazioni come condizione affinché possa svilupparsi una simile dinamica. Non si riproponeva però la ricetta liberale in tutte le sue parti, se non altro perché il federalismo di cui si parlava non veniva utilizzato come strumento di spoliticizzazione del mercato. Al contrario si mirava qui a combinare concorrenza e partecipazione democratica stabilendo che l'impresa doveva essere «affidata alla comunità», sebbene non a quella statale: la partecipazione doveva realizzarsi a livello di comunità territoriali minori o eventualmente sovranazionali. E il favore per le nazionalizzazioni era ritenuto frutto dell'equivoco per cui l'edificazione del socialismo implicava l'«amministrazione burocratica», che al contrario impediva di rendere l'impresa una «unità economica per la produzione di cose di comune utilità»³⁵.

Simili le riflessioni di Wootton, che muoveva da una definizione di socialismo come ideologia che persegue «l'uguaglianza economica e sociale» e dunque l'impiego delle risorse disponibili «in modo da procurare la miglior vita possibile a tutti»: finalità per la quale occorreva superare «il regime di classi» e realizzare la «disciplina collettiva della vita economica» soprattutto «mediante la sostituzione in larga misura della proprietà collettiva alla proprietà privata delle risorse industriali». Il tutto combinato però con l'indicazione del livello sovranazionale come il più adatto a sostenere l'edificazione di una società socialista, innanzi tutto perché favoriva la diffusione della «solidarietà dei lavoratori» e consentiva lo sviluppo di un «movimento sindacale internazionale». E poi perché in un mondo «sempre più piccolo» il livello nazionale costituiva un ostacolo alla pianificazione e alla volontà di «provvedere al miglioramento delle condizioni di lavoro e delle istituzioni sociali»³⁶.

Anche Wootton mirava a democratizzare e a monte ripoliticizzare l'ordine economico, finalità per cui occorreva promuovere la «libertà civile e politica» e non la sola libertà economica cara ai liberali, mettendo in luce il valore aggiunto che da questo punto di vista era dato dal superamento della sovranità statale ove realizzato per impedire che l'economia «sia sempre la padrona e mai la serva della politica». Il tutto mentre anche la pace assicurata dal federalismo rappresentava un valore destinato a promuovere l'edificazione del socialismo: la guerra impedisce di realizzare «la prosperità e l'uguaglianza socialista» e alimenta «povertà, denutrizione e immane distruzione di risorse»³⁷.

Più precisamente, Wootton non riteneva il socialismo sufficiente a realizzare le finalità che affermava di perseguire, essendo ben possibile «una pianificazione attuata nella guerra e per la guerra», capace di vanificare il «piano per l'uguaglianza» e quello «per la ricostruzione e per il benessere quotidiano dell'uomo comune». Occorreva a monte che lo Stato nazionale fosse posto sotto il controllo di una federazione, a cui attribuire «il potere e il dovere di mantenere l'ordine», ovvero di perseguire il medesimo risultato che lo Stato aveva ottenuto

³⁵ *Ivi*, 23 ss.

³⁶ B. Wootton, *Socialismo e federazione* (1940), in H. Brugmans et al., *Federazione europea*, cit., 192 s. e 208 ss. V. anche Id., *Freedom under Planning*, Chapel Hill, 1945.

³⁷ B. Wootton, *Socialismo e federazione*, cit., 198 ss.

quando disinnescò la violenza tra individui: quando «fece cessare l'uso di risolvere le controversie personali mediante il coltello o la mazza»³⁸.

Possiamo a questo punto considerare anche il celeberrimo Manifesto di Ventotene, anche se il federalismo di cui si è reso promotore mostra cedimenti verso l'impostazione liberale non sufficientemente bilanciati dalle tensioni di segno opposto presenti invece presso i pensatori finora considerati. Questo non sembra dipendere dal profilo dei suoi autori, in buona sostanza riconducibili al variegato campo socialista così come lo abbiamo appena definito: Ernesto Rossi e Altiero Spinelli, il primo descrivibile come liberale di sinistra e il secondo come comunista eretico. Ciò che rende il Manifesto poco in linea con le idealità espresse in quel campo sono per un verso le critiche al meccanismo democratico come motore della lotta di classe, e per un altro il favore per un ordine economico in ultima analisi dominato dalla libera circolazione dei fattori produttivi³⁹.

Ma procediamo con ordine. Il Manifesto di Ventotene si apre con una riflessione sulla «crisi della civiltà moderna» che riprende e se possibile inasprisce la critica federalista alla sovranità nazionale: «entità divina» capace solo di alimentare «volontà di dominio» e di trasformare lo Stato in «padrone di sudditi tenuti a servizio», inevitabilmente votato alla guerra e a concepire i periodi di pace «come soste per la preparazione alle inevitabili guerre successive». Rossi e Spinelli riconoscevano che un tempo lo Stato era un «tutelatore della libertà dei cittadini», e che dunque la sovranità è stata «un potente lievito di progresso» per il cui tramite i «nullatenenti» avevano potuto «dare l'assalto ai diritti acquisiti delle classi abbienti». Reputavano però che essa avesse perso la sua impronta originaria, e addirittura pervertito la democrazia, rendendola il veicolo delle medesime deformazioni denunciate dalla retorica antidemocratica dei primi decenni del Novecento. I due autori affermavano infatti che le istituzioni parlamentari erano oramai cadute in balia di «baronie economiche in acerba lotta fra loro»: da un lato i «complessi industriali e bancari», e dall'altro i «sindacati riuniti sotto un'unica direzione interi eserciti di lavoratori»⁴⁰.

Insomma, la sovranità nazionale non era considerata catalizzatrice dei soli conflitti tra Stati, bensì anche del conflitto di classe, tanto da risultare dannosa anche nella sua antica veste di motore di partecipazione democratica. Essa poteva oramai solo produrre guerre e indurre i pubblici poteri a dar seguito alle sole «rivendicazioni di classe, o addirittura di categoria, senza curarsi del come connetterle con gli interessi degli altri ceti». Il tutto aggravato da una pianificazione economica talmente pervasiva che la lotta politica si era ridotta a una competizione per stabilire «quale classe dovrebbe detenere le leve del comando del piano». Ecco perché occorreva sostituire l'anacronistico scontro tra fautori «della maggiore o minore democrazia, del maggiore o minore socialismo», con la

³⁸ *Ivi*, 200 ss.

³⁹ Riconducibili fra l'altro all'influenza di Lionel Robbins: cfr. A. Di Martino, *L'identità dell'Europa tra le due Guerre mondiali e la Resistenza*, in *Nomos*, 2018, 3, 34.

⁴⁰ A. Spinelli e E. Rossi, *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto*, in E. Rossi et al., *Ventotene. Un manifesto per il futuro*, Roma, 2014, 21 ss.

lotta per la nascita in Europa di un «saldo Stato federale» e persino di uno «Stato internazionale»⁴¹.

In tutto questo il Manifesto di Ventotene non disconosce la necessità di attuare il «socialismo», liberamente definito come «la emancipazione delle classi lavoratrici e la realizzazione per esse di condizioni più umane di vita», e a monte di creare i presupposti affinché «le forze economiche non debbano dominare gli uomini»⁴². Simili propositi sono però vanificati, oltre che dalla critica al meccanismo democratico e dalla relativa spoliticizzazione dell'ordine economico, dal cedimento verso modelli neoliberali realizzato da una sorta di aggiornamento del testo, pubblicato da Spinelli nel corso degli anni Cinquanta: il Manifesto dei federalisti europei.

Qui si realizzava la saldatura tra il federalismo di Ventotene e la limitazione della sovranità nazionale assicurata da un regime di libera circolazione dei fattori produttivi: una soluzione destinata a rendere irreversibile la spoliticizzazione dell'ordine economico e a degradare l'inclusione sociale a inclusione nel mercato. Nel testo si invocava «un sistema di giustizia e di sicurezza sociale» capace di assicurare «a tutti i lavoratori un insieme di garanzie corrispondenti a un'economia incomparabilmente più ricca e più possente di quelle attuali». Ciò passava peraltro dalla «apertura di grandi mercati», che avvantaggerebbe da un lato «imprenditori e lavoratori» e dall'altro «i consumatori che dall'abolizione delle frontiere vedrebbero aumentare il loro livello di vita». Di qui l'enfasi con cui si auspicava la fine del «feudalesimo economico che si è sviluppato all'ombra degli Stati nazionali», e l'istituzione in sua vece di «un mercato comune fondato su una moneta unica e sulla libera circolazione degli uomini, delle merci, dei capitali, sei servizi»⁴³.

Ma non è tutto. Si affermava di voler intervenire sulle disparità sociali, e tuttavia si valorizzavano solo quelle «provocate dalle divisioni nazionali» e non anche quelle alla base del conflitto redistributivo. Queste ultime non erano negate, ma pur sempre ricondotte all'impero della sovranità nazionale, in quanto tale inevitabilmente votata a fornire sostegno a «interessi particolari»: siano essi quelli di «gruppi capitalistici» o di «gruppi di lavoratori», tutti accomunati dalla «brama di guadagni sicuri ed elevati». Di qui ulteriori conferme dell'utilità di assecondare il libero gioco delle forze del mercato e comunque di adottare un punto di vista interclassista: i federalisti si rivolgevano «a lavoratori e a imprenditori, a intellettuali e a gente semplice, a comunità locali e a gruppi professionali, a gruppi religiosi e a gruppi laici, a gente di sinistra e a gente di destra»⁴⁴.

4. L'Europa unita come progetto hayekiano

Abbiamo fin qui passato in rassegna la letteratura che a partire dagli anni immediatamente precedenti il secondo conflitto mondiale ha identificato nella

⁴¹ *Ivi*, 29 ss.

⁴² *Ivi*, 34.

⁴³ A. Spinelli, *Il Manifesto dei federalisti europei* (1956), Genova e Ventotene, 2016, 69 e 85 ss.

⁴⁴ *Ivi*, 27, 70 e 87.

sovranità nazionale la sua principale causa scatenante. E che ha individuato nel federalismo l'unico antidoto efficace, o quantomeno un fondamentale contributo al presidio della pace.

Nel merito abbiamo identificato due principali tendenze: una di matrice liberale o meglio neoliberale, e l'altra di sensibilità in senso lato socialista⁴⁵. Per la prima tendenza la cessione di sovranità verso un'entità federale non costituisce solo un modo per prevenire la guerra: nel momento in cui viene concepita come presidio della libera circolazione dei fattori produttivi, essa diventa un fattore di spoliticizzazione del mercato e in quanto tale un modo per disinnescare la lotta di classe e renderlo un'arena entro cui il principio di concorrenza assume forza disciplinante. Per la tendenza socialista il superamento della dimensione nazionale consente invece di promuovere, con la pace, la giustizia sociale e a monte di combinare il principio di concorrenza con quello della partecipazione democratica. Questi propositi si combinano eventualmente con l'auspicio di un superamento della lotta di classe, non tuttavia di una spoliticizzazione del mercato, l'inclusione nel quale non viene fatta coincidere con l'inclusione sociale: come emerge invece dalle riflessioni dei liberali e in parte dagli autori del Manifesto di Ventotene.

440

Possiamo a questo punto verificare se le modalità utilizzate per realizzare la costruzione europea, avviata riproducendo la retorica sulla valenza del federalismo come presidio di pace⁴⁶, siano ricalcate più sulle sensibilità dei liberali, o se al contrario lascino spazio per la realizzazione di idealità concernenti la conformazione dell'ordine economico per finalità concernenti la promozione della giustizia sociale. Evidentemente non si potranno qui considerare i numerosi e complessi aspetti di cui occorre tenere conto per esprimere un giudizio articolato: dovremo limitarci ad alcune indicazioni ricavabili dai Trattati istitutivi, che pure disegnano per l'Europa unita una struttura istituzionale diversa da quella auspicata da molti federalisti: come si sa, essa evidenzia solo in parte un'ispirazione sovranazionale, conservando per molti aspetti carattere internazionale⁴⁷.

Non sono però questi gli aspetti che metteremo a fuoco, bensì quelli direttamente utili a delineare il tipo di ordine economico cui la costruzione europea mostra di ispirarsi.

Nel merito possiamo muovere dalla constatazione che la costruzione ha preso corpo in anni nei quali vi era un diffuso rifiuto del liberalismo in quanto

⁴⁵ Seguendo M. Albertini, *Le radici storiche e culturali del federalismo europeo*, in E. Paolini (a cura di), *Storia del federalismo europeo*, Torino, 1973, 64 ss. si potrebbe individuare, accanto a un federalismo liberale e a uno socialista, anche un federalismo democratico: che valorizzava la società oltre all'individuo ed era alla ricerca di un equilibrio tra libertà e uguaglianza, rappresentato ad esempio da C.K. Streit, *Unione federale e Società delle Nazioni*, in H. Brugmans et al., *Federazione europea*, cit., 117 ss. Si tratta peraltro di una versione del federalismo i cui connotati, almeno dal punto di vista delle riflessioni concernenti le implicazioni per la disciplina dell'ordine economico, non la rendono un tipo dotato di contorni sufficientemente definiti.

⁴⁶ Scontato il riferimento alla Dichiarazione Schumann del 9 maggio 1950, che come è noto ha ispirato la nascita della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, celebrata come «il primo nucleo concreto di una Federazione europea indispensabile al mantenimento della pace».

⁴⁷ Citazioni in A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, 182 ss.

dottrina e pratica che aveva promosso riforme delle libertà economiche, accompagnate dal sacrificio di quelle politiche: la combinazione alla base dell'esperienza fascista descritta nella sua essenza di soluzione alla «impasse raggiunta dal capitalismo liberale»⁴⁸. Anche per questo, fino alla metà degli anni Settanta, si ricorse a ricette economiche per molti aspetti incompatibili con i dogmi neoliberali, complice se non altro la volontà di contrastare la riduzione dell'inclusione sociale all'inclusione nel mercato. Non tanto per mettere in discussione il capitalismo, il cui superamento era comunque invocato da settori non irrilevanti della società, ma almeno per promuovere un suo accettabile equilibrio con la democrazia: per evitare che la soppressione delle libertà politiche potesse essere nuovamente giustificata dal proposito di riformare le libertà economiche⁴⁹.

Se il periodo tra la conclusione della seconda guerra mondiale e la metà degli anni Settanta è denominato i Trenta gloriosi⁵⁰, è in fin dei conti perché ha perseguito questo obiettivo. E se ha potuto farlo, è innanzi tutto per la pressione esercitata attraverso il conflitto sociale nell'ambito di un mercato resistente alla spoliticizzazione, a cui si devono scelte redistributive alla base di un consenso diffuso a quanto potremmo indicare come capitalismo dal volto umano. Scelte produttive di una spirale virtuosa, originata dal potere contrattuale dei lavoratori, alla base di una buona crescita dei livelli salariali, a sua volta motore per l'incremento dei consumi, e quindi dell'occupazione e della forza dei lavoratori. Il tutto sostenuto da un sistema di sicurezza sociale capace di emancipare e liberare reddito per i consumi, oltre che da un fondamentale presidio del carattere politico dell'ordine economico: il controllo degli esecutivi sulle Banche centrali⁵¹, le quali potevano così operare per rendere sostenibile l'indebitamento pubblico indispensabile ad alimentare la spirale virtuosa appena descritta.

Il presupposto per il funzionamento dello schema appena sintetizzato, ovvero del compromesso keynesiano, era insomma la volontà politica di supportare attivamente la piena occupazione, o se si preferisce di concepire la crescita come portato della piena occupazione. Il che richiedeva il controllo, se non della circolazione delle merci⁵², quantomeno di quella dei capitali: se questi sono liberi di muoversi, gli Stati sono costretti ad adottare politiche volte ad attrarli, ovvero a creare un ambiente favorevole agli investimenti favorendo l'abbattimento dei salari e della pressione fiscale sulle imprese. Il tutto a detrimento del compromesso keynesiano, non a caso presidiato da un altro compromesso fondamentale per gli equilibri del trentennio di cui stiamo parlando: quello per cui le merci potevano circolare liberamente, ma lo stesso non valeva per i capitali, che dovevano al

⁴⁸ K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., 297.

⁴⁹ A. Somma, *L'ordoliberalismo e la cancellazione del costituzionalismo antifascista*, in *Critica marxista*, 2016, 1, 49 ss.

⁵⁰ J. Fourastié, *Les trente glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, 1979.

⁵¹ Cfr. A. Roberts, *The Logic of Discipline. Global Capitalism and the Architecture of Government*, Oxford, 2010.

⁵² Come del resto auspicato da J.M. Keynes, *National Self-Sufficiency*, in *22 Yale Review*, 1933, 755 ss.

contrario essere sottoposti a controlli statuali più o meno penetranti⁵³. Ai capitali occorreva insomma destinare misure volte a produrre il loro radicamento territoriale, la cui mancanza era considerata alla base della crisi del 1929, e in ultima analisi dell'avvento del fascismo nell'area europea.

Il compromesso cui facciamo riferimento è quello detto di Bretton Woods, giacché fu durante la conferenza tenutasi sul finire del secondo conflitto mondiale che, nel prefigurare il futuro ordine economico internazionale, si volle sottolineare l'importanza di assicurare agli Stati la possibilità di controllare la circolazione dei capitali. Più precisamente, come affermato solennemente dal Presidente della Conferenza, il Segretario al Tesoro degli Stati Uniti Henry Morgenthau, alla conclusione del conflitto «nessuno tollererà ancora una disoccupazione prolungata o diffusa», e per questo occorreva «rivitalizzare il commercio internazionale in quanto motore indispensabile per il pieno impiego»⁵⁴. A tal fine era necessario fornire capitali ai Paesi bisognosi, ed occorreva farlo a interessi bassi: di qui l'istituzione della Banca mondiale. Non era dunque la libera circolazione dei capitali il fondamento della prosperità, bensì il suo contrario, come del resto si ricava dallo Statuto del Fondo monetario internazionale. Lì si dice esplicitamente, con una formula ancora presente nell'articolato, che «gli Stati membri possono esercitare gli opportuni controlli per regolamentare i movimenti di capitali» (art. vi).

L'avvio della costruzione europea tiene in parte conto di queste indicazioni. Il Trattato di Roma elevava la realizzazione del mercato comune a finalità prima, per la quale occorreva innanzi tutto promuovere l'integrazione economica negativa: l'istituzione di una zona di libero scambio, ovvero la libera circolazione delle merci presidiata dal divieto di dazi doganali e da restrizioni quantitative all'importazione tra gli Stati membri, accompagnata dalla fissazione di tariffe comuni nei rapporti con i Paesi terzi (art. 3). Si menzionava nel contempo la libera circolazione dei capitali, oltre che delle persone e dei servizi, ma sul punto le prudenze erano maggiori: in tale ambito le restrizioni si dovevano abolire «gradatamente» (art. 67), potendo inoltre perdurare nel caso in cui provocassero «turbamenti nel funzionamento del mercato» (art. 73).

Si parlava evidentemente anche di integrazione economica positiva, ovvero di «ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune» (art. 3), da realizzare però sotto forma di direttive adottate sulla base di un consenso unanime dei Paesi membri (art. 100). A monte si auspicava anche la convergenza delle loro politiche economiche (art. 2), per le quali si pensava però solo a un mero «coordinamento» (art. 105). Neppure si individuavano priorità tra gli obiettivi di quelle politiche, che avrebbero dovuto favorire sia «un alto livello di occupazione», sia «la stabilità del livello dei prezzi» (art. 104): la prima una preoccupazione tipicamente keynesiana, la seconda riconducibile invece al pensiero neoliberale.

⁵³ M. Pianta, *L'Europa della finanza*, in *Parolechiave*, 2012, 2, 103 ss.

⁵⁴ H. Morgenthau, *Closing Address to the Conference*, in *International Monetary Fund and International Bank for Reconstruction and Development. Articles of Agreement*, Washington, 1944, iv.

Sebbene fosse nata con questi limiti e ambiguità, l'Europa degli inizi si mostrava riluttante a definire le linee di una integrazione economica positiva. Questo tipo di integrazione era innanzi tutto avversata dai neoliberali, il cui credo meglio si coordinava con lo sviluppo della sola integrazione economica negativa: ovvero con la libera circolazione dei fattori produttivi da forzare attraverso politiche di mutuo riconoscimento. Gli interventi di armonizzazione erano invero ritenuti «inutili e pericolosi»⁵⁵, o quantomeno dovevano riguardare le sole disposizioni imperative, in quanto tali non derogabili dagli operatori economici e dunque fonti di alterazioni della concorrenza se di contenuto non omogeneo⁵⁶. E anche il coordinamento delle politiche economiche incontrava ostacoli, se non altro in quanto si era concordi nel considerare l'unione monetaria l'ultima tappa di un percorso che doveva avviarsi con la definizione di politiche fiscali e di bilancio comuni, ovvero con la scelta di privilegiare nel merito il fine della piena occupazione o all'opposto quello della stabilità dei prezzi: il primo compatibile unicamente con una apertura verso politiche economiche espansive, osteggiate invece da chi aveva innanzi tutto di mira il controllo dell'inflazione.

Nel tempo le scelte in tema di integrazione economica, e a monte quelle concernenti il coordinamento delle politiche di bilancio e monetarie, al netto di alcune inevitabili ambiguità e contraddizioni, hanno mostrato una linea di tendenza sufficientemente marcata. Si sono cioè sempre più mostrate in linea con i fondamenti del federalismo liberale di matrice hayekiana, a anzi hanno evidenziato come la costruzione europea sia divenuta lo strumento attraverso cui accelerare la trasformazione in linea con quel tipo di federalismo, ovvero per travolgere la costituzione economica degli ordinamenti nazionali più resistenti a una simile evoluzione.

Possiamo documentare queste trasformazioni innanzi tutto con riferimento al coordinamento delle politiche economiche, che come abbiamo detto avrebbe dovuto precedere il coordinamento delle politiche monetarie, e a monte individuare i punti di riferimento per il loro sviluppo: la keynesiana piena occupazione o la neoliberale stabilità dei prezzi.

Questa tabella di marcia trova riscontro in un documento predisposto dalla Commissione sul finire degli anni Sessanta, dedicato al coordinamento delle politiche economiche e alla cooperazione monetaria⁵⁷. Lì si individuavano i principali obiettivi del coordinamento, tra i quali spiccavano «l'incremento della produzione e dell'occupazione, l'evoluzione dei prezzi, il saldo dei pagamenti correnti e il saldo della bilancia globale dei pagamenti», oltre all'istituzione di un «meccanismo di cooperazione monetaria». In tal modo non si risolveva l'ambiguità sul complessivo orientamento delle misure da adottare, ma nel loro ambito non

⁵⁵ F.W. Scharpf, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea* (1997), Bologna, 1999, 53 ss.

⁵⁶ Prospettiva valorizzata ad esempio nel Progetto di quadro comune di riferimento, presentato in forma di «principi, definizioni e regole modello di diritto privato europeo»: cfr. C. von Bar et al. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009.

⁵⁷ Cosiddetto Piano Barre, dal nome del vicepresidente della commissione che lo confezionò: Memorandum del 12 febbraio 1969, in *Bollettino delle Comunità europee*, 1969, Suppl. 3, 3 ss.

emergeva certo una precedenza delle politiche monetarie sulle politiche di bilancio. Anzi, nel corso della conferenza dei Capi di Stato e di governo che adottò il documento, si manifestò l'intento di trasformare la Comunità «in un'unione economica», precisando nel contempo che le misure in ambito monetario avrebbero avuto come punto di riferimento «l'armonizzazione delle politiche economiche». Queste ultime dovevano cioè precedere le prime, o quantomeno accompagnarle, sul presupposto che «base dell'azione intesa a sviluppare la cooperazione nel settore monetario dovrebbe essere l'armonizzazione delle politiche economiche»⁵⁸.

Siamo però sul finire dei Trenta gloriosi, quando entra in crisi il consenso per il compromesso keynesiano e inizia a delinarsi un percorso verso l'Unione economica e monetaria decisamente alternativo a quello finora tratteggiato. Il susseguirsi degli eventi è noto: il percorso viene avviato alimentando la libera circolazione dei capitali e a monte stabilendo che le politiche monetarie sono di competenza esclusiva dell'Unione (art. 3 TUE), con ciò condizionando il coordinamento delle politiche economiche e di bilancio formalmente affidate agli Stati (art. 5 TUE). Invero le politiche monetarie devono perseguire «l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi», mentre quelle economiche devono conformarsi «al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 119 TFUE). Il che evidentemente non lascia spazi per opzioni diverse da quelle di matrice neolibérale, oltretutto assistite da un vero e proprio mercato delle riforme per cui la destinazione di risorse ai Paesi membri viene condizionata all'ancoraggio delle loro politiche ai principi neoliberali, e alla rimozione degli ostacoli esistenti al raggiungimento di quell'obiettivo⁵⁹.

Lo stesso esito viene assicurato dalle politiche di integrazione negativa, fin dagli anni Settanta alimentate dalla Corte di giustizia e dalla sua opzione per il mutuo riconoscimento delle discipline nazionali concernenti le caratteristiche dei prodotti circolanti nel mercato comune, altrimenti considerate una «misura di effetto equivalente» alle «restrizioni quantitative all'importazione» (attuale art. 34 TFUE)⁶⁰. Il tutto poi esteso alla libera circolazione degli altri fattori produttivi, foriera di una competizione tra ordinamenti giuridici⁶¹, e con ciò di una corsa verso il basso dal punto di vista delle richieste di protezione interpretate dai legislatori nazionali, ovvero di un espediente attraverso cui esaltare la spoliticizzazione del mercato⁶².

Certo, la costruzione europea si alimenta anche di misure volte all'integrazione positiva, come abbiamo detto avversate dai neoliberali critici con

⁵⁸ Comunicato finale della conferenza del 2 dicembre 1969, in *Bollettino delle Comunità europee*, 1970, 11 ss.

⁵⁹ A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, 167 ss.

⁶⁰ Sentenza del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Causa 120/78.

⁶¹ V. i contributi raccolti in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 2004.

⁶² A. Somma, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia, 2017, 104 ss.

il «dirigismo monnettista» in quanto dannoso per le ragioni di un «federalismo minimalista, competitivo e decentralizzato». E tuttavia quelle misure non sono capaci di mettere in ombra la medesima tendenza di fondo ricavabile dal coordinamento delle politiche economiche e di bilancio. Non impediscono cioè il complessivo sviluppo della costruzione europea nella sua essenza di dispositivo neoliberale, o quantomeno rendono la piena realizzazione del federalismo hayekiano un obiettivo a portata di mano: «il contesto economico creato dal mercato unico e dall'unione monetaria costituisce l'habitat ideale per rimettere all'ordine del giorno una tale riforma»⁶³.

5. Sovranità statale, sovranità popolare e conflitto sociale

Tra le finalità perseguite dal federalismo hayekiano, e dalla relativa compressione della sovranità nazionale, abbiamo evidenziato la spoliticizzazione dell'ordine economico, ovvero la neutralizzazione di qualsiasi cinghia di trasmissione tra partecipazione democratica e scelte concernenti il funzionamento del mercato. Questo deve restare un'arena disciplinata unicamente dal libero incontro di domanda e offerta, insensibile alle dinamiche non compatibili con l'operare del meccanismo concorrenziale, come in particolare quelle generate da concentrazioni di potere economico: quelle censurate dalla disciplina antitrust, ma anche e soprattutto quelle determinate dalle coalizioni di lavoratori, i quali non sarebbero altrimenti lasciati soli di fronte al mercato e potrebbero così tenere comportamenti diversi da quelli qualificabili in termini reazioni automatiche agli stimoli della concorrenza. Simili comportamenti sono del resto screditati in quanto produttivi di inefficienza e corruzione: in linea con quanto sostenuto dai teorici della scelta pubblica in ordine all'interventismo statale nelle dinamiche di mercato⁶⁴, non a caso annoverabili tra i fautori di un federalismo minimalista e competitivo⁶⁵.

Altrimenti detto, von Hayek scardina i fondamenti del pensiero democratico, in virtù dei quali l'esercizio del potere si legittima in quanto si esprime attraverso decisioni qualificate in particolare da due aspetti: sono per un verso assunte direttamente o indirettamente dai loro destinatari considerati nella loro individualità, e per un altro motivate dal loro produrre benefici alla collettività complessivamente intesa⁶⁶. Entrambi questi aspetti sono complementari, dal momento che privilegiando la dimensione individuale si corre il rischio di una dittatura della maggioranza, che la dimensione collettiva mira a prevenire nel momento in cui chiama in causa una identità capace di annullare o almeno

⁶³ F.O. Reho, *Federalismo hayekiano e integrazione europea*, in F.A. von Hayek, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati*, cit., 30 s. e 43 ss.

⁶⁴ D'obbligo il riferimento al classico J.M. Buchanan e G. Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, 1962.

⁶⁵ J.M. Buchanan, *Federalism and Individual Sovereignty*, in 15 *Cato Journal*, 1995, 259 ss.

⁶⁶ Evidentemente una riflessione sulla democrazia non può ridursi alla discussione di questi aspetti, che però sono centrali dal punto di vista scelto per riflettere sulle implicazioni del federalismo. Al proposito da ultimo A. Di Giovine, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in *Rivista AIC*, 2020, 59 ss.

contrastare «il potenziale tirannico della regola della maggioranza»⁶⁷. Ebbene, quando von Hayek indica nel federalismo l'espedito istituzionale idoneo a impedire l'assunzione di decisioni motivate dall'operare di vincoli solidaristici, lo fa per ampliare a tal punto la comunità dei destinatari di quelle decisioni da impedire che nel suo ambito possano emergere identità collettive capaci di resistere alla forza attrattiva di quanto abbiamo definito in termini di normalità capitalistica: lo far per presidiare l'isolamento dell'individuo di fronte al mercato e la sua condanna a tenere i soli comportamenti qualificabili come reazioni automatiche agli stimoli della concorrenza.

Se così stanno le cose, la cessione di sovranità nazionale a un'entità sovranazionale non determina il depotenziamento della sovranità in quanto vicenda reputata talmente pervasiva da alimentare un ordine interno e internazionale foriero di conflitti. Invero anche il livello sovranazionale esercita una sovranità pervasiva, e non solo nel caso in cui promuova l'integrazione positiva: pure l'integrazione negativa richiede un esercizio di potere particolarmente incisivo per lo stare insieme come società, se non altro in quanto non viene mediato dalla partecipazione democratica e dunque non oppone resistenza ai desiderata di chi auspica l'edificazione di un ordine economico di matrice liberale o neoliberale.

Altrimenti detto, la sovranità del livello sovranazionale è particolarmente incisiva nella misura in cui il suo esercizio si risolve in una spoliticizzazione dell'ordine economico, o meglio in una sua disciplina attraverso leggi prodotte dal circuito della politica meramente riproduttive delle leggi emerse dal circuito dell'economia. Ed è questo il punto che più merita di essere approfondito, giacché attiene a vicende sulle quali la retorica dei critici della sovranità nazionale ingenera non poca confusione, in massima parte provocata dall'affermazione per cui il suo depotenziamento implicherebbe quello della sovranità *tout court*. Quest'ultima costituisce però «la via per essere politicamente nel mondo», ovvero «il modo in cui un corpo politico si rappresenta o si presenta per esistere, per volere, per ordinarsi e per agir secondo i propri fini». Se viene compressa, i suoi spazi sono occupati da altri sovrani: il mercato retto dal meccanismo concorrenziale, o eventualmente l'entità sovranazionale a favore della quale si decide di depotenziarla, nel nostro caso la costruzione europea, eretta però a tutrice dello stesso meccanismo⁶⁸.

Se però della sovranità non si può fare a meno, allora non resta che rafforzare il percorso attraverso cui si è nel tempo inciso sulla sua natura di strumento di potere del principe, trasformandola in un veicolo di partecipazione democratica. E sottolineare come il federalismo hayekiano si muova esattamente nella direzione opposta, ovvero verso una sovranità privata della dimensione partecipativa, affermata solo nella misura in cui consente ai livelli nazionale e sovranazionale di mettere il mercato al riparo da quella dimensione.

⁶⁷ F.W. Scharpf, *Governare l'Europa*, cit., 15.

⁶⁸ C. Galli, *Sovranità*, Bologna, 2019, 12 ss. e 102 ss. V. anche Id., *Apologia della sovranità*, in *Limes*, 2019, 2, 159 ss.

Il federalismo minimalista, competitivo e decentralizzato produce insomma una regressione verso il dogma ottocentesco della esclusiva sovranità statale, ovvero della valenza mai giuridica della sovranità popolare. Dogma peraltro resistente fino a tutta la prima metà del Novecento, quando ancora si riteneva che di sovranità popolare si potesse parlare unicamente in senso politico, essendo la sovranità in senso giuridico pensata per l'epoca in cui la volontà del popolo si contrapponeva a quella del principe: espressione di un'autorità assoluta e illimitata, magari frutto di un'investitura ultraterrena, in quanto tale bisognosa di essere delimitata attraverso l'individuazione di ambiti sottratti alla sua azione⁶⁹.

Questa impostazione è però da tempo tramontata a favore di un diverso modo di intendere la sovranità popolare, che per un verso possiede una sua autonomia rispetto alla sovranità statale, e per un altro non implica una visione del suo titolare come una comunità entro cui sono rimossi i conflitti di interesse. Se così fosse, sarebbe una comunità destinata a neutralizzare il conflitto sociale e in ultima analisi a produrre i medesimi effetti riconducibili all'affermazione del federalismo hayekiano: trasformare la sovranità in uno strumento di spoliticizzazione dell'ordine economico.

Ma procediamo con ordine e dedichiamoci al primo aspetto: all'emersione della distinzione tra sovranità popolare e sovranità statale, in ultima analisi riconducibile al superamento di una concezione dello Stato come ente nel quale sono assorbiti i suoi elementi costitutivi. Esemplificativo nel merito quanto sostenuto dalla letteratura italiana a partire dagli anni Cinquanta, quando si è affacciata la distinzione tra lo Stato-società, ovvero «l'intera comunità politicamente organizzata nella sua unità dialettica di governanti e governati, di autorità e libertà», e lo Stato-governo, cioè «l'apparato che all'interno del gruppo politico esercita la potestà d'imperio», il «titolare di potestà, diritti, doveri nei confronti dei cittadini e degli altri soggetti compresi nella sua sfera». E si è quindi precisato che lo Stato-governo costituisce un'entità al servizio dello Stato-società, che dunque la sovranità risiede nel popolo, e non solo dal punto di vista politico: dopo essersi espresso in occasione di una tornata elettorale, «il popolo resta titolare della potestà di governo, costituente e costituita, dell'una e dell'altra conservando altresì l'esercizio», mentre lo Stato semplicemente «sostituisce il popolo nel solo esercizio di una parte di tale potestà»⁷⁰.

Ma non è tutto. Inizialmente il passaggio dalla sovranità del principe alla sovranità del popolo non si è accompagnato alla consapevolezza che esso comportava la frammentazione di quanto era prima percepito come una vicenda unitaria. Governanti e governati venivano rappresentati come un complesso ordinato, in linea con l'idea di sovranità popolare così come era stata concepita in origine: quando Rousseau la considerava l'espressione della volontà generale, ovvero di qualcosa che integra un'entità autonoma rispetto alla mera sommatoria delle sue parti. E la sovranità come prerogativa del «corpo del popolo» non poteva

⁶⁹ Per tutti M. Fioravanti, *Costituzione e sovranità popolare*, 2. ed., Bologna, 2004, 87 ss.

⁷⁰ V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), in Id., *Stato, Popolo, Governo*, Milano, 1985, 91 ss. Anche G. Amato, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962, 74 ss.

che essere «indivisibile», non concepibile in quanto espressione di volontà imputabili a una sola parte dell'«io comune»⁷¹.

Si tratta evidentemente di concezioni superate, così come la descrizione del popolo come un'entità nella quale si fondono governanti e governati: in esso i primi e i secondi sono contrapposti, o quantomeno possono esserlo. Neppure si può rappresentare il popolo come, sulla scia di Rousseau, hanno fatto i rivoluzionari francesi: una universalità di cittadini. È al contrario una comunità segnata da divisioni e contrasti, che possono far capo al singolo o alle più disparate formazioni intermedie tra l'individuo e lo Stato: formazioni particolari istituite dall'ordinamento statale, ma anche e soprattutto di carattere volontario.

Insomma, la sovranità popolare può essere intesa come vicenda unitaria, ma è pur sempre radicata in una comunità comprendente entità distinte, tutte investite del diritto di concorrere alla formazione dell'indirizzo politico⁷². Lo è necessariamente, dal momento che il popolo comprende individui dotati di forza sociale differente, quindi portatori di interessi e aspettative non riducibili a unità, se non attraverso forzature destinate in ultima analisi a nascondere la dimensione collettiva delle differenze. Giacché le disparità quanto a forza sociale, sebbene interessino l'individuo, sono legate a vicende condivise quali il ruolo ricoperto entro il sistema di produzione e consumo dei beni, o l'appartenenza di genere o la condivisione di altri tratti identitari. Il tutto alla base del conflitto sociale e dunque della dialettica tra poteri e contropoteri, che in democrazia costituisce il motore delle dinamiche economiche e politiche ben oltre il momento in cui il popolo designa i suoi rappresentanti, e con ciò coloro i quali sono chiamati a esprimere la volontà popolare. Tutto il contrario di quanto si sostiene in ambito neoliberale, dove si punta a polverizzare il potere in quanto la sua concentrazione costituisce un attentato al corretto funzionamento della concorrenza, e in ultima analisi un ostacolo alla spolticizzazione del mercato.

Certo, questo modo di intendere l'esercizio della sovranità popolare appare in linea con la Carta fondamentale italiana, o almeno con le letture nel tempo accreditatesi, ma non anche con altri articolati: ad esempio quelli francese e tedesco. Nel primo ci si limita a dire che «la sovranità nazionale appartiene al popolo, che la esercita attraverso i suoi rappresentanti e per via referendaria» (art. 3): qui è evidente la volontà di enfatizzare il popolo in quanto entità unitaria, in linea con una tradizione incentrata sul tema della nazione⁷³. Come del resto si ricava dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che notoriamente fa parte del blocco di costituzionalità, dove si afferma solennemente che «il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione» (art. 3). Similmente la Carta tedesca afferma che «tutto il potere statale deriva dal popolo» e che esso «viene esercitato attraverso elezioni e votazioni, e attraverso gli organi incaricati della legislazione, dell'esercizio del potere esecutivo e della giurisdizione» (art. 20).

⁷¹ J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* (1762), Milano, 1965, 29 ss. e 40 s.

⁷² Esplicita sul punto una risalente dottrina italiana appena ricordata: V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., 123 ss.

⁷³ Questo aspetto viene enfatizzato nella giurisprudenza costituzionale: ad es. Cons. constitutionnel, 30 dicembre 1976 n. 71.

Peraltro anche dagli articolati francese e tedesco si può ricavare un'attenzione per le divisioni e i conflitti interni al popolo, la cui rappresentazione in termini unitari non implica dunque la riproposizione dello schema predisposto da Rousseau: non porta cioè a proporre l'equazione che identifica il popolo con un ente collettivo unitario e omogeneo. Al contrario si sottolinea la distinzione tra lo Stato e la società, e si chiarisce come nella seconda si possano distinguere conflitti di interessi che i pubblici poteri devono dirimere sostenendo i portatori di debolezza sociale⁷⁴.

6. Sovranità, democrazia politica e democrazia economica

Abbiamo finora detto della sovranità popolare come vicenda chiamata a impedire la pervasività della sovranità statale, e della spoliticizzazione del mercato indotta dal federalismo hayekiano mutuato dalla costruzione europea come fonte dei medesimi mali di cui afferma di essere la cura. Possiamo ora sviluppare queste riflessioni prendendo in considerazione le trasformazioni subite nel tempo dagli attributi della statualità in virtù del suo essere oramai plasmata dalla sovranità popolare. Trasformazioni che rendono quantomeno non più attuale lo schema utilizzato da chi reputa la prima, e quindi anche la seconda, condannate e divenire catalizzatrici di conflitti interni ed esterni.

Di più. Per molti aspetti i fautori del federalismo sembrano far riferimento a modelli ancorati ai tempi della Pace di Westfalia, quando la sovranità statale è nata come risposta alla crisi dei poteri universali e come argine al loro rappresentare un limite al suo esercizio. Lo Stato moderno era infatti sovrano in quanto rivendicava la sua supremazia rispetto alle autorità esterne, e in particolare rispetto al Papato e all'Impero: entità in eterno conflitto, ma entrambe votate a contenere il raggio di azione delle entità statuali, le quali fecero finalmente leva sulla forza escludente dei loro confini per contrastare l'universalismo politico di matrice medievale. E a essere ridimensionate erano anche le autorità interne: i poteri di Antico regime che rivendicavano privilegi e immunità in massima parte ricalcate sulla tradizionale struttura cetuale della società, con ciò impedendo l'accentramento del potere politico⁷⁵.

Nel nuovo schema non vi era evidentemente spazio per considerare il popolo diversamente da un mero elemento costitutivo dello Stato. Quest'ultimo venne per molto tempo ritenuto l'unico centro di imputazione dei poteri sovrani, così come sostenuto in particolare dalla dottrina tedesca: secondo cui al popolo spettava unicamente eleggere i propri rappresentanti e dunque formare il parlamento, cioè svolgere una funzione, ma non anche esercitare un diritto⁷⁶. Non è però questo lo schema che prevale alla conclusione del secondo conflitto mondiale, quando pure

⁷⁴ Già E. Stein, *Demokratie*, in *Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, Neuwied e Darmstadt, 1989, 1313 ss.

⁷⁵ Ad es. G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, cit., 255.

⁷⁶ V.E. Orlando, *Del fondamento giuridico della rappresentanza popolare* (1895), in Id., *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954, 417 ss. Rappresentativo della dottrina tedesca richiamata è ad es. P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 3 voll., Tübingen, 1876-1880.

lo Stato era considerato espressione di una sovranità inevitabilmente insidiosa per la pace, così come si ricaverebbe in modo esemplare dalla sorte del patto Briand-Kellogg's di rinuncia alla guerra⁷⁷.

Più precisamente, lo Stato capace di combinare sovranità e presidio della pace non è quello la cui sovranità viene stemperata entro una costruzione pensata per spoliticizzare lo stare insieme come società. È quello plasmato dal costituzionalismo i cui caratteri emergono come reazione alla dittatura fascista, sia quelle conclusesi con la fine del secondo conflitto mondiale, come nelle esperienze italiana e francese⁷⁸, sia quelle la cui fine si colloca in una fase successiva, come in Grecia, Portogallo e Spagna. Qui si è voluto reagire a quanto abbiamo identificato come essenza di quella dittatura, ovvero il suo concepire l'azzeramento delle libertà politiche come funzionale alla riforma delle libertà economiche: combinazione alla base del conflitto mondiale, che dunque non emerge come conseguenza dell'esercizio della sovranità *tout court*, bensì del suo impiego finalizzato a riformare il mercato senza considerare le ricadute sulla partecipazione democratica e sulla redistribuzione della ricchezza. Il tutto nell'ambito di un ordine comprendente lo sviluppo dello Stato sociale in continuità con lo schema che in area europea aveva determinato la sua nascita, dettata dalla volontà di retribuire la rinuncia alla lotta politica⁷⁹: «il principio basilare fascista della collaborazione trova la sua più nobile espressione nella previdenza sociale», per cui «le garanzie del lavoratore devono essere attuate non in nome della difesa dell'individuo in sé, ma in quanto esso rappresenta un'entità della ricchezza e dell'energia della nazione»⁸⁰.

Per impedire che l'ordine politico potesse essere subordinato alle necessità dell'ordine economico, e che il sistema delle prestazioni sociali fosse concepito come contropartita per la fedeltà al potere costituito, occorre per un verso definire un sistema di diritti sociali attuativi del principio di parità sostanziale, e per un altro concepire quest'ultima come un fondamento della sovranità popolare. Il che costituisce come è noto un tratto essenziale della Costituzione italiana, dove si definisce in capo ai pubblici poteri il dovere pubblico di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana», oltre che «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3).

Possiamo sintetizzare nel modo seguente la novità introdotta: se prima la libertà e l'uguaglianza costituivano il presupposto per l'esercizio della sovranità popolare, ora questa richiede anche la solidarietà. E la solidarietà deve affermarsi

⁷⁷ Che pure una recente dottrina ha rivalutato e identificato come l'origine del moderno diritto internazionale: O.A. Hathaway e S.J. Shapiro, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo* (2017), Vicenza, 2018.

⁷⁸ Un discorso a parte merita l'esperienza tedesca, tuttavia a causa delle pressioni esercitate dalle forze di occupazione sulla redazione della Legge fondamentale e non certo per la mancanza di un consenso diffuso attorno ai caratteri del costituzionalismo del dopoguerra: citazioni in A. Somma, *La dittatura dello spread*, cit., 89 ss.

⁷⁹ Il riferimento è all'esperienza prussiana: ad es. G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale* (1991), Roma e Bari, 1996, 61 ss.

⁸⁰ G. Bottai, *La Carta del lavoro*, Roma, 1927, 196 s.

fuori dal mercato, attraverso il sistema della sicurezza sociale, ma anche nel mercato, con il bilanciamento della debolezza sociale attraverso la forza giuridica, ovvero con il riconoscimento di diritti pensati per superare gli ostacoli allo sviluppo della persona umana nell'ambito delle relazioni economiche. È questo il senso di un nuovo modo di intendere la libertà rispetto a quello tipico del costituzionalismo ottocentesco, interessato a disciplinare i soli rapporti tra il cittadino e l'autorità pubblica, e in ultima analisi a edificare e presidiare un ordine incentrato sulla sola democrazia politica. Rilevano ora anche le relazioni tra l'individuo e la società e soprattutto il mercato, ovvero tra il primo e l'autorità privata, quindi un profilo attinente alla democrazia economica in quanto condizione per la sua emancipazione. Profilo rispetto al quale l'affermazione dei diritti politici, e con ciò l'esercizio della sovranità popolare, assume carattere strumentale, costitutivo del nuovo modo di intendere e promuovere la libertà e l'uguaglianza⁸¹.

Altrimenti detto, l'affermazione del principio della sovranità popolare richiede che siano assicurati i diritti della tradizione liberale, ovvero i diritti di libertà: alla libera manifestazione del pensiero, alla libertà personale, alla libertà di associazione, alla libertà di movimento, alla libertà di religione, e così via. È però altrettanto indispensabile la garanzia dei diritti sociali, ovvero la promozione, tra gli altri, del diritto all'istruzione, alla salute, al mantenimento e all'assistenza sociale, a mezzi adeguati alle esigenze di vita per i lavoratori colpiti da infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria. Tutti i diritti richiamati sono strettamente legati alla sovranità popolare, se non altro in quanto dalla loro previsione essa emerge come vicenda condizionata dall'assetto di rapporti di forze che il diritto è chiamato a perequare. In questo senso l'esercizio dei diritti sociali, esattamente come dei diritti di libertà, costituisce «espressione permanente di sovranità popolare», fondamento per la trasformazione del cittadino in «sovrano di se stesso»⁸².

Ma non è tutto. Se la sovranità popolare richiama l'uguaglianza in quanto presupposto della libertà, l'essere il lavoro esplicitamente elevato dal costituzionalismo del dopoguerra a veicolo di libertà dal bisogno, rende la sua garanzia un fondamento della sovranità popolare: anche e soprattutto quando determina una compressione del principio di concorrenza. La garanzia del lavoro è insomma un elemento centrale nella qualificazione del modello di democrazia in termini di democrazia reale, ovvero di «autogoverno del popolo a cui appartiene la sovranità». Con ciò marcando la differenza rispetto alla democrazia formale o «senza *demos*»⁸³, e aprendo alla possibilità che di partecipazione si possa discutere anche con riferimento a «tutti gli spazi in cui si esercita un potere che prende decisioni vincolanti per un intero gruppo sociale»: inclusi quelli tradizionalmente tenuti al riparo dalla sovranità popolare, come in particolare l'impresa. È del resto

⁸¹ Già V. Crisafulli, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, 73 ss.

⁸² T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997, 214.

⁸³ U. Romagnoli, *Sub Art. 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna e Roma, 1975, 162.

considerando questi spazi che si può misurare il grado di sviluppo di una democrazia, senza dubbio dipendente dal «numero di coloro che hanno diritto di partecipare alle decisioni che li riguardano», ma anche e soprattutto dall'incremento degli «spazi in cui possono esercitare questo diritto»⁸⁴.

Giungiamo così a definire ulteriormente i caratteri della statualità che i federalisti reputano incapace di assicurare la pace, e che invece emerge come presidio di quel valore innanzi tutto in quanto promuove a monte un suo presupposto fondamentale: la giustizia sociale e a tal fine il carattere politico del mercato in quanto luogo in cui si confrontano interessi contrapposti. Di qui la centralità della democrazia economica a completamento della democrazia politica, la cui affermazione si rende indispensabile nella misura in cui consente di fronteggiare gli squilibri alimentati dalla sovranità priva dei correttivi a cui ci siamo finora riferiti. Il tutto, come abbiamo detto, da reputarsi una caratteristica del costituzionalismo i cui tratti fondativi si delineano in quanto reazione all'esperienza fascista.

Forse un simile schema non trova pieno riscontro nel Preambolo alla Costituzione della Quarta Repubblica francese, che come è noto viene richiamato dalla Costituzione vigente e che in quanto tale integra il blocco di costituzionalità: lì si ritrova un catalogo di diritti sociali, e tuttavia questo non viene completato da un esplicito riferimento alla parità in senso sostanziale. Lo stesso non può però dirsi per le Carte fondamentali degli altri Paesi prima ricordati, dove emerge con maggiore nettezza la reazione alla dittatura fascista.

La Costituzione greca del 1975 venne scritta mentre il Paese, dopo l'implosione della cosiddetta dittatura dei colonnelli instauratasi nella seconda metà degli anni Sessanta, era governato da una maggioranza conservatrice, che resterà al potere sino al principio degli anni Ottanta. Ciò non di meno la Costituzione enuncia in termini espliciti il principio di parità sostanziale e lo pone in stretta relazione con il tema della sovranità popolare: oltre a menzionare alcuni diritti sociali, riconosce il diritto di «partecipare alla vita sociale, economica e politica del Paese», e aggiunge che «tutti gli organi dello Stato hanno l'obbligo» di garantire il «libero ed efficace esercizio» dei «diritti dell'uomo inteso come individuo e come membro dell'insieme sociale» (art. 25).

Simile il contenuto della Costituzione spagnola del 1978, confezionata durante una transizione pacifica dalla dittatura franchista alla democrazia diretta da forze centriste, al potere sino al principio degli anni Ottanta. Il testo reca in apertura una formula mutuata dalla Legge fondamentale tedesca, ovvero che quello spagnolo è uno «Stato sociale democratico e di diritto» (art. 1). Diversamente dal testo tedesco, però, menziona anche i diritti sociali e soprattutto enuncia il principio di parità sostanziale in termini espliciti anche per quanto attiene al nesso con la sovranità popolare: «è compito dei pubblici poteri promuovere le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza» siano «reali ed effettive», quindi «rimuovere gli ostacoli che impediscono o rendono difficile la

⁸⁴ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 14 s.

loro realizzazione e agevolare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale» (art. 9).

Lo stesso dicasi per la Costituzione portoghese, nata nel 1976 in un clima ancora condizionato dagli eventi rivoluzionari che portarono alla sconfitta della dittatura fascista. Di qui l'ispirazione democratica e comunista insieme, particolarmente evidente nella precisazione che la Repubblica è «fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare e impegnata nella sua trasformazione in una società senza classi» (art. 1). Il clima, però, mutò ben presto e la vita politica portoghese finì per essere dominata da formazioni più moderate, a cui si devono due revisioni della Costituzione nelle sue parti più compromesse con l'ideologia comunista: nel 1982 e nel 1989⁸⁵. Altre cinque revisioni tra il 1992 e il 2005 si preoccuparono tra l'altro di favorire il coordinamento della Carta fondamentale portoghese con i Trattati europei. Non venne però toccato, e al limite venne rafforzato, l'ampio catalogo dei diritti sociali, così come l'indicazione per cui spetta ai pubblici poteri «promuovere l'uguaglianza tra i cittadini mediante la trasformazione delle strutture economico sociali» (art. 81). Neppure venne intaccata la disposizione, il cui tenore è quello relativo alla revisione del 1992, per la quale lo Stato garantisce l'«effettività dei diritti e delle libertà fondamentali», e inoltre «si propone la realizzazione della democrazia economica, sociale e culturale e il rafforzamento della democrazia partecipativa» (art. 2).

Stando così le cose, non è certo un caso se proprio i Paesi tradizionalmente legati al costituzionalismo antifascista sono particolarmente insidiati dalle istituzioni preposte alla diffusione del modello neoliberale: come in particolare l'Unione europea⁸⁶. Non stupisce dunque se proprio la Grecia, il Portogallo e la Spagna hanno subito forme di ristrutturazione del debito sovrano legate alla concessione di prestiti condizionati, ovvero all'adozione di riforme volte ad azzerare la possibilità di politiche in linea con i canoni della democrazia economica⁸⁷. Sono del resto gli stessi Paesi cui ha fatto riferimento una pubblicazione di J.P. Morgan, il colosso finanziario statunitense tra i principali responsabili della crisi dei mutui *subprime*, che ha criticato le loro costituzioni perché recano tracce indelebili della «forza politica guadagnata dai partiti di sinistra al crollo del fascismo»: tengono in elevata considerazione la tutela dei diritti dei lavoratori e rispettano «il diritto di protestare nel caso in cui si imprimano cambiamenti non condivisi dello *status quo*»⁸⁸.

⁸⁵ Anche le prime revisioni sono state imposte per imporre al Paese una disciplina dell'ordine economico in linea con i desiderata europei, finalità per la quale il Fondo monetario è stato incaricato di erogare prestiti combinati con il meccanismo delle condizionalità: cfr. J.S. Lopes, *Imf Conditionality: The Stand-By Arrangement with Portugal 1978*, in J. Williamson (a cura di), *Imf Conditionality*, Washington, 1983, 475 ss.

⁸⁶ V. M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, 339 ss. In prospettiva generale F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016.

⁸⁷ Cfr. A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contratto e impresa*, 2016, 124 ss.

⁸⁸ J.P. Morgan, *The Euro Area Adjustment: About Halfway There* (28 maggio 2013), <https://culturaliberta.files.wordpress.com/2013/06/jpm-the-euro-area-adjustment-about-halfway-there.pdf>.

Queste affermazioni offrono riscontri definitivi circa il nesso tra il federalismo di matrice hayekiana e la sua essenza di dispositivo destinato a spoliticizzare il mercato, votato cioè a impedire l'edificazione e lo sviluppo della democrazia economica: preconditione per l'emancipazione individuale e sociale, ovvero fondamento della giustizia sociale e con ciò presidio primo contro il ripetersi delle condizioni alla base dello scoppio del secondo conflitto mondiale.

Ci si potrebbe chiedere se vi siano spazi per un diverso federalismo, e più precisamente se la versione che abbiamo etichettato come socialista, non ostile a un accettabile equilibrio tra capitalismo e democrazia, possa rappresentare una valida alternativa per lo sviluppo della costruzione europea in forme idonee a prevenire la spoliticizzazione del mercato e dunque a renderla un presidio della pace. La risposta non può però essere affermativa, semplicemente perché la costruzione europea si è nel tempo attrezzata per neutralizzare qualsiasi moto verso un suo sviluppo in forme incompatibili con l'ortodossia neoliberale. È forse possibile invertire la rotta, tuttavia solo passando da un recupero della dimensione statale in quanto arena entro cui la sovranità popolare può tornare a rendere storicamente possibile un ripristino del controllo dell'ordine politico sull'ordine economico: in assenza di un simile passaggio, il federalismo non potrà che rafforzarsi come presidio di idealità incapaci di promuovere la giustizia sociale, in quanto tali minacciose per la pace.

La Costituzione cubana del 2019

SEZIONE MONOGRAFICA

a cura di Lorenzo Cuocolo

DPCE ONLINE

2037-6677

La Costituzione cubana del 2019, in bilico tra tradizione e innovazione

di Lorenzo Cuocolo

Abstract: The 2019 Cuban Constitution, poised between tradition and innovation – This paper introduces the monographic section that analyses the new Constitution of Cuba. In particular, it focuses on the more general context in which the analysis conducted by the several contributions is developed and highlights the *fil rouge* of the section.

Keywords: Constitutionalism; Cuba; Latin America; Socialism; Sovereignty.

1. – Presentiamo di seguito il primo commento organico alla nuova Costituzione cubana del 2019.

Lo studio del nuovo testo richiede anzitutto una riflessione sistematica, volta a comprendere come esso si collochi rispetto alla cornice ideologica socialista e ai caratteri comuni delle Costituzioni latino-americane.

Partendo da quest'ultimo aspetto, il contributo di Anna Mastromarino¹ mette in luce quanta cautela sia necessaria per includere l'esperienza cubana fra quelle della tradizione costituzionale latino-americana, nonostante il mero dato geografico. In particolare, sembra che la riforma cubana possa difficilmente ricondursi all'esperienza del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* (NCL), nonostante le dichiarazioni del Partito comunista cubano, sia per l'impostazione di fondo, sia per alcune declinazioni di dettaglio. Con riferimento agli aspetti fondativi, in particolare, la nuova Costituzione cubana risulta fortemente ancorata, tutt'oggi, alle radici socialiste di matrice leninista, che non consentono una piena affermazione di principi centrali nel nuovo costituzionalismo latinoamericano, a cominciare da quello della partecipazione dal basso ai processi costituenti (considerati come un vero atto politico volto ad affermare la superiorità del popolo sul potere costituito). Ciò trova conferma proprio nel processo di redazione della Costituzione del 2019, che ha sì visto un dibattito pubblico, ma svolto prevalentemente su un testo confezionato dal potere costituito.

In questa prospettiva, dunque, lo sforzo riformatore cubano si pone nel segno della continuità e non della rottura, pur presentando apprezzabili elementi di novità, che dovranno essere valutati alla prova dei fatti e della concreta attuazione costituzionale.

¹ Cfr. A. Mastromarino, *La Costituzione cubana del 2019 nel contesto del nuevo constitucionalismo latinoamericano: un dialogo regionale possibile?*, infra, 465 ss.

2. – Uno degli angoli di indagine più importanti è senz'altro quello della forma di governo. Il nuovo testo costituzionale presenta forti cambiamenti rispetto a quello precedente, come sottolinea Maria Chiara Locchi² nel suo contributo. In particolare, viene istituita la figura del Presidente della Repubblica, capo dello Stato, nonché quella del Primo Ministro, che assorbe funzioni in precedenza svolte dal Presidente del Consiglio di Stato (peraltro ancora centrale nell'assetto del potere politico). Il nuovo disegno della forma di governo è complesso e senz'altro originale, contando su una sorta di "tricefalismo" di non facile decifrazione: se, da un lato, può senz'altro dirsi che – formalmente – sia stata superata l'impostazione che vedeva la concentrazione di tutto il potere esecutivo nelle mani del Presidente del Consiglio di Stato, dall'altro lato non è facile comprendere come – in concreto – tale potere sarà distribuito tra i tre organi che lo incarnano. Probabilmente gli equilibri deriveranno anche dalle personalità che ricopriranno le varie cariche, con il rischio di contrapposizioni e scontri che potrebbero anche portare a crisi nel funzionamento delle istituzioni. Non si dimentichi, poi, che tutto ciò deve essere letto alla luce delle rinnovate previsioni costituzionali sul partito comunista, unico e addirittura rafforzato rispetto al testo costituzionale precedente. Questo dato, unito alla derivazione assembleare di tutte e tre le cariche titolari del potere esecutivo (essendo stata respinta la proposta di elezione popolare del Presidente della Repubblica), impone una lettura della forma di governo alla luce della formula politica, piuttosto che sulla base delle previsioni formali contenute in Costituzione.

458

3. – E, dunque, in quest'ottica, assume un ruolo centrale il Partito Comunista Cubano (PCC), che l'art. 5 della Costituzione qualifica espressamente come partito unico, in ciò superando ed irrigidendo le previsioni della Costituzione precedente. Fino alla riforma del 2019, infatti, nonostante il PCC fosse l'unico partito presente sulla scena politica cubana, non vi era un espresso vincolo costituzionale in tal senso. Oggi, al contrario, come nota nel suo saggio Maria Angela Orlandi³, il partito è definito come «único, martiano, fidelista, marxista y leninista», anche se – poi – si precisa che il partito si basa sul carattere democratico e sul rapporto permanente con il popolo. Non è ancora possibile immaginare come quest'ultima previsione sarà attuata, anche se è verosimile che – quantomeno – porterà ad una più puntuale convocazione dei Congressi di partito e delle altre occasioni di dialogo tra gli iscritti.

Come si vedrà, dunque, il ruolo del PCC non subisce sensibili variazioni in conseguenza della riforma costituzionale del 2019. Al contrario, esso si conferma il fulcro delle dinamiche istituzionali e – come si accennava – del vero funzionamento del regime politico. Tutte le decisioni principali passano, direttamente o indirettamente, dalla volontà del Partito. Così come tutte le cariche istituzionali più significative sono, direttamente o indirettamente, riconducibili al Partito.

Con riferimento a quest'ultimo profilo è bene sottolineare come la Costituzione non riservi al PCC la presentazione delle candidature alle cariche elettive. Al contrario, l'art. 80 consente a tutti i cittadini cubani di presentare

² Cfr. M.C. Locchi, *La forma di governo nell'evoluzione del costituzionalismo cubano*, infra, 481 ss.

³ Cfr. M.A. Orlandi, *Il partito comunista nella nuova Costituzione cubana*, infra, 499 ss.

candidature per le elezioni. Tale apparente apertura democratica è tuttavia frustrata nei fatti dal “filtro” svolto dalle *Comisiones de candidaturas*, che sono indirettamente condizionate dal PCC e che, di fatto, hanno il potere di consentire solo le candidature gradite al Partito. Controprova fattuale di ciò è data dall’elevatissimo numero di iscritti al PCC tra gli eletti alle principali cariche elettive nell’ultima tornata elettorale.

Vi sono, tuttavia, due elementi che possono in prospettiva modificare (e forse attenuare) il ruolo del PCC nelle dinamiche politico-istituzionali cubane. Il primo è dato dal riconoscimento, all’art. 7 Cost., della Costituzione quale fonte suprema, in grado di vincolare gli organi dello Stato e anche il Partito. Il secondo è dato dalla previsione dell’art. 99 Cost., che consente una diretta tutela dei diritti della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Il concreto funzionamento delle due norme da ultimo richiamate è però rimesso alle leggi che ne daranno attuazione, nonché ad un sistema di garanzie che – come si dirà nel seguito – è tutt’altro che soddisfacente. È pertanto prematuro sbilanciarsi sulla portata di previsioni che possono rivelarsi molto meno dirimpenti di come appaiono sulla carta.

4. – Quanto appena accennato introduce il complesso capitolo del sistema delle fonti del diritto, che viene trattato da Romano Orrù⁴. Così come per la posizione della Costituzione, anche per le altre, numerose, fonti del diritto in essa previste non è semplice individuare un “sistema”, né, tantomeno, criteri ordinatori certi, a cominciare da quello gerarchico.

Anche sotto questo profilo, dunque, la nuova Costituzione mostra una continuità di fondo con quella precedente. Si può dunque rilevare ancora il carattere indeterminato e tendenzialmente aperto del sistema delle fonti cubano, che si giustifica alla luce di un approccio sostanzialista, che vede quale primo criterio ordinatore quello della dimensione del potere. La gerarchia, dunque, non intercorre tanto fra gli atti normativi, quanto fra gli organi che li producono, con una posizione di preminenza dell’Assemblea nazionale del potere popolare che, come si è detto, è nei fatti sotto il controllo del partito unico.

Anche la tradizionale distinzione tra fonti “dirette” e fonti “indirette”, dunque, non sembra determinante nella ricostruzione sistematica. Al contrario, l’unica lettura sembra passare dalla prospettiva sostanzialista e, pertanto, dalla ricostruzione delle fonti del diritto alla luce della forma di Stato e di governo cubana, incentrata come si è già rilevato sulla preminenza del PCC e del principio di dimensione del potere.

5. – Connesso al tema delle fonti del diritto è quello della partecipazione popolare alle procedure decisionali. Il contributo di Lucia G. Sciannella⁵ evidenzia la difficoltà nel dare un giudizio chiaro sugli esiti della riforma costituzionale. Se,

⁴ R. Orrù, *Il sistema delle fonti nella nuova Costituzione di Cuba del 2019*, infra, 517 ss.

⁵ L.G. Sciannella, *Il principio di partecipazione popolare nella nuova costituzione cubana*, infra, 557 ss.

infatti, il dato formale appare in continuità con la Costituzione precedente, il dato sostanziale (che, come si è detto, è quello determinante nell'analisi dell'ordinamento cubano) sembra segnare un crescente ricorso agli strumenti di democrazia partecipativa, chiaramente da intendersi *à la cubana*.

Dal punto di vista fattuale, l'esperienza più evidente e più significativa è proprio quella del procedimento di approvazione della nuova Costituzione, che ha visto, in vari momenti e in varie forme, il coinvolgimento del popolo cubano (nella sua interezza e nelle formazioni sociali intermedie). Di tale percorso, come si è già avuto modo di accennare, si possono dare valutazioni in chiaroscuro. Se, infatti, è indubitabile un capillare coinvolgimento della cittadinanza nel percorso di formazione della Costituzione, è altrettanto vero che i pareri espressi dal popolo non hanno vincolato le scelte definitivamente approvate dall'Assemblea nazionale del potere popolare. È il caso, ad esempio, della forte richiesta per una elezione diretta del Presidente della Repubblica, poi scartata nel testo finale.

L'indubbio coinvolgimento della popolazione nella fase di elaborazione della Costituzione può senz'altro rappresentare un precedente significativo per il futuro. Gli strumenti di coinvolgimento del popolo nei processi decisionali sono dettagliatamente elencati nell'art. 80 Cost. Tuttavia, il più significativo resta, come nella Costituzione precedente, l'istituto referendario, che può essere utilizzato tutte le volte che sia necessario raccogliere il parere del corpo elettorale e – soprattutto – nella procedura di revisione costituzionale.

È altresì il caso di sottolineare come l'art. 3 Cost. affermi solennemente che la sovranità risiede «intransferibilmente» nel popolo. Tale riconoscimento, tuttavia, viene inevitabilmente temperato (se non frustrato) dall'assetto complessivo della forma di governo cubana che, come detto, vede una posizione centrale del Partito comunista cubano, i cui vertici non sono elettivi e, dunque, sono sottratti alla sovranità popolare.

Legato al fondamentale rapporto tra Stato e cittadini è poi il tema delle autonomie territoriali, la cui nuova disciplina costituzionale, analizzata da Antonello Tarzia⁶, si pone in una sostanziale linea di continuità rispetto al testo previgente, nonostante alcune innovazioni significative. Infatti, per un verso, il nuovo testo costituzionale riconosce autonomia e personalità giuridica del Municipio, mentre specifica attenzione è dedicata alle pretese partecipative della comunità dell'ente locale; per altro verso, però, non trovano seguito le numerose proposte avanzate negli anni per meglio tutelare le autonomie di fronte al centralismo della decisione politica.

6. – Un tema che può apparire eccentrico, ma che è in realtà centrale per comprendere le concrete dinamiche della forma di governo cubana è quello della procedura di approvazione del bilancio, di cui si occupa Luigi Testa⁷. Senza entrare

⁶ A. Tarzia, *L'organizzazione territoriale nella nuova Costituzione cubana. Molto rumore per nulla?*, infra, 585 ss.

⁷ L. Testa, *Il bilancio in Parlamento nella nuova Costituzione cubana: un'occasione mancata?*, infra, 613 ss.

nel dettaglio, è appena il caso di sottolineare come la nuova Costituzione non abbia sostanzialmente mutato le previsioni in materia di *budget process* rispetto al testo precedente. Le norme positive sono assai scarse, e si limitano a prevedere come il progetto di bilancio sia presentato dal Governo (con una netta preminenza del ruolo del Primo ministro) al Parlamento (art. 108 e 137 Cost.). La presentazione avviene tramite un progetto di legge unitario, circostanza che – apparentemente – riduce il potere emendativo dell'Assemblea nazionale. A ciò si aggiunga (esaminando la normativa vigente) il termine molto ristretto (circa un mese) per l'esame e l'approvazione. Circostanze che, a prima lettura, sembrano porre l'esecutivo in una posizione di preminenza nel *budget process*. In verità, anche queste norme debbono essere lette alla luce della particolare forma di governo cubana e dei rapporti di sostanziale dipendenza del Governo dall'Assemblea nazionale del potere popolare e di questa dal partito.

7. – Uno dei capitoli più ricchi della nuova Costituzione cubana è quello dei diritti, di cui si occupa anzitutto Giuseppe Franco Ferrari⁸. Il catalogo è ampio e variegato, come nella Costituzione precedente e come – in generale – nelle Costituzioni di stampo socialista. Come è facile immaginare, tuttavia, si registra una forte discrasia tra quanto previsto sulla carta e quanto garantito in concreto, sia con riferimento ai diritti civili e politici, sia con riferimento ai diritti economici. Partendo da questi ultimi, la situazione cubana è fortemente condizionata anche dalla dimensione internazionale e – in questi ultimi anni – dal cambio di presidenza negli Stati Uniti d'America, che ha certamente irrigidito un rapporto non facile. La stagnante situazione economica dell'isola, legata alla difficoltà di fruttuosi rapporti di scambio internazionale, lascia come precipitato nel nuovo testo costituzionale un'impostazione ibrida che, come si vedrà, se da un lato conferma formalmente l'impostazione socialista classica (impostata anzitutto sulla proprietà pubblica), non esclude spazi di azione per l'iniziativa privata, né istituti volti ad attrarre sull'isola il capitale straniero.

Con riferimento ai diritti civili, la Costituzione – ad una prima lettura – contiene un catalogo non dissimile da molte Carte di stampo liberal-democratico, con un forte accento sulla dignità umana e sul principio di uguaglianza. Sono temi, indagati nel saggio di Mia Caielli⁹, che mostrano alcuni interessanti spunti di novità rispetto al testo precedente, a cominciare dall'espresso riferimento alla «*equidad*», a fianco della «*igualdad*», che prelude ad una interpretazione sostanziale del principio di uguaglianza, poi variamente dettagliata nel testo costituzionale.

Anche i numerosi riferimenti alla dignità umana meritano attenzione, come dimostra Vincenzo Lorubbio¹⁰ nella sua indagine. Le enunciazioni di principio sulla dignità, infatti, trovano dettagliate declinazioni nel testo costituzionale con riferimento alle diverse categorie di soggetti vulnerabili. Particolare attenzione è

⁸ G.F. Ferrari, *I diritti nel modello socialista cubano*, infra, 629 ss.

⁹ M. Caielli, *Le declinazioni del principio costituzionale di eguaglianza e non discriminazione tra continuità e innovazione*, infra, 641 ss.

¹⁰ V. Lorubbio, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, infra, 661ss.

riservata a bambini, adolescenti e giovani, ma si segnalano anche disposizioni relative agli anziani e ai disabili, che sembrano – quantomeno indirettamente – influenzate dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani.

Come nella tradizione socialista, tuttavia, le libertà enunciate in Costituzione sono in larghissima parte rimesse alla concreta disciplina della legge e, comunque, funzionalizzate al perseguimento delle finalità socialiste. E ciò contribuisce a restituire un quadro concreto assai distante da quello scritto.

Volendo fare qualche esemplificazione, la libertà religiosa, indagata da Aristide Canepa¹¹, è riconosciuta in linea con quanto già previsto dal testo precedente. Viene tuttavia inserito in Costituzione un riferimento esplicito alla “laicità” dello Stato (art. 15); tuttavia, questo deve essere letto sia alla luce della tradizionale contrapposizione dell’ordinamento cubano con il fenomeno religioso, sia alla luce del complessivo assetto della forma di governo, che – come già ampiamente detto – vede nel partito unico e nel perseguimento delle finalità politiche di Stato l’obiettivo ultimo, in grado di piegare anche lo spazio riservato alla libertà religiosa.

8. – Anche il tema dei diritti politici è particolarmente significativo e si incentra, come già detto, sull’esistenza di un partito unico. Come nota Giammaria Milani¹², infatti, l’analisi dei diritti politici deve partire da ciò che manca, cioè la libertà di associazione politica. La nuova Costituzione, nel solco di quelle precedenti, rifiuta l’idea del pluralismo partitico come strumento di partecipazione democratica dei cittadini, pur prevedendo, a differenza del testo precedente, che la sovranità appartiene irreversibilmente al popolo (art. 3).

I numerosi strumenti di partecipazione politica, elencati in dettaglio dall’art. 80 della Costituzione, scontano dunque il peccato originale di un’ideologia di Stato, incarnata dal Partito comunista cubano, unico interprete degli obiettivi da perseguire tramite l’azione politica.

Ciò trova la più immediata ed evidente conferma nei procedimenti elettorali, condizionati dall’assenza di libertà di voto e dalla sostanziale mancanza di competizione tra candidati, confermata anche dal divieto di campagne elettorali e di forme di finanziamento dell’attività politica.

9. – Dal punto di vista formale, come ha notato Simona Rodriguez¹³, la nuova Costituzione si segnala per avere elevato al rango costituzionale le procedure elettorali ed i relativi controlli, prevedendo l’istituzione di un Consiglio elettorale nazionale (art. 211), dotato di autonomia funzionale (e, in ciò, richiamando implicitamente il concetto di *Poder Electoral* di Simón Bolívar), ma eletto dall’Assemblea nazionale del potere popolare e responsabile di fronte ad essa.

¹¹ A. Canepa, *Confessioni e libertà religiosa in un “Estado socialista de derecho”*. *Alcuni spunti di riflessione*, infra, 679 ss.

¹² G. Milani, *I diritti politici nella Costituzione cubana del 2019*, infra, 703 ss.

¹³ S. Rodriguez, *Il controllo sui procedimenti elettorali nella nuova Costituzione cubana. Riflessioni comparate*, infra, 715 ss.

Non diverso il discorso con riferimento ai diritti sociali, riconosciuti con grande enfasi dalla Costituzione, ma rimessi ad una futura improbabile attuazione, anche in considerazione delle condizioni economiche complessive dello Stato cubano.

Ma l'intero capitolo sui diritti deve essere letto alla luce degli strumenti di tutela dei medesimi. La nuova Costituzione dedica alle garanzie l'intero Capitolo VI del Titolo V. Anche sotto questo profilo, tuttavia, non pare che si possano registrare significative innovazioni rispetto al testo precedente, soprattutto in considerazione dell'intero sistema giudiziario, irrimediabilmente condizionato dal ruolo del partito unico e dall'ideologia di Stato, fin dal momento della scelta dei giudici.

10. – I diritti economici rappresentano il cuore della nuova Costituzione cubana (art. 18-31). Come nota Francesco Gallarati¹⁴, il testo del 2019 rappresenta una sostanziale conferma dei principi dell'economia di Stato cubana, pur introducendo alcune novità di rilievo non trascurabile.

I quattro pilastri della Costituzione del 1976 vengono complessivamente confermati: anche nel nuovo testo, infatti, si rinviene l'affermazione della proprietà socialista dei mezzi fondamentali di produzione come forma principale di proprietà; il rifiuto del sistema di produzione capitalista basato sullo sfruttamento dell'uomo sull'uomo; l'affermazione del principio di distribuzione socialista "da ciascuno secondo le proprie capacità, a ciascuno secondo il proprio lavoro", nonché il riconoscimento della pianificazione statale quale componente centrale del sistema di direzione dello sviluppo economico.

Fra gli aspetti di maggior rilievo si deve notare come la nuova Costituzione qualifichi la proprietà socialista dei mezzi di produzione quale forma "principale" di proprietà. Tale aggettivazione ha favorito diverse interpretazioni in dottrina. In attesa di vedere quali ripercussioni pratiche avrà, si può senz'altro dire che la proprietà socialista è mantenuta come forma ordinaria, rivestendo le altre proprietà un carattere eccezionale.

Nondimeno rileva l'introduzione in Costituzione del possibile carattere "privato" della proprietà, seppur come ipotesi complementare e, dunque, secondaria, come approfondisce Myriam Iacometti¹⁵. Tale innovazione, che ha suscitato scalpore nei primi commenti, deve tuttavia essere letta alla luce del sistema complessivo. Già da tempo, infatti, viene riconosciuta sull'isola la cd. proprietà personale, che si esercita sui beni di consumo frutto del lavoro individuale. La proprietà privata in senso proprio, dunque, riguarda i mezzi di produzione, che possono ingenerare dinamiche capitaliste. Il nuovo riconoscimento costituzionale, in sostanza, è paragonabile a quello della libertà di impresa. Ma anche questa conquista, sicuramente importante, non appare come una rottura con il sistema precedente, bensì come una fotografia di conquiste già realizzate in via legislativa e

¹⁴ F. Gallarati, *La nuova costituzione economica cubana: qualche novità, molte conferme*, infra, 733 ss.

¹⁵ M. Iacometti, *Il diritto di proprietà in Cuba: dalla rivoluzione castrista alla Costituzione del 2019*, infra, 749 ss.

fattuale negli ultimi anni, soprattutto grazie alla diffusione dei cd. *cuentapropistas*, cioè di coloro che svolgono un'attività economica in proprio.

11. – Quanto ai diritti di più recenti “generazioni”, merita senz'altro segnalare l'attenzione della Costituzione cubana per il diritto dell'ambiente, come emerge dallo studio di Vincenzo Pepe¹⁶. La riforma del 2019, infatti, ha saputo intercettare le principali tendenze del diritto internazionale e, soprattutto, della recente tradizione latinoamericana, impostando la protezione dell'ambiente sui diritti della natura, sullo sviluppo sostenibile (art. 13) e sulla solidarietà intergenerazionale (art. 75). Si noti, soprattutto, che, con il nuovo testo, l'ambiente viene elevato da interesse della nazione a vero e proprio diritto soggettivo (art. 75), qualificato come diritto umano fondamentale (si pensi alla declinazione del diritto all'acqua contenuta nell'art. 76).

12. – Come già anticipato, la reale portata costituzionale dei diritti si infrange contro il muro delle mancate tutele e, soprattutto, dell'inefficacia del controllo di costituzionalità. Come indaga Mauro Mazza¹⁷, le previsioni della Costituzione del 2019 non alterano il modello di fondo precedente, basato su un controllo di costituzionalità sostanzialmente politico. Le nuove previsioni confermano un controllo “a cascata”, svolto da più organi sia centrali, sia periferici. Il fulcro resta, però, il controllo svolto dall'Assemblea popolare del potere nazionale, cioè il controllo parlamentare (e politico), che può svolgersi tanto in forma preventiva, quanto in forma successiva, sia nei confronti delle leggi, sia nei confronti dei decreti-legge e degli altri atti normativi generali.

Questa circostanza, inserita nei più ampi caratteri socialisti della forma di Stato e di governo, consente di concludere l'analisi della nuova Costituzione cubana all'insegna di una (timida) evoluzione, nel segno della continuità con il modello precedente.

Lorenzo Cuocolo
Dip.to di Scienze politiche
Università degli Studi di Genova
lorenzo.cuocolo@unige.it

¹⁶ V. Pepe, *Il diritto ambientale a Cuba tra principi costituzionali e nuove sfide ecologiche globali*, infra, 769 ss.

¹⁷ M. Mazza, *Il controllo di costituzionalità*, infra, 789 ss.

La costituzione cubana del 2019 nel contesto del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*: un dialogo regionale possibile?

di Anna Mastromarino

Abstract: The Cuban Constitution (2019) in the frame of the New Latin American Constitutionalism: can a regional dialogue be possible? – The new Constitution of Cuba, approved in 2019, is a product of the Cuban legal tradition, but also, actually, it is expression of the evolution in act in the constitutionalism of the Latin-American region. In this sense, it is important to consider, preliminarily, which is the impact of the socialist revolutionary Marxist Cuba's history on the new Constitution, in terms of legacy. At the same time, how the constitutional text has been influenced by the transformations that have long been affecting the Latin American region, contributing to create a new and original constitutional model, known as the *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Keywords: Cuba, Cuban Constitution, New Latin-American Constitutionalism, Regional constitutionalism.

465

1. Tra presente e passato

Sin dalla sua approvazione, la dottrina è stata concorde nel riconoscere nel testo della Costituzione del 1976 il tentativo di dare stabilità all'assetto rivoluzionario cubano, trascorsi diciassette anni dall'entrata in vigore della *Ley Fundamental* del 7 febbraio del 1959, che aveva contribuito a dare forma istituzionale alla rivoluzione.

Si trattava di una Carta, frutto di un processo democratico animato dal basso, che, richiamando il percorso ideologico intrapreso dal popolo cubano dopo la caduta di Fulgencio Batista, si inseriva nel solco del socialismo reale di matrice sovietica.

Non stupisce, pertanto, che, essendo progressivamente venuto meno il contesto internazionale e nazionale in cui quell'esperienza costituzionale si radicava, sia andata al contempo consolidandosi la volontà di intervenire con una revisione totale del testo costituzionale, che, pur non rompendo con la tradizione del 1976, potesse aprire una nuova fase costituzionale per Cuba.

Tenuto conto dei profondi cambiamenti politici, economici e sociali cui la Costituzione del 1976 aveva dovuto adattarsi con il trascorrere del tempo, in particolare e in maniera più macroscopica dopo il 2006 con la fine dell'era Fidel, nell'isola era andata crescendo la necessità di riallineare la formula politica organizzata con il testo costituzionale: in questo senso la nuova Costituzione

rappresenterebbe in primo luogo «un proceso jurídico-formal que recoge todo el proceso constituyente de carácter material tendente a refundar las relaciones económicas y sociales del sistema cubano que se ha producido desde la caída del campo socialista y durante las últimas casi tres décadas en la isla»¹.

Il testo entrato in vigore nel 2019, pertanto, non si limita a intervenire puntualmente su alcuni passaggi della Carta, come era capitato già nel 1978, nel 1992 e, infine, del 2002². Esso procede, piuttosto, a una modifica totale e in questo senso è al contempo figlio della tradizione giuridica cubana, ma anche, e inevitabilmente, espressione dell'evoluzione del pensiero costituzionale della regione latino americana che, negli ultimi tempi, non ha mancato di attirare l'attenzione della dottrina giuspubblicistica nel panorama del diritto comparato.

Vale, dunque, la pena chiedersi preliminarmente non solo quale sia il legato che la storia rivoluzionaria, marxista e socialista dell'isola di Cuba lascia in eredità alla nuova Costituzione, ma anche quanto la nuova Carta sia stata concretamente influenzata dalle trasformazioni che da tempo stanno interessando la regione, contribuendo alla definizione di un originale modello costituzionale conosciuto come *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (NCL), che a partire dalla fine degli anni Novanta ha trovato le sue più paradigmatiche espressioni in paesi come il Venezuela, l'Ecuador e la Bolivia, ossia in contesti ideologici assai vicini a quello cubano.

In tal senso, si tratta, dunque, di verificare se i cambiamenti che hanno riguardato l'ordinamento costituzionale cubano, pur dettati dalla necessità di un adattamento politico, possono dirsi ispirati anche da quei caratteri che, secondo una consolidata letteratura che fiorisce a partire dal dialogo tra la dottrina

¹ A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, in UNED. *Revista de Derecho Político*, n. 105, 2019, 361 ss., in particolare 376.

² La riforma del 1978 si limitò a modificare il nome dell'*Isla de Pinos*, la seconda per dimensioni dell'arcipelago cubano, ribattezzandola *Isla de la Juventud*, in onore di quei giovani che, in occasione del *Festival de la Juventud y de los Estudiantes*, vollero trasferirsi su questo piccolo territorio per sostenere con il loro lavoro e il loro impegno il cambiamento socioeconomico in atto in tutta Cuba. Di tutt'altro peso le riforme del 1992 e del 2002. Le modifiche intervenute nel 1992, in effetti, sono il frutto di una profonda crisi che riflette i rilevanti cambiamenti in atto sullo scacchiere internazionale dopo lo sfaldamento del blocco sovietico. Non si trattò di un intervento estetico ma di un incisivo ripensamento per quel che concerne la proprietà statale, la categoria delle cosiddette imprese miste; il monopolio dello Stato sul commercio estero; ma anche in relazione ad aspetti relativi alla forma di Stato essendo stati sanciti espressamente il principio di laicità dello Stato, la libertà religiosa e di coscienza, ed essendo stati rafforzati alcuni aspetti democratici del sistema intervenendo sul sistema elettorale e prevedendo alcune aperture, seppur timide, verso forme di decentralizzazione del potere, che pure non riuscirono nel complesso a scalfire l'idea del carattere unitario del potere e dell'azione politica. Nel 2002 si è proceduto alla riformulazione degli articoli 3, 11 e 137, provvedendo in particolare a dichiarare in forma irrevocabile la natura socialista di Cuba e la ferma opposizione dell'isola a stabilire relazioni internazionali di qualsiasi tipo sotto la minaccia di aggressioni o atti coercitivi da parte di forze straniere. Secondo quanto affermato dal testo della *Disposición especial de la Ley de Reforma Constitucional* del 26 giugno 2002, la fossilizzazione del regime socialista in Cuba rappresentava una «digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de los Estados Unidos». Per un'analisi prospettica delle riforme intervenute, si vedano, fra gli altri, M. Esèina, J.L. Dominguez, O.E. Pérez Villanueva, L. Barberia (coords.), *Desarrollo económico y social en Cuba. Reformas emprendidas y desafíos en el siglo XXI*, Ciudad de México, 2012; M. Burgos, *Análisis crítico constitucional de los cambios socio-jurídicos en la Cuba actual*, in *Revista Direito y Práxis*, Vol. 8, n.4, Rio de Janeiro, 2017.

spagnola e quella sudamericana³, sono considerati elementi essenziali di questa corrente di pensiero che va permeando in maniera più o meno profonda l'esperienza costituzionale dell'intero subcontinente.

Bisognerà convenire, infatti, sull'idea che, al di là dell'assenza di un consenso circa i confini temporali e geografici del fenomeno⁴ e dell'emergere di una letteratura critica rispetto al NCL come categoria autonoma se non proprio alternativa al modello del costituzionalismo democratico, è comunque possibile rintracciare alcuni elementi comuni a molti processi costituzionali in atto nell'area sudamericana negli ultimi venti/trent'anni: una convergenza che fa pensare a qualcosa di più di una mera coincidenza, dal momento che permette di tracciare le coordinate di una trasformazione ancora in atto che potrebbe aver manifestato la sua forza attrattiva anche nei confronti di Cuba.

Ne consegue che, pur non essendo questa la sede adatta per avviare un'analisi dettagliata di quelle che sono le tendenze che connotano in modo peculiare il costituzionalismo sudamericano contemporaneo⁵, è bene richiamare alcuni aspetti che possono contribuire a una narrazione del fenomeno, facilitando il successivo raffronto tra l'esperienza cubana e quella regionale.

In questo senso risulta piuttosto evidente, in alcuni casi in maniera più radicata e palese, in altri meno, ma comunque in forma generalizzata, l'imporsi di una tendenza regionale che punta alla ricerca di una sempre più ampia legittimità democratica dei processi decisionali, a fronte di secoli di esclusione politica di alcune fasce sociali e dell'abitudine a un assai diffuso basso livello di cultura costituzionale.

Si tratta, con ogni probabilità, di uno degli aspetti più pregnanti dell'esperienza costituzionale latinoamericana degli ultimi decenni; quello che più di ogni altro segna un punto di rottura rispetto al passato, legittimando il ricorso all'aggettivo *nuevo* per qualificare un modello di costituzionalismo che, rispetto agli anni precedenti, vive con maggiore intensità la tensione tra potere costituente,

³ Si è soliti riconoscere nella riflessione di Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, dell'Università di Valencia, in Spagna, l'origine del dibattito sul *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, che, come è facile immaginare, ha trovato ampia eco nella letteratura d'oltreoceano. Si veda in particolare R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in AA.VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, 2010; ID., *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*, in *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 25, 2010, 7-29; ID., *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 9, 2011, 1-24.

⁴ Per Rodrigo Uprimny (*Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, in C. Rodríguez Garavito (ccord.), *El derecho en América latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, 126), la famiglia del cosiddetto nuovo costituzionalismo latinoamericano può includere tutti i paesi che hanno intrapreso cambiamenti costituzionali dagli anni Ottanta a oggi, arrivando così a prendere in considerazione anche esperienze come quella brasiliana del 1988 e quella del Paraguay o del Perù del 1992 e 1993. Più cautamente, la dottrina preferisce non spingersi oltre il caso colombiano del 1991, il venezuelano del 1999, quello ecuadoriano e quello boliviano del 2008 e 2009.

⁵ Per un'analisi approfondita dedicata al nuovo costituzionalismo latinoamericano si rinvia a A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.2, 2020 (in corso di stampa).

sovranità popolare e costituzione⁶, nella costante ricerca di strumenti di coinvolgimento di tutti i gruppi sociali, compresa la componente indigena, nei processi politico-democratici, avviando così un processo in controtendenza, che difficilmente potrebbe essere etichettato come mera politica di tutela delle minoranze, dal momento che vi sono ordinamenti in cui gli appartenenti ai popoli originari rappresentano la maggioranza della popolazione e che gli istituti messi in campo mirano (forse non sempre in forma efficiente ed efficace, va ricordato) a una trasformazione a tutto tondo del rapporto tra cittadini ed esercizio del potere⁷.

Ne consegue che proprio i caratteri che per opinione condivisa e consolidata sono considerati elementi distintivi del nuovo costituzionalismo sudamericano finiscono con il trovare ragione d'essere proprio in questa tensione sempre attiva tra dimensione costituente e potere costituito.

Così per quel che concerne l'insistenza sul carattere rigido della costituzione e sulla sua supremazia; ma anche in riferimento al ruolo centrale affidato al potere costituente, custode privilegiato della costituzione a prescindere dalla funzione assegnata eventualmente agli organi della giustizia costituzionale. Così ancora nel proliferare degli strumenti di partecipazione popolare, che si innesta perfettamente in quello sforzo profuso per recuperare la radice ctonia⁸ del corpo sociale e della sua organizzazione attingendo a una tradizione che sposta il focus dell'azione costituzionale dalla visione antropocentrica dell'ideologia liberale a una impostazione "cosmocentrica", dove l'ecosistema della Terra diviene titolare di diritti costituzionalmente protetti e il numero dei diritti fondamentali riconosciuti si estende come mai prima.

Siamo davanti a costituzioni certamente originali, ma anche complesse ed estremamente ampie nel tentativo di dare una risposta concreta alla difficoltà di recuperare la tradizione precolombina senza abbandonare il solco tracciato dal costituzionalismo democratico, anzi attingendo per quanto è possibile dall'insegnamento della dottrina neocostituzionalista⁹, che in quel modello trova

⁶ Nel nuovo costituzionalismo latinoamericano si avverte una certa "urgenza costituente", che amplifica la dimensione politica della costituzione dal momento che i processi sociali, storici, nonché gli scontri di potere che ne hanno determinato la genesi sono alla base delle sue dinamiche democratiche e, quindi, della sua concreta attuazione. In effetti, secondo le parole stesse di Roberto Viciano Pastor e di Rubén Martínez Dalmau (*Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 4) nel nuovo costituzionalismo latinoamericano «se supera el concepto de la Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente – la soberanía popular – expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad».

⁷ Si veda anche S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State*, in S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latinoamericano*, Bologna, 2013, 27.

⁸ Sul concetto di tradizione "ctonia", cfr. H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, (2000), Bologna, 2012, 150 ss.

⁹ È ben noto l'alto grado di diffusione che le teorie neocostituzionali hanno avuto nella regione latinoamericana. Infatti, pur consapevoli della natura prismatica dell'esperienza neocostituzionale, che sfugge a ogni tipo di catalogazione definitiva, è possibile rintracciare alcuni temi che più di altri hanno fatto presa in America Latina tra quelli che la letteratura considera comunque punti fermi del neocostituzionalismo. In particolare assumendo l'idea che la protezione dei diritti debba essere considerata parametro di validità del sistema e, pertanto,

le sue origini¹⁰.

I limiti pratici di questa risposta stanno tutti lì, nelle palesi contraddizioni che, nei diversi ordinamenti che hanno aderito ai nuovi canoni costituzionali, paralizzano ogni tentativo di dare effettività alle numerose previsioni costituzionali; nelle ambiguità che neutralizzano la concreta applicazione degli istituti costituzionalmente riconosciuti; nell'incoerenza intrasistemica di queste carte, che rende vana ogni possibilità di dialogo virtuoso tra le due anime del costituzionalismo contemporaneo, ossia il sistema di protezione dei diritti umani e l'organizzazione del potere. Da una parte, infatti, il catalogo dei diritti e delle prerogative costituzionali dei singoli e delle comunità sono andati crescendo a dismisura; dall'altra le regole concernenti la separazione e dunque la limitazione del potere non sono state oggetto di riforma, condannando l'ordinamento, nella migliore delle ipotesi, a un frustrante immobilismo; in alcuni casi al caos o addirittura all'autoritarismo¹¹.

In effetti, è facile riconoscere i paradossi cui può incorrere una dottrina dello Stato che: considera il potere costituente come fonte inesauribile di partecipazione del popolo e, dunque, come garanzia della volontà popolare che si è espressa nella stesura della costituzione; assegna al catalogo dei diritti un valore politico riconoscendo in quel catalogo (dunque nella costituzione di cui è l'essenza) il precipitato di un conflitto sociale plasticamente rappresentato dal testo costituzionale; accoglie le diverse anime del corpo sociale le quali più che fondersi risultano giustapposte tra loro dando origine a disposizioni ambigue; riconoscendo supremazia assoluta alla costituzione, ma mancando di una cultura istituzionale

fonte di legittimazione del potere, in linea con l'insegnamento neocostituzionale, per esempio, il NCL insiste sul valore normativo della Costituzione, assegnandole un ruolo centrale e una funzione pervasiva rispetto a tutto l'ordinamento. Da qui il carattere rigido assegnato alle carte, la loro diretta applicazione e la funzione di ponderazione, nonché di interpretazione conforme e intensificata affidata ai giudici. Nell'ipotesi di un inevitabile (e virtuoso?) avvicinamento del diritto alla morale proprie delle teorie neocostituzionali, inoltre, trova terreno fertile anche l'idea, richiamata a fondamento del NCL, che lo Stato animato dal potere costituente, democratico e inesauribile, sia uno Stato giusto per principio. La Costituzione, in quest'ottica, è chiamata a fotografare un assetto politico e valoriale custodito e ribadito dalle forze costituenti perennemente attive. Rappresenta, dunque, non tanto un decalogo di regole quanto piuttosto un complesso di principi che reggono l'intero ordinamento e costringono l'interpretazione costituzionale a confrontarsi con un ineludibile *quid pluris* valoriale.

¹⁰ Come ricorda P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, in L.R. Gonzalez Pérez, D. Valadés (coord.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de Mexico, 2013, 356, il fatto che le costituzioni che aderiscono al modello del nuovo costituzionalismo latinoamericano richiamino ideologie diverse, «desde la democracias hasta el indigenismo pasando por el socialismo», dà vita a «documentos constitucionales heterodoxos que, por su lenguaje y contenido, están abiertos a las interpretaciones más diversas», venendo meno a qualsivoglia esigenza di coerenza e, dunque, di certezza del diritto.

¹¹ Come sottolinea P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 383: la «situación es paradójica y contradice los presupuestos del proyecto constitucional porque, a la vez que se reconoce un amplio catálogo de derechos y se constitucionalizan mecanismos de participación democrática, se concentra el poder en manos del titular del Poder Ejecutivo. Con ello, la democracia se decanta en clave populista y el constitucionalismo se desdibuja. Podemos decir que, de alguna manera, la dimensión orgánica de la constituciones niega lo que promete la dimensión dogmática».

capace di implementare questa supremazia, si affida totalmente ai giudici per dare attuazione alle previsioni costituzionali, finendo con il collocare il potere giudiziario in una posizione privilegiata sia dal punto di vista giuridico che politico per quel che concerne l'interpretazione del testo costituzionale; non avendo favorito alcun processo di rinnovamento dell'organizzazione politica, continua a favorire l'instaurarsi di forme di iper-presidenzialismo che esaltano la funzione emergenziale del capo dello Stato, generando, per quanto si va dicendo, un inevitabile scontro tra potere esecutivo e potere giudiziario¹².

2. Cuba: un Paese latino americano con lo sguardo rivolto altrove

Verificare le aderenze della Costituzione del 2019 al modello del NCL presuppone, innanzitutto, una riflessione sull'esistenza, da un punto di vista giuridico, oltre che geopolitico o storico, di uno spazio denominato "America Latina" e successivamente sulla possibilità che Cuba ne sia considerata parte integrante. Siamo, effettivamente, consapevoli che quando parliamo di America Latina ci riferiamo, più o meno inconsapevolmente, a un concetto che non ha rilevanza geografica, ma trae il suo senso sul piano storico: potremmo quasi dire, più drasticamente, che nel termine "America Latina" si manifesta una irriducibile tensione tra il piano della geografia e quello della storia quanto meno a partire dal primo contatto delle popolazioni europee con i nativi¹³.

Da allora, in effetti, si è progressivamente focalizzata l'attenzione su elementi per così dire "agglutinanti" di natura sostanzialmente culturale (si pensi al ruolo giocato in tal senso dalla lingua o dalla religione...) e storicamente riconducibili all'età moderna¹⁴, quasi a voler neutralizzare le profonde differenze

¹² È facile immaginare il cortocircuito che viene a generarsi tra un potere giudiziario sempre più attivo e protagonista nell'attuazione di un testo costituzionale con una forte vocazione politica e un esecutivo accentrato e accentratore che non intende cedere le proprie prerogative né condividerle. L'interpretazione estensiva e militante dei diritti costituzionali sostenuta dai giudici, in particolare da quelli costituzionali, non trova corrispondenza nelle politiche sociali e legislative del governo generando un forte senso di frustrazione nel popolo le cui aspettative alimentate nel tempo, restano irrealizzate. Da qui, in un circolo vizioso che si ripete all'infinito, nell'assenza di una cultura politica che sappia sollecitare un'analisi alternativa e, dunque, una diversa reazione, il montare di una rabbia e di una tensione che sono infine raccolte dal presidente, ossia da colui che godendo di legittimazione popolare è al contempo, nel suo ruolo di uomo solo al comando, in grado di presentarsi come unico soggetto capace di incarnare il volere del popolo costituente e di essere strumento del destino per portare in salvo la nazione invocando poteri eccezionali. Sarà allora il tempo di un nuovo periodo autocratico che solo alla fine di lunghe lotte per la libertà lascerà spazio a una nuova stagione costituente democratica, comunque ancora afflitta dalle debolezze di una società dove disuguaglianza e ingiustizia sociale restano una costante. Come ricorda R. Gargarella, *La "sala de máquinas" de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo*, in *Nueva Sociedad*, 257, 2015, 106, è «inconsistente abogar por la democratización del poder en nombre del pueblo marginado mientras – irreflexivamente – se mantiene el poder político concentrado».

¹³ In particolare, come ricorda L. Zanatta, *Storia dell'America Latina contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 7: «l'ingresso degli imperi iberici impose a quest'immensa porzione d'America un principio di unità che la geografia tendeva a contraddire od ostacolare. *Lo spazio divideva ciò che la storia ambiva ad unire*» (corsivo dell'autore). Più diffusamente 3 ss.

¹⁴ Cfr. J. Carpizo, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 114/2005, in particolare 952 ss.

originarie che distinguono le diverse regioni del continente centro e sud americano per quel che concerne l'aspetto fisico del territorio, le caratteristiche socio-ambientali e economiche; le tradizioni e le credenze; le civiltà precolombiane.

Orbene, se già per quel che riguarda la dimensione geo-politica del concetto di America Latina bisognerebbe essere in grado di conservare un certo atteggiamento critico, ricordando che proprio gli elementi in base ai quali riteniamo di poter procedere alla ricostruzione di quella realtà pretesamente unitaria che chiamiamo America Latina, sono di per sé frutto di una sovrastruttura eteroindotta all'epoca coloniale, in merito al piano giuridico una buona dose di scetticismo è d'obbligo, per non incorrere nell'ingenuità di sottovalutare quelle fratture tra diritto e società, cui ogni ordinamento, pur a partire da una comune base storico-culturale di matrice coloniale, ha tentato di dare una risposta il più possibile coerente con il proprio contesto sociale.

In questo senso, se da una parte il giudizio circa l'assimilabilità di Cuba al contesto geografico e storico con cui utilizziamo il concetto di America Latina può essere svolto con maggiore disinvoltura, dal momento che, prese le dovute precauzioni, si tratta di un assunto comunemente accettato, dall'altra, il discorso si fa assai più complesso per quel che concerne l'eventuale assimilazione dell'assetto giuridico cubano al contesto regionale.

Se non proprio a partire dalla Rivoluzione, dove l'anima del radicalismo democratico è ancora presente accanto all'ideale socialista, sicuramente a partire dal 1960 e in maniera ancora più evidente subito dopo lo sbarco alla Baia dei Porci, con l'avvicinamento di Fidel Castro al pensiero marxista-leninista e il consolidamento dei rapporti economici con l'Unione Sovietica, Cuba rafforza il suo spirito antimperialista e procede al progressivo assestamento di un regime socialista sancito in maniera irrevocabile con la riforma costituzionale del 2002¹⁵.

Questa scelta, stabilizzando le relazioni con il blocco sovietico, non ha ripercussioni solo sul piano internazionale. Conduce, altresì e inevitabilmente, a una trasformazione del sistema giuridico cubano, plasmando profondamente la natura del rapporto Stato-diritto alla base della costruzione dell'ordinamento, in linea con quello che era stato il percorso dell'Unione Sovietica dopo il 1917.

Fedele alle teorie marxiste-engelsiane che riconoscono nello Stato-ordinamento una proiezione degli interessi di una sola classe, «una macchina per

¹⁵ Si è parlato in tal senso di “*petrificación*” o di “*cláusula pétrea*” in riferimento alle previsioni del rinnovato art. 3 della Costituzione cubana il cui terzo comma recita: «El socialismo y el sistema político y social revolucionario establecido en esta Constitución, probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido y habiendo demostrado su capacidad de transformar el país y crear una sociedad enteramente nueva y justa, es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo». Sul punto si veda A.-F. Franco Pérez, A.-F. Franco Pérez, *Claves de una reforma constitucional: la petrificación de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002*, in M. Carrasco Durán, F.J. Pérez Royo, J. Urías Martínez, M.J. Terol Becerra (coord.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Sevilla, 2006, 443 ss.; Id., *Refirmar para petrificar? La reforma de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002*, in *Parlamento y Constitución. Anuario*, 8/2004, 217 ss. La medesima clausola di eternità è disposta nella nuova Costituzione del 2019 all'art. 4, il cui III comma prevede che il «sistema socialista que refrenda esta Constitución es irrevocable».

l'oppressione di taluni da parte di altri»¹⁶, e nel diritto una manifestazione dell'ideologia liberale di stampo borghese, il sistema bolscevico, comunque, si vede costretto a riconoscere che, quantomeno in una fase intermedia di transizione, «l'Unione Sovietica, come ogni altra società socialista, avrà bisogno di essere organizzata in Stato e avrà bisogno di ricorrere al diritto»¹⁷. Da qui il richiamo al principio della legalità socialista, ossia a un'idea che riecheggia un concetto caro allo stato di diritto per rileggerlo in chiave marxista, proponendo un uso del diritto in un'ottica del tutto strumentale non all'individuo e alla sua libertà, ma alla rivoluzione, al fine di agevolare il passaggio a una società comunista¹⁸.

Questa prospettiva ha finito, inevitabilmente, con il contagiare anche il sistema costituzionale cubano del 1976, che orbita nella galassia sovietica, per estendersi nel nuovo testo del 2019 nel quale, è evidente sin dal preambolo, non si rileva alcuna volontà di rinunciare alla struttura simbolico-ideologica alla radice del sistema socialista dello Stato¹⁹.

La legalità socialista, pertanto, resta il paradigma per declinare non solo l'impianto costituzionale cubano, bensì tutti gli aspetti della sua cultura giuridica, stretta tra il concetto di unità politica e la mai sopita ansia sistemica generata dal desiderio di perseguire l'ideale socialista, dovendosi muovere tra le maglie di un diritto internazionale estraneo alla sua tradizione politica.

È attraverso il prisma della legalità socialista, dunque, che siamo chiamati a valutare la portata delle integrazioni e delle modifiche che, nella Carta ora entrata in vigore, hanno interessato i diritti civili, politici, sociali, nella loro dimensione soggettiva e collettiva. Ed è in quest'ottica e solo in quest'ottica che è possibile ponderare concretamente il loro grado di innovazione e determinare la loro vera natura.

In questo senso sarà possibile rilevare come quella comunanza geografica di storia, tradizioni e cultura in senso lato, non trovi, invero, piena rispondenza sul piano giuridico, dal momento che l'ideologia socialista e gli strumenti di diritto cui questa si affida rappresentano un formante capace di condizionare il sistema cubano molto più di ogni altro fattore di matrice regionale.

Dunque, per quanto Cuba sia e debba essere considerata un paese di quello spazio, più culturale che geografico, chiamato America Latina e per quanto con la stessa Costituzione del 2019 sia confermata la sua «voluntad de integración y

¹⁶ G.A. Brioschi, *Appunti sulla teoria sovietica del diritto e dello Stato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, n. 1/1953, 20.

¹⁷ P. Biscaretti di Ruffia, *Lineamenti generali dell'ordinamento sovietico*, Milano, 1956, 6.

¹⁸ In questo senso la «funzione del diritto socialista non consisteva essenzialmente nel far regnare l'ordine, fornendo un principio per la soluzione delle controversie. Il diritto socialista era, anzitutto, un mezzo per trasformare la società, per istradarla verso l'ideale comunista, senza il quale non poteva esistere né vera libertà, né vera uguaglianza, né vera moralità». Così R. David, C. Jauffret-Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, (IV ed. it.), Padova, 2004, 157.

¹⁹ Cfr. A. Del Guercio, A. Guida, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritti, Istituzioni, Società*, 1/2019, in particolare 57. Lo ricorda anche H. Bertot Triana, *Aproximaciones al modelo político-electoral de la Constitución cubana de 2019*, in *Cuadernos de Derecho Actual*, 11/2019, 132, affermando che l'impianto della nuova Costituzione «deja intacta la concepción ideológica que abrazó la Constitución de 1976 sobre el papel del Partido Comunista, el papel de los sindicatos y del resto de las organizaciones de masas y sociales en el escenario político socialista y que tiene sus antecedentes en la Unión Soviética».

colaboración con los países de América Latina y del Caribe» (Art. 16, lett.d) dovrà essere sottolineato sin da ora, e anticipando le conclusioni di questo scritto, che le sue radici costituzionali traggono linfa da falde assai ramificate del quadro geopolitico mondiale, stemperando l'influenza che le tendenze del costituzionalismo regionale contemporaneo avrebbero potuto esercitare sull'isola.

3. La dimensione politica del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*

Per sondare il grado di penetrazione del modello del NCL rispetto al testo costituzionale cubano del 2019 è bene prendere le mosse proprio dall'aspetto che più di altri ha caratterizzato l'esperienza costituzionale di alcuni paesi nella regione sudamericana negli ultimi anni.

Come ricordato è probabilmente nella idea secondo cui «se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente – la soberanía popular – expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad»²⁰ che si manifesta con più evidenza l'originalità del NCL e la sua portata dirompente rispetto al passato.

Pur senza escludere i circuiti più tradizionali della democrazia rappresentativa, ampiamente presente in tutte le costituzioni dell'area sudamericana, l'"ansia democratica" che si respira in gran parte del continente porta all'intensificarsi di spazi di partecipazione popolare²¹ capaci di rinforzare meccanismi di legittimità e di controllo sul potere costituito, così da rinsaldare il legame tra governo e sovranità popolare che sembra essersi allentato quando non smarrito. Le costituzioni che nascono in questo contesto sono figlie di rivendicazioni e conflitti sociali atavici, che nel passato non hanno mai potuto esprimersi e, dunque, essere costituzionalmente accolti: in quanto strumento per contrastare la marginalizzazione di certi gruppi, di esse colpisce più la carica socio-politica che il valore giuridico, più la tensione simbolica che la pretesa di concretezza; più il bisogno di inclusione che l'esigenza di coerenza²².

²⁰ R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 4.

²¹ Nelle costituzioni di alcuni paesi più sensibili alle istanze del nuovo costituzionalismo latino americano si parla espressamente di *forma de participación democrática* (Cost. Colombia, 1991); di *gobierno participativo* e poi di *participación en democracia* (Cost. Ecuador, 1998 e poi 2008); di *democracia participativa* (Cost. Venezuela, 1999 e Cost. Bolivia, 2009).

²² Si è parlato in proposito di costituzionalismo di rottura, argomentando che «las condiciones sociales en América Latina no dejan muchos resquicios para la esperanza, pero uno de ellos es el papel de un constitucionalismo comprometido. Un constitucionalismo que pueda romper con lo que se considera dado e inmutable, y que pueda avanzar por el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos» (R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, cit., 7). Più critico P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 364 che sottolineando i nodi irrisolti che la pratica delle teorie del nuovo costituzionalismo latinoamericano mette in evidenza, ricorda come «en una paradoja relevante, el acuerdo político es el origen de los desacuerdos jurídicos que se materializarán en el seno de la comunidad que adopta esa Constitución. De esta manera, el derecho constitucional no sirve como herramienta social para superar los conflictos sociales sino que se convierte en una de las causas de los mismos porque la disputa política anterior a la Constitución se ha trasladado al seno de la misma».

Ne consegue la crescente attenzione accordata in primo luogo alla valutazione del grado di legittimazione popolare dei testi costituzionali, tanto nella fase costituente che in quella della loro attuazione, con particolare attenzione al grado di condivisione dei temi, dei contenuti, ma anche dei processi di decisione; al livello di inclusione delle diverse anime del corpo sociale, soprattutto quelle tradizionalmente discriminate; agli istituti previsti per consolidare e tutelare l'effettività dei canali di partecipazione aperti²³.

Nell'esperienza del NCL il momento costituente, democratico e ampiamente partecipato, rappresenta l'espressione di una necessità, che però non si esaurisce in questa fase iniziale, dovendo pervadere ogni aspetto della vita costituzionale del paese.

I testi costituzionali approvati sono, dunque, lunghi e complessi perché, nella necessità di esplicitare contenuti a volte anche molto diversificati e nella volontà di raggiungere tutti i cittadini, anche i meno dotati culturalmente, si trovano costretti a prevedere un gran numero di disposizioni per accogliere le diverse sensibilità costituenti e a ricorrere a frequenti giri di parole per parafrasare il linguaggio tecnico-giuridico in modo da renderlo accessibile.

Si arricchiscono, inoltre, di un gran numero di istituti, a volte inediti, tesi a preservare la genuina essenza della volontà del potere costituente dai tentativi di depotenziamento e ridimensionamento messi in atto dal potere costituito. La garanzia della rigidità costituzionale, preservata in particolare attraverso il consolidamento del ruolo dei giudici costituzionali, spesso eletti dal popolo, diviene una priorità volta a soddisfare l'esigenza di garantire la prevalenza della volontà costituente. In questo senso si esprimerebbe la funzione di limitazione della costituzione...nei confronti del potere costituito, in favore del potere costituente che, in una concezione meramente politica dei processi costituzionali, rappresenta l'essenza stessa del testo costituzionale. Nelle parole di Viciano Pastor e Martínez Dalmáu, «el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente del pueblo y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente, y la constitución, entendida en su sentido amplio como la fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales»²⁴.

Ne consegue, dunque, che, al di là del fatto che nel costituzionalismo latinoamericano, ad aver catturato l'immaginario collettivo più di ogni altro aspetto pare essere stato il tentativo di recuperare concretamente il ruolo politico-sociale della tradizione ctonia e delle comunità indigene nella struttura statale, è l'aver puntato sul carattere politico prima che giuridico assegnato alla costituzione

²³ Le considerazioni di Roberto Viciano Pastor e di Ruben. Martínez Dalmau, come ricordato comunemente considerati promotori della riflessione sul NCL, possono aiutare a ricostruire il tessuto teorico di un pensiero che si muove tra categorie tradizionali, pur rompendo con l'assetto del costituzionalismo democratico. Essi ricordano che «el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la exterioridad de la constitución; es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza solo puede ser extrajurídica» (*El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, cit., 7).

²⁴ *Ibidem*

a rappresentare il vero punto di originalità della teoria del NCL rispetto ad altre epifania del costituzionalismo contemporaneo. Da qui discendono tutti gli altri elementi distintivi, anche quelli per la nostra cultura più “esotici”, di una esperienza che è molto più complessa di quanto non appaia e molto più variegata di quello che la letteratura ha spesso rappresentato.

4. La Costituzione cubana del 2019: così vicini, così lontani

Sin da una prima lettura è possibile rilevare la portata delle novità introdotte con la Costituzione cubana del 2019²⁵. Essa, infatti, appare più articolata e dettagliata rispetto al testo del 1976 e reagisce a una serie di stimoli al cambiamento sollecitati tanto da pressioni interne, quanto dal contesto internazionale, in merito all’aspetto organizzativo, così come al riconoscimento e alla tutela delle libertà fondamentali.

Si possono, dunque, apprezzare i tentativi volti a prevedere una maggior articolazione del potere, immaginando una nuova struttura per le relazioni tra gli organi di vertice dello Stato e introducendo un timido (timidissimo!) decentramento di natura amministrativa; così come vanno sottolineati i passi avanti fatti nel campo della protezione dei diritti umani, primo fra tutti il riconoscimento del principio di supremazia della Costituzione e il ricorso all’espressione “*derechos humanos*” assente nella normativa di rango costituzionale dal 1959.

Si avrà modo altrove di scendere nell’analisi dettagliata del contenuto di queste novità. In questa sede è importante, prima di tutto, comprenderne la portata al fine di valutare, come anticipato, una eventuale connessione del processo di revisione costituzionale cubano con le tendenze del nuovo costituzionalismo latinoamericano, che come è stato sottolineato interessa o ha interessato l’evoluzione istituzionale di molti paesi dell’area.

Oltre a limitarsi a registrare le novità rispetto al passato, bisognerà dunque leggerle in chiave storico-sistemica, mettendole in relazione con quelle che restano le “costanti”, il cui peso potrebbe essere tale da disinnescare la capacità innovativa delle “discontinuità” stesse. In effetti: a fronte del riconoscimento della supremazia costituzionale, persiste l’incapacità o la non volontà del legislatore costituzionale cubano di prevedere un sistema di giustizia capace di garantire rigidità alla Costituzione; a fronte di cambiamenti che concernono la forma di governo e il tipo di Stato, si rileva la persistenza di un ordinamento che prevede un sistema unicamerale la cui struttura ruota attorno all’idea del partito unico e dell’unità del potere, in assenza di una cultura di bilanciamento tra organi costituzionali; a fronte di un catalogo dei diritti che si espande resta la forza di una visione “socialista” della società, ancora in linea con le parole di José Martí: «Con todos y para el bien de todos»²⁶.

Solo privilegiando questa lettura sistemica in ottica diacronica (considerando il peso della tradizione rivoluzionaria cubana) e sincronica (tenuto conto della *vis*

²⁵ Per una prima lettura si veda M. Prieto Valdés, *Las novedades de la Constitución cubana aprobada el 24 de febrero de 2019*, in *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 17/2019, 53 ss.

²⁶ Il motto richiama le parole con cui si chiude lo storico discorso pronunciato da José Martí il 26 novembre del 1891, nel liceo cubano di Tampa, per incitare i cubani a liberarsi del giogo imperialista spagnolo e statunitense, anche ricorrendo alla lotta armata.

atractiva del NCL) sarà possibile cogliere il contesto interpretativo che finisce con il dare o sottrarre sostanza alle novità introdotte.

Alla luce di quanto detto, avviando una prima comparazione rispetto a quelli che sono i caratteri essenziali dei più recenti processi costituzionali nella regione latinoamericana, bisognerà preliminarmente interrogarsi sul contesto politico-sociale che ha condotto alla adozione della nuova costituzione cubana, indagando in particolare le modalità di coinvolgimento di tutte le componenti sociali nei processi decisionali e il grado di partecipazione popolare che ha caratterizzato la fase costituente: in sintesi, bisognerà interrogarsi sul livello di legittimazione popolare che può essere riconosciuto al testo costituzionale del 2019 non solo dal punto di vista prettamente giuridico, ma, innanzitutto e secondo la prospettiva del NCL, sul piano politico-sociale.

In questo senso va riconosciuto che il testo approvato nel febbraio del 2019 non è affatto frutto di una esigenza costituente popolare e neppure il risultato del convergere delle diverse anime del corpo sociale.

In assenza di una procedura costituzionalmente determinata per la riforma del testo, si è adottato il medesimo procedimento previsto per l'approvazione legislativa²⁷, di modo che il testo di revisione, a differenza di quanto accaduto nel 1976, quando la spinta dal basso era stata forte, ha trovato legittimazione nel corpo elettorale solo alla fine della sua stesura, con un dibattito pubblico culminato nel voto referendario su un testo previamente concepito ed elaborato dalla stessa *Asemblea Nacional del Poder Popular*²⁸.

Il tempo riservato alla discussione collettiva era stato preventivamente calendarizzato, dal 13 agosto al 15 novembre, secondo quanto stabilito dall'art. 72 del Regolamento redatto dall'Assemblea nazionale. Esso non era finalizzato alla selezione di temi o argomenti; non era pensato neppure per valutare la preferibilità di alcune scelte su altre; tantomeno per contribuire alla redazione del testo²⁹. Si trattava di un momento di condivisione e di socializzazione di un testo già elaborato seppure non ancora approvato, la cui importanza in termini di coinvolgimento non va comunque sminuita vista la massiccia affluenza dei cubani al voto referendario (84%) e la schiacciante vittoria dei voti favorevoli su quelli contrari (7,6% dei votanti) segno di una forte adesione del popolo alla nuova Costituzione.

I cambiamenti intervenuti, non di meno, non parrebbero essere espressione di una incombente “sete” di inclusione e trasformazione sociale, quanto piuttosto dell'evolvere delle relazioni di Cuba con il mondo occidentale. Se vi è una necessità alle radici della revisione totale della carta essa, infatti, si esprime a livello internazionale e solo in un secondo momento decanta sul piano nazionale. In questo

²⁷ Sul punto si veda A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, cit., 377

²⁸ Quest'ottica di limitazione del ruolo costituente riconosciuto direttamente al popolo viene di fatto cristallizzata anche per il futuro quando all'art. 103 si prevede che: «La Asamblea Nacional del Poder Popular es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República».

²⁹ Cfr. M. BURGOS, *El proceso de reforma de la Constitución en Cuba*, in *Rebelión*, 31 luglio 2018.

la genesi del testo cubano condivide ben pochi aspetti con quella delle costituzioni di altri paesi come Venezuela, Bolivia e Ecuador, che con i loro processi costituenti rivoluzionari sono considerati modelli teorici e pratici del NCL³⁰.

La medesima “disattenzione” rispetto ai processi di partecipazione popolare, che tanto peso rivestono nell’esperienza costituzionale latinoamericana degli ultimi decenni, la Costituzione del 2019 la mostra anche nella gestione ordinaria del potere.

Rispetto a un articolato schema dell’organizzazione politica che moltiplica gli organi di rappresentanza e le occasioni di controllo da parte degli elettori, non pare essere la volontà di garantire la partecipazione del popolo ad aver animato i cambiamenti che interessano la forma di governo.

Si prevede, per esempio, l’istituto della revoca (art. 116) a livello nazionale e si richiamano con enfasi da una parte il dovere dei delegati municipali di «mantener una relación permanente con sus electores, promoviendo la participación de la comunidad en la solución de sus problemas»(art. 195, lett.a), dall’altra i diritti di petizione e partecipazione a livello locale: ma queste, come altre occasioni di garanzia della partecipazione, rischiano di perdersi tra i meccanismi di una struttura nell’insieme molto complicata in cui, più che a una vera e propria separazione orizzontale dei poteri o un compiuto riparto verticale delle competenze, si punta a ottenere un sistema di controlli incrociati in cui il numero di soggetti implicati dovrebbe garantire efficacia nei risultati, ma al di fuori di una razionale visione di pesi e contrappesi.

477

L’idea di partecipazione popolare accolta dalla costituzione cubana del 2019 risulta dunque ben lontana dalla prospettiva che è andata affermandosi negli ultimi decenni nella regione latinoamericana, dove partecipare significa condividere, dunque legittimare e, pertanto, includere tutte le diverse componenti del corpo sociale.

Alla base di questo diverso sentire vi è una profonda divergenza ideologica che comporta innanzitutto un diverso modo di intendere il popolo.

La legittimazione democratica delle costituzioni nel contesto del NCL si fonda sul loro grado di rappresentazione del corpo sociale, sulla loro capacità di raccontare il pluralismo sociale e di proiettarlo nell’organizzazione politica e nella carta dei diritti e dei doveri. Ciò presuppone la concezione di un popolo che fa della carta costituzionale la sua carta di identità *politica*. Non così a Cuba, in cui l’impianto socialista permea l’idea di popolo, escludendo ogni visione poliedrica dello stesso.

Nell’uso del termine “*pueblo*” che la Costituzione cubana fa non vi è alcun riferimento a eventuali logiche etnico-culturali; l’ottica è politica e si rifà direttamente al pensiero ant imperialista e marxista richiamato nel preambolo.

Il testo del 2019 non si confronta con la realtà composita della società cubana dal punto di vista etnico-antropologico. In controtendenza con quella che è la

³⁰ In questo senso R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in R. Viciano Pastor, *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, 2012, 35.

sensibilità del costituzionalismo contemporaneo globale e in particolare con quella della regione sudamericana, non solo non vi è alcun esplicito riferimento alle popolazioni indigene, ma più in generale il tema del riconoscimento e della tutela delle minoranze è del tutto assente.

Solo nel preambolo si ritrova un esplicito riferimento a “*los aborígenes*” e a “*los esclavos*”, ma è un riferimento del tutto in chiave rivoluzionaria.

Il principio della legalità socialista, già richiamato, e non la prospettiva del NCL, si conferma la lente attraverso la quale interpretare il concetto di popolo che, tra le righe, emerge dal testo cubano. Lo stesso decentramento territoriale cui la Costituzione si apre non è assunto al fine di favorire l’espressione delle differenze. Non residua alcuno spazio per la specialità e, dunque, per una asimmetria territoriale che sia proiezione di rivendicazioni di autonomia da parte delle popolazioni locali o di gruppi di minoranza.

In questo modo, presupposta *a priori* una incompatibilità ideologica tra gli ideali cui si ispira il costituzionalismo cubano e il riconoscimento del pluralismo come carattere della società, non dovrebbe stupire, o quantomeno dovrebbe stupire meno, l’assenza di qualunque riferimento non solo ai popoli indigeni, ma anche a qualsivoglia riconoscimento di pluralismo culturale, linguistico, giuridico. È vero che nell’articolo 76, con l’esplicitazione del diritto di ogni persona all’acqua sembrerebbe che il legislatore costituzionale cubano abbia voluto individuare uno spazio ai “beni comuni”. È evidente, però, la matrice socialista di una disposizione che non si inquadra affatto (non ve n’è traccia nel testo) nella prospettiva dei cosiddetti *diritti collettivi* come manifestazione della tradizione ctonia.

Un discorso analogo può essere svolto in merito allo spazio riconosciuto alla protezione dell’ambiente. Rispetto al NCL che si caratterizza per una visione fortemente biocentrica in cui la natura è considerata soggetto di diritto «insieme all’uomo»³¹ e non in funzione dell’uomo³², la Costituzione cubana sembra prediligere un atteggiamento più tradizionale in cui i riferimenti all’ambiente (in particolare si vedano gli artt. 75 e 90 lett.j) sono tali da ricondurre le singole disposizioni alla categoria dei diritti di terza generazione (più che all’esperienza delle costituzioni andine di Ecuador e Bolivia) secondo una tassonomia che privilegia una catalogazione diacronica delle libertà³³.

Più in generale, appare chiaro che è nel dialogo con l’ideologia del costituzionalismo sovietico che globalmente bisogna valutare i cambiamenti che la Costituzione cubana introduce nell’ambito del riconoscimento delle libertà fondamentali, a partire dal recupero dell’espressione “*derechos humanos*”, assente a livello costituzionale dal 1959.

³¹ Così M. Carducci, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in *Diritti comparati*, 2014. Si veda anche S. Baldin, 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. Il buen vivir andino nella prospettiva europea*, Bologna, 2014. Da ultimo S. Baldin, *Il Buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparatistici*, Torino, 2019.

³² Cfr. Corte costituzionale dell’Ecuador, n.034-16-SIN-CC del 26 aprile.

³³ Cfr. A. Somma, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 109, 2004, 177 ss.

Ci sono indubbi progressi, in effetti, tanto sul piano dei principi che ora trovano cittadinanza nel testo cubano, che su quello dei diritti. Bisognerà sottolineare, dunque, il richiamo a valori come quello della solidarietà, della dignità umana, dell'uguaglianza e dell'equità, della libertà..., ma anche a nuovi diritti quali, tra gli altri, quelli alla riservatezza, all'identità, alla proprietà personale e privata oltre che collettiva, alla libertà di circolazione, alla casa, al lavoro e alla retribuzione degni, alla difesa. Il loro profilo, però, appare schiacciato sull'idea della loro funzionalità rispetto alla causa della società rivoluzionaria e non della prosperità dei singoli, secondo le aspettative della legalità socialista la cui piena realizzazione è considerata (art. 9) un dovere di tutti.

Ciò che andiamo dicendo è ben visibile in relazione ai diritti di prestazione, di cui la costituzione del 2019 è ricca. Essi, infatti, non paiono concepiti come strumenti d'emancipazione per liberare la persona dalla necessità, secondo l'ideologia del costituzionalismo democratico contemporaneo, ma come mezzi capaci di contribuire alla costruzione del popolo unitario promotore della lotta di classe, fautore della rivoluzione, anima del comunismo³⁴.

Alla luce di quanto detto appare necessariamente ridimensionato l'entusiasmo rispetto agli indubbi progressi compiuti da Cuba nell'ambito del riconoscimento dei diritti dell'uomo. Né le aspettative tendono a migliorare in un'ottica di sistema.

A fronte del riconoscimento della supremazia della Costituzione (art. 7), che pure rappresenta un inedito profilo nel quadro del costituzionalismo cubano, va sottolineata l'assenza di un sistema di controllo di costituzionalità capace di dare concretezza alla rigidità costituzionale e di salvaguardare, se non anche favorire, l'implementazione del contenuto dei diritti costituzionalmente riconosciuti³⁵. Manca inoltre uno spazio per introdurre piena cittadinanza costituzionale ai trattati internazionali, né è presente una sorta di "clausola aperta" che, come per altre esperienze dell'area (si pensi al caso boliviano e a quello venezuelano), assicuri ai diritti umani riconosciuti a livello internazionale di trovare tutela diretta in ambito nazionale³⁶.

Infine, il sistema costituzionale cubano non sembra sfuggire alla tentazione, che sembra attraversare tutta l'esperienza sudamericana, di prevedere situazioni

³⁴ In tal senso è significativa la lettura dell'articolo 13, lettera d, e, f con gli articoli 9 e 13 lettera a e g in cui si prevede che «cumplir estrictamente la legalidad socialista es una obligación de todos» e il fine essenziale dello Stato è definito nella costruzione del socialismo e nel rafforzamento dell'unità nazionale, nel consolidare l'ideologia e l'etica della società socialista.

³⁵ La nuova costituzione riconferma la natura politica del controllo di costituzionalità assegnato alla medesima *Asamblea Nacional del Poder Popular* (art. 108, lett.g), ossia al medesimo organo cui è affidato il potere legislativo. Per un'analisi *de iure condito*, in prospettiva *de iure condendo* si rinvia a M. Prieto Valdés, *Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias*, in *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, 2018, 43 ss.

³⁶A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, cit., 382, riconosce che la lista dei diritti pur essendo stata ampliata e supportata da un timido *recurso de amparo*, nei fatti «se queda muy por detrás de la regulación fuertemente garantista alcanzada, en las últimas décadas, por las constituciones del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano».

di sospensione o riduzione dei diritti nei casi di emergenza istituzionale. L'art. 218 prevede, infatti, che durante le situazioni «*excepcionales y de desastre*» il *Consejo de Defensa Nacional*, presieduto dal Presidente della Repubblica, è chiamato a dirigere il Paese, assumendo le funzioni attribuite ad altri organi dello Stato, con esclusione di quella costituente: letti in combinato disposto con gli articoli 222, 223 e 224, i poteri assegnati al Consiglio mettono effettivamente in luce un quadro in cui un sistema poco attento alla separazione dei poteri come quello cubano può facilmente finire con il cadere nella morsa dei vizi dello stato di emergenza, amplificando la tendenza, naturalmente manifestata dall'ordinamento, a declinare le necessità del singolo secondo il paradigma del benessere collettivo e assecondando una pericolosa deriva antidemocratica.

Ad una prima analisi, dunque, la lettura della Costituzione cubana del 2019, pur manifestando innegabili aperture di cambiamento rispetto al passato, invita a contenere l'entusiasmo, ma soprattutto a non lasciarsi trasportare da facili assonanze.

Il riformismo cubano, geograficamente così vicino all'esperienza costituente dei paesi che negli ultimi anni hanno aderito al modello del NCL, si mostra nella pratica estremamente lontano da quell'esperienza, restando legato a un impianto ideologico che affonda nella storia le sue radici e che ancora oggi continua a permeare di sé la cultura giuridica cubana.

D'altra parte, *a priori*, rimangono del tutto aperte le considerazioni sul futuro. In questo senso, pur non essendo questa la sede per approfondire il tema, la questione circa l'esistenza o meno di un fondamento dogmatico proprio della categoria del NCL finisce con il rivestire un peso fondamentale nella valutazione di una possibile evoluzione della formula politica cubana.

Tenuto conto che da una parte risulta appena avviata la riflessione della dottrina attorno ai caratteri e alle applicazioni del nuovo costituzionalismo latinoamericano, dall'altra si assiste a un progressivo indebolimento dell'ideologia comunista negli ultimi anni, risulta difficile poter fare una previsione fondata sui possibili sviluppi interpretativi e sull'evoluzione dell'assetto costituzionale cubano in un prossimo futuro...difficile dire, pertanto, se come nel passato, a prevalere saranno ancora le differenziazioni o se assisteremo al progressivo avvicinamento della Repubblica cubana all'esperienza costituzionale latinoamericana, che se pure può prescindere dall'idealtipo del NCL, non sfugge alle esigenze di una riflessione comparatistica che pur apprezzando le discontinuità, non rinuncia alla ricerca di spazi senza soluzione di continuità regionale, per espletare una funzione di sistematizzazione dell'esistente avvertita come essenziale³⁷.

Anna Mastromarino
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Torino
anna.mastromarino@unito.it

³⁷ Sul metodo comparato, L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014; R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2005.

La forma di governo nell'evoluzione del costituzionalismo cubano

di Maria Chiara Locchi

Abstract: The form of government in the evolution of Cuban constitutionalism – The paper addresses the changes that occurred in the Cuban form of government with the 2019 Constitution. Although the extent of these changes must be assessed in the medium-long term, also with regard to the actual relationship between institutions and political actors, it is useful to understand Cuban constitutional provisions on the form of government in historical perspective. This will allow to appreciate the constitutional changes by highlighting both the continuity and discontinuity with respect to the previous Cuban constitutions, especially in relation to the crucial aspect of concentration of power.

Keywords: Cuban form of government; socialist State; concentration of power; Cuban President of the Republic; Cuban Prime Minister.

481

1. L'incidenza della formula politica nel rapporto tra forma di governo e forma di Stato

La nuova Costituzione cubana del 2019 ha apportato modifiche rilevanti nella disciplina della forma di governo; sebbene la portata di tali novità debba essere necessariamente valutata nel medio-lungo periodo, anche e soprattutto in rapporto al comportamento degli attori politici e istituzionali, è utile inquadrare la disciplina costituzionale in prospettiva storica, al fine di comprendere i tratti di continuità e di discontinuità del nuovo testo rispetto ai precedenti, con particolare riferimento alla pulsione verso la concentrazione dei poteri. Si ripercorreranno dunque i caratteri della forma di governo nell'evoluzione del costituzionalismo cubano (par. 2) e nella Cost. socialista del 1976 (par. 3), per poi arrivare all'analisi delle novità del testo entrato in vigore nel 2019 (par. 4).

È sembrato, tuttavia, opportuno anticipare a tale disamina alcune considerazioni, in termini generali, sul rapporto tra forma di governo e forma di Stato, nella consapevolezza che un'indagine sulle trasformazioni della prima non possa sottrarsi – tanto più in un contesto politico quale quello cubano – a una lettura che tenga conto delle dinamiche della seconda¹.

Rispetto al rapporto tra forma di governo e forma di Stato la letteratura costituzional-comparatistica segnala che « [...] ogni forma di governo si inquadra

¹ Il riferimento, evidentemente, è all'adozione della forma di Stato socialista nell'isola, a seguito della rivoluzione castrista del 1958-1959.

in un più ampio regime politico da cui viene condizionata»², sottolineando che la «concezione di fondo accolta da ogni ordinamento statale quanto alle basi economiche, sociali e politiche ed ai connessi principi direttivi cui ispirare la propria azione», ovvero la forma di Stato, influisce in concreto sul funzionamento della forma di governo³. Questa «matrice comune» tra forma di Stato e forma di governo⁴ era stata già identificata da Costantino Mortati, che distingueva tra un “aspetto finalistico” (relativo alle forme di Stato) e un aspetto principalmente “strumentale” (relativo alle forme di governo) del «rapporto tra Stato-autorità e Stato-società»⁵.

D'altra parte, non è soltanto la forma di Stato a illuminare la forma di governo, che va quindi compresa anche alla luce della prima; è la stessa forma di governo a incidere in modo rilevante sulla qualificazione del regime realmente operante in un dato ordinamento, «indipendentemente da quelle che possono essere le premesse politiche storicamente individuabili e di solito formalmente rintracciabili nei testi costituzionali»⁶. Ciò comporta che la scelta strutturale sulla titolarità del potere – e, in particolare, sull'adozione di un criterio di concentrazione o di ripartizione del potere, sulla derivazione e composizione degli organi costituzionali, sull'esistenza di raccordi e controlli reciproci tra gli stessi – condiziona la stessa concezione dell'esercizio del potere, contribuendo a definire il carattere democratico, non democratico o “variamente” democratico del sistema costituzionale.

Accanto e insieme alla disciplina costituzionale della forma di governo, quindi, andrà considerata la «formula politica organizzata», definita da Giorgio Lombardi come “elemento di integrazione” in grado di svelare l’“essenza” e il “modo di esistenza politica” di un dato sistema costituzionale”⁷. Lo studio delle norme costituzionali dedicate all'assetto dei rapporti tra organi costituzionali, da questa prospettiva, non può essere condotto senza tener conto di questa “formula politica”⁸, ovvero dei “fini e valori” condivisi dalla classe politica al governo e che l'ordinamento si propone di tutelare nel porre e attuare determinate norme costituzionali e legislative⁹. La formula politica istituzionalizzata rappresenterebbe «il vero *tipo* (tanto più importante quanto meno necessita di *verbalizzazione*) della struttura costituzionale», identificando, al di là della struttura normativa della costituzione, «una serie di meccanismi (o, ancora meglio

² G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 180.

³ *Ivi*, 180-181.

⁴ L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 337.

⁵ C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 3 ss.

⁶ G. De Vergottini, *op. cit.*, 191, secondo il quale la possibilità stessa di qualificare una forma di Stato come “democratica” o “autocratica” dipende «dall'intersecarsi del criterio della titolarità del potere e di quello delle modalità d'uso dello stesso – e quindi necessariamente astraendo dalla finalizzazione che finisce per risultare un criterio ausiliario [...]».

⁷ G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, 69 ss.

⁸ P. Lucas Verdú, *El Título I del Anteproyecto Constitucional. La fórmula política de la Constitución*, in *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, 11, per il concetto di «fórmula política» della costituzione come «expresión ideológica, jurídicamente organizada, en una estructura social».

⁹ G. Boggetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, 1994, 155.

il modo di operare di quei meccanismi) più o meno evidenziati in sede normativa, e, spesso, addirittura non a livello costituzionale»¹⁰.

Quanto testé osservato, in termini generali, sul rapporto tra forma di stato e forma di governo dovrebbe portare a ridimensionare il tendenziale disinteresse che la dottrina costituzional-comparatistica ha manifestato nei confronti dello studio delle forme di governo nelle esperienze non riconducibili alla classe delle liberal-democrazie. Si tratta di un disinteresse che sembra basato sulla considerazione per cui il principio della concentrazione del potere si risolverebbe nel carattere asfittico e marginale¹¹ delle forme di governo, sostanzialmente ascrivibili a un assetto monarchico (nel quale la stessa persona risulta essere capo dello stato, capo del governo e leader del partito unico) e a uno collegiale (con l'istituzione di comitati, consigli rivoluzionari, giunte militari, ecc.)¹².

Alla complessità delle stesse forme di Stato “non democratiche”, non certo riducibili a un'unica classe, corrisponde una varietà degli assetti politici e costituzionali con i quali può manifestarsi la concentrazione del potere che ben si presta a essere indagata dal diritto comparato, nel tentativo di cogliere il reale funzionamento delle forme di governo «in una prospettiva non solo formale del concetto di “costituzione”»¹³.

Nelle esperienze politico-costituzionali riconducibili allo Stato socialista, ad esempio, è possibile identificare una pluralità di forme di governo, posta la fondamentale premessa, già ricordata, relativa alla prevalenza del “fatto” («il concreto assestarsi dei rapporti di forza») sul “diritto” («la costituzione») nella predeterminazione della forma di governo¹⁴. Lo schema comune prevede un'assemblea rappresentativa; un organo di presidenza che rappresenta l'assemblea nei (lunghi) intervalli tra le sessioni, che è dotato di ampi poteri, esecutivi e legislativi, e che esercita le funzioni di “capo dello Stato”; un consiglio dei ministri con funzione esecutiva. Rispetto a tale schema, tuttavia, sono registrabili diverse varianti, rispetto alle quali autorevole dottrina ha proposto di distinguere tra l'URSS (come prototipo) e gli altri Stati socialisti, a loro volta classificabili in quattro gruppi (Stati socialisti dell'Europa centro-orientale; Repubblica socialista federativa di Jugoslavia; restanti Stati socialisti dell'Asia;

¹⁰ G. Lombardi, *op. cit.*, 70.

¹¹ Cfr. L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 635, secondo il quale, al di fuori della forma di Stato liberal-democratica, «la forma di Stato “assorbe” largamente quella di governo, riducendola a un insieme di modalità organizzative piuttosto marginali».

¹² Cfr. M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2018, 12, per il quale « [...] la stessa possibilità di distinguere diverse forme di governo sussiste soprattutto, se non esclusivamente, per lo Stato liberale e per quello democratico-pluralistico».

¹³ L. Pegoraro, A. Rinella, *op. cit.*, 338, che, coerentemente con questa premessa, dedicano un'inusuale attenzione alle “forme di governo negli ordinamenti senza separazione dei poteri”, 339 ss.

¹⁴ *Ivi*, 342-343. Sulla concezione del diritto nell'ordinamento giuridico cubano e, in particolare, della Costituzione «como declaración de principios e intenciones y no como verdadera norma jurídica» cfr. J. Chofre Sirvent, *El derecho y la Constitución de Cuba ante los desafíos sociales y económicos del siglo XXI*, in A. Ayuso Pozo, S. Gratius (coord.), *Nueva etapa entre Cuba y la UE: Escenarios de futuro*, Barcelona, 2017, 55.

Repubblica di Cuba)¹⁵.

Il rapporto di reciproca implicazione tra forma di Stato e forma di governo, che necessita dunque di essere compreso per mezzo di analisi comparative non limitate allo studio della sola lettera della Costituzione, è puntualmente colto dalla stessa dottrina giuridica cubana, la quale, nello stigmatizzare la scomparsa del diritto comparato come materia fondamentale nelle facoltà di giurisprudenza, ne identifica alcuni insegnamenti particolarmente significativi, tra i quali: «La ideología política incide sobre el Derecho y, desde el aparato de poder – no desde la noción doctrinal –, se pautan/diseñan los órganos, las instituciones y los procedimientos políticos y jurídicos»; «Es vital conocer los fundamentos ideológicos y sociales sobre los que se construye la idea de poder – Estado, partidos políticos, individuo o ciudadano, por solo citar algunos ejemplos –, así como el papel de cada uno de ellos en las relaciones de poder y el entramado social»; «Cualquier estudio comparativo exige tener presente las relaciones/correlaciones entre la regulación jurídica y la realidad social de la que nace, y en la que se impone»¹⁶.

2. La forma di governo nelle esperienze costituzionali precedenti all'avvento dello Stato socialista

Nell'evoluzione del costituzionalismo cubano sono identificabili tre fasi principali: il costituzionalismo coloniale; il costituzionalismo rivoluzionario, al quale ci si riferisce altresì con la formula “*República en armas*”; la fase repubblicana, a sua volta distinguibile tra un “prima” e un “dopo” l'avvento dello Stato socialista¹⁷.

Per quanto riguarda il primo periodo, Cuba è rimasta sotto il dominio coloniale spagnolo per tutto il XIX secolo, a differenza della gran parte dei paesi latinoamericani, che hanno conquistato l'indipendenza già nei primi decenni del XIX sec.; in questa fase si sono avvicinati diversi testi costituzionali della madrepatria (lo Statuto di Bayona del 1804, la Costituzione di Cadice del 1812 e lo Statuto reale del 1834). La Costituzione di Cadice, in particolare, delineava una monarchia costituzionale nella quale il Re, titolare del potere esecutivo, era affiancato da propri ministri e da un Consiglio di Stato, i cui membri venivano nominati dal re su proposta delle *Cortes*. Nonostante l'applicazione discontinua e limitata di questa carta costituzionale nell'isola, «l'influenza culturale e politica di

¹⁵ Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le “forme di Stato” e le “forme di governo”. Le costituzioni moderne*, Milano, 6a ed., 1988, 375-376. Durante il processo di elaborazione della Costituzione cubana del 1976 si è registrato un fiorire di studi comparativi dedicati anche alla forma di governo e all'assetto dei poteri statali, nell'intento di identificare e illustrare le similitudini tra quanto previsto nell'*Anteproyecto* della Costituzione e i contenuti dei testi costituzionali vigenti nei paesi socialisti, cfr. G. Muñoz Valdés, *Manual de Derecho Constitucional*, La Habana, 1978, nel quale è riportata un'analisi comparativa realizzata dal Ministero della Giustizia.

¹⁶ M. Prieto Valdés, *Estudios comparados en Derecho constitucional. Enfoque desde una perspectiva histórica: de Jimaguayú al presente*, in A. Matilla Correa (coord.), *El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*, La Habana, 2011, 386.

¹⁷ Cfr. C. M. Villabella Armengol, *Historiografía del poder político en Cuba: forma de gobierno en el constitucionalismo cubano*, in A. Matilla Correa (cur.), *Estudios sobre historia del derecho en Cuba*, La Habana, 2009, 138 ss.

quella esperienza andò ben oltre il limitato arco temporale della sua vigenza», a dimostrazione che la Costituzione di Cadice ha rappresentato la prima apertura alle idee del costituzionalismo liberale nelle colonie¹⁸. La costituzione spagnola del 1837 – che, nelle intenzioni delle *Cortes*, consisteva in una revisione della Costituzione di Cadice – non ha invece avuto applicazione a Cuba, segnando di fatto la divaricazione dello sviluppo costituzionale e, più in generale, giuridico tra la madrepatria e le colonie¹⁹.

La fase rivoluzionaria è caratterizzata dalle cd. costituzioni *mambisas*²⁰, che hanno attraversato le guerre di indipendenza svoltesi tra il 1868 e il 1878 (cd. “Guerra dei Dieci Anni”) e nel triennio 1895-1898, senza trascurare l'effimero periodo dal 1879 al 1880 corrispondente alla cd. “Piccola Guerra”.

Una caratteristica di questi processi di lotta anticoloniale è stata, sin dall'inizio, la spiccata vocazione legalista e costituzionalista, con l'istituzione di ordinamenti repubblicani nel pieno delle rivolte militari. Questa “*República en armas*” ha dato luogo a ben quattro testi costituzionali, identificati con i nomi delle località nelle quali sono stati promulgati: Guáimaro (1869), Baraguá (1878), Jimaguayú (1895) e, infine, La Yaya (1897). La portata e l'efficacia di queste carte è stata senza dubbio limitata, se solo si considera che le stesse risultavano in vigore all'interno dei confini ristretti della cd. “*Cuba Libre*”, corrispondente ai territori momentaneamente occupati dall'esercito di liberazione. Le costituzioni rivoluzionarie, tuttavia, hanno un grande valore storico, nella misura in cui recano testimonianza «del ideario liberal imperante en el pensamiento cubano decimonónico, el mismo que nutriría posteriormente el nuevo ordenamiento constitucional que se erigiría una vez lograda la independencia y construido el Estado nacional cubano»²¹. Mentre la costituzione di Guáimaro delineava un assetto costituzionale repubblicano orientato alla separazione dei poteri, assegnando un ruolo preponderante a una Camera dei rappresentanti che poteva eleggere (e destituire) il Presidente della Repubblica e i membri del Governo, le costituzioni di Jimaguayú e de La Yaya, alle prese con il difficile equilibrio tra personalità civili e militari nella travagliata congiuntura storica, assegnavano sia la funzione legislativa che quella esecutiva a un *Consejo de Gobierno* composto da un Presidente, un vice-Presidente e quattro segretari di Stato²².

¹⁸ Cfr. G. Rolla, *L'evoluzione del costituzionalismo in America Latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 4, 2010, 576. Sulle vicende relative alla promulgazione e sugli effetti dell'applicazione della Costituzione di Cadice a Cuba cfr. M. C. Mirow, *The Cádiz Constitution in Cuba and Florida*, in S. Eastman, N. Sobrevilla Perea (eds.), *The Rise Of Constitutional Government In The Iberian Atlantic World: The Impact Of The Cádiz Constitution Of 1812*, Tuscaloosa, 2015, 194-211.

¹⁹ Cfr. G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, Torino, 2015, 25. L'art. 2 Cost. spagnola del 1837, poi riproposto come art. 80 della successiva Cost. del 1845, prevedeva infatti che le Province ultramarine dovessero essere governate da “leggi speciali”.

²⁰ Da *mambí*, termine con il quale ci si riferiva all'esercito cubano di liberazione nazionale nelle guerre anticoloniali.

²¹ Cfr. S. B. Rodríguez, F. M. Martínez, *Jimaguayú. Apuntes de historia constitucional cubana*, in *Revista de Historia del Derecho*, julio-diciembre 2017, 5.

²² La soluzione incentrata sul *Consejo de Gobierno* obbediva a dei criteri puramente operativi, dovendosi predisporre un assetto istituzionale in grado di funzionare nella eccezionalità e

Nel 1898, con l'indipendenza dalla Spagna e l'avvio dell'occupazione militare statunitense, è iniziata la fase repubblicana della storia costituzionale cubana.

La Cost. del 1901, la prima costituzione della Repubblica cubana come stato indipendente, è stata fortemente condizionata dalla Costituzione statunitense del 1787²³, con l'adesione ai principi liberali della democrazia rappresentativa e l'istituzione di una forma di governo presidenziale²⁴. A differenza di quanto previsto dal prototipo statunitense, tuttavia, nella costituzione cubana il Presidente della Repubblica, eletto per un mandato di quattro anni a seguito di elezione di secondo grado, esercitava i suoi poteri affiancato da *Secretarios del despacho*, che dovevano approvare tutti i decreti, le ordinanze e le risoluzioni presidenziali, pena l'inefficacia degli stessi, ed erano responsabili degli atti sottoscritti (artt. 77 e 78 Cost.).

486

Durante la vigenza della Cost. del 1901 ha preso corpo progressivamente, sia in ambito accademico che sul piano concreto dei progetti di revisione della carta costituzionale, un movimento a sostegno di una riforma volta a superare la forma di governo presidenziale, ritenuta a rischio di involuzioni in senso autoritario, e a favore del parlamentarismo; non sono stati tuttavia raggiunti risultati concreti²⁵.

Alcuni anni più tardi, la Costituzione del 1940 per la prima volta istituiva nell'isola un assetto semi-presidenziale (o, come preferiscono alcuni, semi-parlamentare) dai contorni originali, nel quale, secondo le intenzioni dei sostenitori, l'elemento parlamentare doveva mitigare la pregnanza dei poteri presidenziali²⁶. Al Presidente della Repubblica – capo dello Stato e rappresentante

provvisorieta dello scenario di guerra. Sette anni prima, peraltro, la brevissima Costituzione di Baraguá, rimasta in vigore soltanto 74 giorni, aveva già istituito un Governo provvisorio composto da quattro membri e titolare delle funzioni legislative ed esecutive, cfr. D. Estévez González, *La organización del poder en las Constituciones de Jimaguayú y La Yaya. Su funcionamiento*, in A. Matilla Correa (cur.), *Cuestiones histórico-jurídicas. I Jornada Nacional de Historia del Derecho*, La Habana, 2014, 184 ss.

²³ Cfr., a questo proposito, R. Martínez Ortiz, *Cuba. Los primeros años de independencia. Primera Parte. La intervención y el establecimiento del Gobierno de don Tomás Estrada Palma*, Paris, Segunda edición, 1921, 177-178: «La Constitución cubana se deseaba calcada sobre la americana. Los resplandores de la gran democracia eran deslumbradores; no se podían apreciar las dificultades prácticas de la aplicación de sus métodos a Cuba. Se hacía indispensable el experimento».

²⁴ La Costituzione del 1901 si è caratterizzata per uno squilibrio a favore dei poteri del Presidente, come segnalato da F. Alvarez Tabio, *Teoría e Historia de la Constitución Cubana. La Convención Constituyente de 1901*, La Habana, 1964, 15: «[...] a través de todo el período republicano en que rigió la Constitución de 1901 los Presidentes se convirtieron en la práctica en verdaderos tiranos».

²⁵ Cfr. G. Gutiérrez Sánchez, *Historia del Derecho Constitucional cubano. Tomo I. Antecedentes del hecho constitucional desde los tiempos más remotos hasta el descubrimiento de América*, La Habana, 1938, XXII. La corrente che sosteneva l'opzione parlamentare si era rafforzata in occasione della crisi costituzionale inaugurata nell'agosto del 1906, con la rielezione del Presidente Tomás Estrada Palma a seguito di un controverso procedimento elettorale, preceduto a sua volta da numerose destituzioni di sindaci e funzionari pubblici oppositori del Presidente. Sul piano costituzionale la grave crisi politica degli anni '30 era sfociata nell'adozione di due leggi costituzionali (3 febbraio 1934 e 12 giugno 1935), che riproponevano i contenuti della Cost. del 1901.

²⁶ Nelle parole del relatore del progetto che è servito da base alla nuova Costituzione, «se trató de probar una variante racionalizada del presidencialismo, donde se descentralizara la función ejecutiva por medio del otorgamiento de plenas facultades y responsabilidades a los ministros,

dell'unità nazionale, eletto a suffragio universale e diretto per un periodo di quattro anni (art. 140)²⁷ – era affiancato un Consiglio dei Ministri, guidato da un Primo ministro (art. 151); se il Consiglio dei Ministri era collettivamente responsabile nei confronti di Camera e Senato (articolo 164)²⁸, il Primo Ministro era nominato e altresì revocabile dal Presidente.

Il tentativo della Cost. del 1940, nel contesto di un processo di democratizzazione e di avanzamento sociale fortemente critico nei confronti del costituzionalismo liberale²⁹, è stato dunque quello di spingere la forma di governo verso il parlamentarismo e il riconoscimento del pluralismo politico³⁰; le ambizioni della carta del 1940 sono state tuttavia spezzate dagli eventi successivi e, in particolare, dal colpo di Stato guidato dal Generale Fulgencio Batista nel 1952³¹.

Nel 1959 – con l'affermazione della rivoluzione, guidata da Fidel Castro, contro l'usurpazione incostituzionale del potere perpetrata da Batista – è stata approvata una Legge fondamentale del Governo rivoluzionario, fortemente ispirata al testo del 1940 tanto nella struttura quanto nell'aspirazione a integrare principi e valori del costituzionalismo liberale e di quello sociale³². Rispetto alla forma di governo, peraltro, l'assetto previsto dalla Cost. del 1940 era superato, in via provvisoria, a favore della concentrazione dei poteri nel Consiglio dei Ministri, titolare del potere esecutivo (insieme al Presidente della Repubblica, art. 135 Cost.)³³ nonché della funzione legislativa (art. 119 Cost.), a seguito dello scioglimento del Parlamento.

Nel periodo della *provisionalidad revolucionaria*, prolungatosi fino al 1976, si è avviata l'edificazione dello Stato socialista, con una serie di “leggi complementari” alla *Ley fundamental* del 1959 nei più diversi ambiti economici e sociali; in assenza di consultazioni elettorali, il Governo rivoluzionario agiva come

y se flexibilizara la Jefatura de Estado sin convertirla en un poder moderador de la nación», cfr. G. Gutiérrez, *Proyecto de nueva Constitución para la República de Cuba*, La Habana, 1940, 122.

²⁷ Sul dibattito costituzionale sviluppatosi negli anni '30, e in particolare in occasione dell'adozione della Cost. del 1940, cfr. F. Mulet Martínez, *El parlamentarismo en Cuba: una página olvidada en nuestra historia constitucional*, in A. Matilla Correa (cur.), *op. cit.*, 320 ss.

²⁸ Entrambe le Camere potevano proporre una mozione di sfiducia, che veniva considerata approvata con la maggioranza assoluta dei voti (art. 165); l'approvazione della mozione di sfiducia comportava l'obbligo di dimissioni del Governo (art. 168).

²⁹ La Cost. cubana del 1940 è ascrivibile al secondo ciclo dell'evoluzione del costituzionalismo latinoamericano, databile dall'inizio del XX secolo (in particolare, dalla Rivoluzione messicana del 1910) agli anni '50 e caratterizzato dalla sanzione costituzionale del pluralismo sociale, con l'incorporazione della classe operaia come soggetto politico ed economico all'interno dell'ordine costituzionale.

³⁰ L'art. 102 Cost. conteneva uno dei primi riconoscimenti costituzionali dei partiti politici come fondamento del sistema democratico.

³¹ Con la legge costituzionale del 4 aprile 1952, conosciuta anche come “los estatutos constitucionales del viernes de dolores”, gli organi costituzionali erano identificati nel Presidente della Repubblica (designato dal Consiglio dei Ministri), nel Consiglio dei Ministri (presieduto dal Presidente della Repubblica) e nel Consiglio consultivo (i cui membri erano designati dal Presidente della Repubblica); a questi tre organi era attribuita la funzione legislativa (art. 134).

³² Cfr. B. Marquardt, *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada. Tomo 2*, Bogotá, 2011, 202.

³³ Nel periodo 1959-1976 la carica di Presidente della Repubblica è stata ricoperta da Osvaldo Dorticós Torrado, con Fidel Castro Primo ministro.

singolo corpo del potere pubblico, all'insegna della concentrazione del potere esecutivo e di quello legislativo e senza che si potesse distinguere una dimensione istituzionale "statale" dalle funzioni governative³⁴.

3. La centralizzazione del potere politico nella Costituzione socialista del 1976

La Cost. del 1976, frutto del processo di consolidamento del nuovo Stato socialista, è modellata sulla Cost. sovietica del 1936. La struttura degli organi costituzionali è una combinazione tra centralizzazione del potere politico³⁵ – rappresentata dall'istituzione di un organo in cui risiede l'intero potere legislativo e costituente (l'Assemblea Nazionale del Potere popolare) e nei confronti del quale sono formalmente responsabili gli organi esecutivi (Consiglio di Stato e Consiglio dei Ministri) – e il decentramento amministrativo – costituito dalla nuova organizzazione municipale e destinato, nelle dichiarazioni di intenti, a promuovere con successo la partecipazione diretta e reale delle masse³⁶.

La forte concentrazione dei poteri, stabilita a favore dello Stato centrale, è garantita dall'adesione ai principi cardine della forma di Stato socialista: da un lato, il principio della doppia dipendenza, in base al quale ogni organo del potere statale e delle unità sub-statali dipende, sul piano orizzontale, dal rispettivo corpo elettorale e/o dall'organo assembleare corrispondente e, verticalmente, dall'organo assembleare e/o dal comitato di livello superiore, fino ad arrivare agli organi di vertice dello Stato; dall'altro lato, il principio dell'unità del potere statale, che postula un potere per definizione "unico", ripartito esclusivamente per ragioni funzionali.

Coerentemente con questa impostazione, l'assetto istituzionale e i rapporti tra gli organi costituzionali sono privi di quei meccanismi di controllo e reciproca interferenza riscontrabili nelle forme di governo sviluppatesi in seno al costituzionalismo liberal-democratico: la forma di governo cubana, non ascrivibile al parlamentarismo né al presidenzialismo, è stata qualificata come "assembleare unicamerale", a partire dal riconoscimento dell'Assemblea Nazionale quale "supremo organo statale" attraverso il quale è esercitata la sovranità popolare (art. 69 Cost.)³⁷.

³⁴ La lunga durata del periodo provvisorio è spiegata nei seguenti termini da F. R. Torrado, *Los derechos humanos en el sistema político cubano*, La Habana, 2003, 163: «la Dirección de la Revolución no se apresuró a establecer sus formas definitivas, comprendiendo que el asunto no radicaba en la existencia formal de los órganos de poder, sino en crear instituciones bien meditadas y duraderas, que respondieran a las necesidades».

³⁵ Secondo M. Prieto Valdés, *Cuba, su desarrollo constitucional posterior a 1959 y su diseño político*, Conferencia pronunciada el 11 de Octubre del 2004, Salón 250 aniversario, 5-6, l'accentramento dei poteri prefigurato dalla Cost. del 1976 non è ascrivibile soltanto all'adesione al modello socialista, ma è influenzata altresì dal costituzionalismo *mambí* e, in particolare, dalla concentrazione delle funzioni legislativa ed esecutiva in un unico organo «como única forma de dirigir el país durante la contienda».

³⁶ Cfr. J. Tapia-Valdés, *Cuba Constitucional*, in *Nueva Sociedad*, ene-feb 1977, 87-101. Il profilo del decentramento si è concretizzato nel sistema di organismi popolari locali, che avrebbe dovuto ampliare le possibilità di partecipazione dei cittadini allo Stato-apparato.

³⁷ Sull'Assemblea nazionale nella Cost. del 1976 cfr. J. A. Méndez López, D. Cutié Mustelier, *La Asamblea Nacional del Poder Popular como Parlamento Cubano u órgano legislativo*

In linea con una concezione della democrazia che valorizza la partecipazione popolare a discapito della rappresentanza, considerata un meccanismo indispensabile al funzionamento delle istituzioni statali ma non desiderabile in via di principio³⁸, il Parlamento finisce per avere un carattere pletorico³⁹ e risulta composto da cittadini che si mettono a disposizione nell'interesse del popolo e non da "professionisti" della politica, con vincolo di mandato e revocabili in qualsiasi momento nella forma, per le cause e secondo la procedura stabilite dalla legge (art. 85 Cost.); anche in ragione di questa concezione, le sessioni ordinarie dell'Assemblea Nazionale sono rare (due all'anno, *ex art.* 78 Cost.) e di breve durata.

Originariamente i deputati erano eletti dalle Assemblee municipali del Potere Popolare; solo con la riforma costituzionale del 1992, nelle intenzioni volta a produrre il "potenziamento democratico", è stato istituito il principio elettivo per tutte le assemblee, compresa quella nazionale⁴⁰, sebbene le caratteristiche del sistema politico e del sistema elettorale⁴¹ abbiano portato alcuni osservatori a qualificare le consultazioni elettorali come «virtuales plebiscitos sobre la continuidad del proyecto revolucionario»⁴². La consacrazione del "centralismo democratico" come metodo di elaborazione politica, inoltre, ostacola un'effettiva libertà di discussione e di critica all'interno dell'organo parlamentare.

representativo, in *Santiago*, 100, 2003, 132-142.

³⁸ Cfr. J. C. Guanche, *Estado, participación y representación políticas en Cuba. Diseño institucional y practica política tras la reforma constitucional de 1992*, Buenos Aires, 2013, 19.

³⁹ Cfr. M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2018, 51.

⁴⁰ Il tentativo è stato quello di affrontare la contraddizione segnalata da R. Gargarella e C. Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago del Chile, Nov. 2009, 14-15, tra ideale della democrazia partecipativa e rafforzamento e concentrazione del potere politico nell'Esecutivo. L'individuazione dei candidati alla carica di deputato avviene direttamente da parte degli elettori a livello locale, mentre a livello provinciale e nazionale intervengono delle "Comisiones de Candidaturas", composte da rappresentanti della *Central de Trabajadores de Cuba*, dei Comitati di difesa della rivoluzione, della Federazione delle donne cubane, dell'Associazione nazionale dei piccoli agricoltori, della Federazione studentesca universitaria e della Federazione di Studenti delle scuole superiori, nominati dalle rispettive direzioni nazionali, su richiesta delle Commissioni elettorali nazionali; fino al 50% dei candidati al seggio di deputato deve essere scelto tra i membri delle assemblee municipali, mentre i restanti candidati sono individuati dalle Commissioni delle candidature, tenendo conto di criteri quali il merito, il patriottismo, i valori etici e la storia rivoluzionaria. La lista finale di candidati, stilata dalla *Comisión Nacional de Candidaturas*, contiene un numero di nominativi pari ai deputati da eleggere. Sulla base della legge elettorale n. 72 del 1992, il diritto di elettorato, attivo e passivo, spetta a tutti i cubani, uomini e donne, di età superiore ai sedici anni, ad eccezione delle persone con disabilità mentale e di coloro che sono stati interdetti legalmente; per essere eletto come deputato all'Assemblea nazionale il cittadino deve aver compiuto diciotto anni.

⁴¹ Il sistema elettorale è maggioritario, essendo necessario che il candidato ottenga più del 50% dei voti validamente espressi nel collegio uninominale affinché risulti eletto; nel caso in cui nessun candidato raggiunga questo risultato, il seggio rimane vacante e la parola passa al Consiglio di Stato, che può decidere di: lasciare il posto vacante fino alle elezioni generali successive; assegnare all'Assemblea Municipale del Potere Popolare, costituita nel collegio elettorale, la funzione di eleggere il deputato all'Assemblea Nazionale; convocare nuove elezioni (art. 125 della l. elettorale 72/1992).

⁴² R. Gili Colom, "Valen todos": *elecciones con rango de plebiscito*, in M. Muniz, *Elecciones en Cuba ¿Farsa o democracia?*, Melbourne, 1996, 56.

Coerentemente con il modello della forma di governo nei regimi socialisti, dall'Assemblea derivano tutti gli altri organi in cui è concentrato il potere statale, mentre l'Esecutivo non ha né potere di scioglimento dell'Assemblea né potere di veto sulle sue leggi. L'organo legislativo provvede a eleggere un *Praesidium* (il Consiglio di Stato), tra i suoi deputati, e a designare il Consiglio dei Ministri⁴³, entrambi controllati e revocabili dall'Assemblea Nazionale; quest'ultima elegge anche il Presidente del Consiglio di Stato, che, in quanto “Capo dello Stato e Capo del Governo” (art. 74 Cost.), è altresì Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 96 Cost.).

Il Consiglio di Stato è risultato indubbiamente l'organo preminente nel concreto funzionamento della forma di governo cubana, in quanto “entità tridimensionale”⁴⁴ rappresentante l'Assemblea Nazionale nel periodo intercorrente tra le due sessioni annuali, organo competente ad adottare *decretos-leyes*⁴⁵ e a fornire un'interpretazione generale e obbligatoria delle leggi vigenti e, infine, titolare di importanti funzioni di esecuzione delle decisioni, delle disposizioni e delle politiche adottate⁴⁶.

La preminenza del Consiglio di Stato e, in particolare, del suo Presidente, è da leggersi anche e soprattutto alla luce del collegamento tra partito e istituzioni costituzionali tipico degli ordinamenti socialisti, tale per cui anche a Cuba, come in pressoché tutti i regimi socialisti, «il massimo dirigente del partito comunista (in genere il segretario dell'ufficio politico centrale del partito) ricopre anche la carica di Presidente del Presidium o comitato ristretto dell'Assemblea (o cariche analoghe); sicché, pur mantenendo tali organi natura formalmente collegiale, si determina [...] una sorta di immedesimazione o unione personale delle massime funzioni politiche e istituzionali in capo al segretario politico del partito»⁴⁷. La coincidenza tra le due cariche si è puntualmente realizzata con Fidel Castro (1976-2006)⁴⁸ e Raúl Castro (2011-2018)⁴⁹, mentre l'attuale Presidente del Consiglio di Stato, Miguel Díaz-Canel, non è segretario del partito.

⁴³ Il Consiglio dei Ministri è il “massimo organo esecutivo e amministrativo e costituisce il Governo della Repubblica” (art. 95 Cost.).

⁴⁴ Cfr. C. M. Villabella Armengol, *La forma de gobierno en la Constitución cubana de 1976*, in A. Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana del 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 92.

⁴⁵ Sebbene sia sancita costituzionalmente la superiorità dell'organo legislativo rispetto al Consiglio di Stato, la prassi e l'interpretazione costituzionale hanno avallato una lettura del decreto-legge «que ha conllevado a la asunción de fuerza y de rango de ley formal por una disposición infralegal, y a la fusión de las facultades de representación y ejecución de los mandatos», cfr. M. Prieto Valdès, *Estudios comparados*, cit., 394.

⁴⁶ Il Consiglio di Stato può istituire o eliminare organismi dell'Amministrazione centrale dello Stato e apportare modifiche al bilancio dello Stato.

⁴⁷ P. Carrozza, *Il diritto socialista*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 645-646.

⁴⁸ Fidel Castro è stato segretario del *Partido Comunista de Cuba* dal 1965 al 2011.

⁴⁹ Raúl Castro, già Vicepresidente del Consiglio di Stato, ha esercitato le funzioni di Presidente nel biennio 2006-2008 e ha ricoperto la carica di Presidente dal 2008 al 2018. Dal 2011, a seguito delle dimissioni del fratello Fidel, è diventato anche segretario del PCC, incarico che tuttora detiene.

4. Le novità della Cost. del 2019: moltiplicare gli organi costituzionali equivale a limitare il potere?

Il 10 aprile 2019 è entrata in vigore la nuova Costituzione cubana, atto finale di un lungo e articolato processo di revisione⁵⁰ che ha interessato oltre il novanta per cento delle disposizioni costituzionali; pur nell'ampiezza dell'intervento riformatore, d'altra parte, ci si è chiesti se la revisione debba essere letta all'insegna del «gattopardismo costituzionale», realizzando di fatto un'«evoluzione in continuità» del sistema costituzionale esistente⁵¹.

Con riguardo alla forma di governo, le novità più rilevanti contenute nella nuova Costituzione consistono nell'introduzione delle figure del Presidente della Repubblica, eletto dall'Assemblea Nazionale fra i suoi deputati ed espressamente qualificato come “capo dello Stato” (artt. 125 e 126 Cost.), e del Primo Ministro, che dovrebbe favorire una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 140 ss. Cost.); poiché al vertice dell'istituzione statale è posto ora il Presidente della Repubblica, è altresì stabilito che il Presidente dell'Assemblea Nazionale è anche Presidente del Consiglio di Stato (art. 121 Cost.).

Nel corso delle consultazioni pubbliche volte a discutere i contenuti del testo di riforma elaborato dal comitato di esperti e a proporre ulteriori modifiche, l'assetto delle massime istituzioni statali e i rapporti tra gli organi costituzionali sono stati oggetto di numerose ipotesi di revisione; merita di essere segnalato, a questo proposito, il ruolo di Internet come sede di dibattito ed elaborazione di proposte di riforma, con particolare riferimento ad alcuni siti e blog nei quali per mesi si sono confrontati costituzionalisti e osservatori della vita politica e costituzionale cubana⁵².

Nell'ottica di istituire e/o rafforzare le garanzie di indipendenza e alternanza nell'accesso alle cariche elettive, ad esempio, era stato proposto di fissare età minima (35 anni) e massima (60 anni) per la generalità degli organi costituzionali elettivi, di esplicitare il limite dei due mandati consecutivi e di istituire l'obbligo, per tutti i funzionari e gli organi dello Stato e del Partito, di comunicare

⁵⁰ Le modifiche al testo costituzionale sono state elaborate da una commissione di 33 membri, guidata da Raúl Castro, nel quinquennio 2013-2018. A seguito dell'approvazione del testo da parte dell'Assemblea Nazionale all'unanimità (il 22 luglio 2018), si è aperta una procedura di consultazione popolare tramite assemblee e dibattiti pubblici, che si è svolta tra luglio e dicembre 2018. Le proposte di emendamento e di integrazione formulate nel corso della procedura di consultazione sono state esaminate da alcune “commissioni statali”; dai dati diffusi dal giornale ufficiale *Granma* risulta che si sono svolte 133.681 assemblee, per un totale di 783.174 proposte formulate, sebbene non sia possibile sapere esattamente quale sia stato l'esito delle singole proposte avanzate, cfr. H. Dilla, *Cuba: crónica de una Constitución anunciada*, in *Nueva Sociedad*, Febrero 2019. Tali proposte hanno in ogni caso prodotto 760 modifiche a 134 articoli del testo di riforma costituzionale; si tratta per lo più di modifiche di carattere formale. Il testo elaborato a seguito dell'incorporazione delle proposte di modifica è stato definitivamente approvato dall'Assemblea Nazionale il 22 dicembre 2018 e ratificato mediante referendum popolare il 24 febbraio 2019.

⁵¹ Cfr. L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, in *DPCE online*, 2019/1, XII.

⁵² Cfr., ad es., *La Cosa* (blog diretto dal docente universitario J. C. Guanche), *Cuba posible*, *OnCuba*, *Diario de Cuba* e *Posdata*.

annualmente la fonte e l'ammontare di entrate e spese all'Assemblea Nazionale e alla *Contraloría*, tenute a una verifica di legalità e adeguatezza⁵³. Rispetto all'Assemblea Nazionale, tra le esigenze di riforma maggiormente avvertite figuravano, da un lato, la frequenza e la durata delle sessioni e la pubblicità dei lavori e, dall'altro, il rapporto tra Assemblea e Consiglio di Stato, nel tentativo di potenziare la posizione della prima nei confronti del secondo⁵⁴; si segnalava altresì l'esigenza di assegnare alla sola autorità giurisdizionale, e non più all'organo legislativo, le funzioni di interpretazione costituzionalmente conforme e controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, così da contrastare cortocircuiti e contraddizioni del sistema. La necessità di definire in cosa si sostanzia la "responsabilità" dell'Esecutivo nei confronti del Legislativo è stata puntualizzata anche con riferimento al Consiglio dei Ministri, così come l'opportunità di chiarire le rispettive sfere di competenza nonché le forme di coordinamento tra Consiglio dei Ministri e Presidente della Repubblica; rispetto alla neonata figura del Primo Ministro si è segnalata invece l'importanza di menzionare espressamente la possibilità, per l'Assemblea Nazionale, di revocare il mandato assegnato, stabilendo forme e condizioni a tale scopo. La proposta di modifica più incisiva rispetto al testo di riforma del 2018 ha riguardato però il Presidente della Repubblica: se il Comitato di esperti guidato da Raúl Castro aveva immaginato un Capo dello Stato eletto dall'Assemblea Nazionale, durante l'*iter* di consultazione popolare si è andata consolidando la preferenza per l'elezione popolare diretta del Presidente della Repubblica, eventualmente a partire da una rosa di candidati designati dall'Assemblea nazionale tra i propri membri.

Il testo definitivo della nuova Costituzione risulta privo di gran parte di queste indicazioni, a partire proprio dall'elezione diretta del Presidente della Repubblica; quest'ultimo, al pari del Consiglio di Stato e del Consiglio dei Ministri, promana infatti dall'Assemblea nazionale⁵⁵, della quale è ribadito il carattere di "organo supremo dello Stato", espressione della volontà sovrana del popolo di Cuba e unico organo con potestà costituente e legislativa della Repubblica (artt.

⁵³ Queste proposte e le successive di cui si darà sinteticamente conto sono state formulate sul blog *La Cosa* e sono state raccolte nel documento *Opiniones publicadas en el blog La Cosa sobre el Proyecto de Constitución de la Republica de Cuba*, a cura di M. A. Cabrera Arús, reperibile online sul blog jcguanche.wordpress.com.

⁵⁴ Si è proposto, ad es., di dettagliare le circostanze in presenza delle quali, essendo impossibile per l'Assemblea Nazionale riunirsi in sessione ordinaria, il Consiglio di Stato è autorizzato a rappresentare l'Assemblea, e di estendere la possibilità per l'Assemblea di revocare gli atti del Consiglio di Stato (così come quelli del Presidente della Repubblica) oltre l'ipotesi di "contrarietà alla Costituzione o alle leggi" (formula che è invece rimasta nel testo definitivo, cfr. art. 108 lett. g) Cost.).

⁵⁵ Il 13 luglio 2019 è stata approvata la nuova legge elettorale, n. 127, in ottemperanza alla prima disposizione transitoria della nuova Cost., che rinviava all'elaborazione di una successiva legge elettorale per la disciplina dell'elezione dei deputati all'Assemblea Nazionale, nonché del Presidente, Vicepresidente e Segretario dell'Assemblea stessa; del Consiglio di Stato; del Presidente e del Vicepresidente della Repubblica; dei membri del Consiglio elettorale nazionale; dei Governatori provinciali e dei Vice governatori; dei delegati alle Assemblee comunali del potere popolare, nonché dei loro Presidenti e Vice presidenti. La nuova legge non contiene novità significative rispetto al testo del 1992, per espressa ammissione del Presidente della Commissione Affari costituzionali e giuridici dell'Assemblea Nazionale, José Luis Toledo Santander.

102 e 103 Cost.). Alla derivazione dall'Assemblea Nazionale è generalmente ricollegata la responsabilità dell'organo e l'obbligo di "rendere conto" dinanzi alla stessa Assemblea; è inoltre stabilito, quale principio generale, che l'Assemblea possa revocare o sostituire le persone dalla stessa elette o designate (art. 109 lett. j)).

Il Consiglio di Stato continua a essere identificato quale organo che rappresenta l'Assemblea quando la stessa non è in sessione, che esegue le sue decisioni e compie tutte le altre funzioni assegnate dalla Costituzione e dalla legge (art. 107 Cost.). Esso mantiene la sua natura di organo collegiale, composto tuttavia da un numero di membri non più fisso, così come previsto dalla Cost. del 1976, ma determinato dalla stessa Assemblea Nazionale; è inoltre stabilito che non possono far parte del Consiglio di Stato i membri del Consiglio dei Ministri, al pari delle massime autorità degli organi giudiziari, elettorali e di controllo statale (art. 121 Cost.).

Gli artt. 125 e s. disciplinano la nuova figura del Presidente della Repubblica. Con il superamento della figura del Presidente del Consiglio di Stato come organo che "rappresenta lo Stato e il Governo" (art. 93 lett. a) Cost. 1976), il Presidente della Repubblica è ora l'organo monocratico preminente nella forma di governo cubana; al Presidente sono attribuite importanti funzioni di determinazione dell'indirizzo politico, anche in tema di politica estera e della difesa e sicurezza nazionale, in precedenza spettanti ad altri organi costituzionali⁵⁶.

Nonostante, come già ricordato, durante il processo di revisione costituzionale fosse stata avanzata da più parti la proposta di elezione popolare diretta, l'art. 126 Cost. prevede che il Presidente della Repubblica sia eletto dall'Assemblea nazionale "fra i suoi deputati", per un mandato di cinque anni. Sono inoltre fissati dei limiti all'eleggibilità a Presidente della Repubblica: il primo consiste nel doppio mandato consecutivo (art. 126 c. 3 Cost.), la cui formulazione non sembra, tuttavia, escludere la possibilità di ulteriori mandati non consecutivi;

⁵⁶ Diversi poteri attribuiti dall'art. 128 Cost. al Presidente della Repubblica spettavano al Consiglio di Stato, e, in particolare, al suo Presidente, ai sensi della Cost. previgente: es. rappresentare lo Stato e dirigere la sua politica generale (lett. b)); proporre all'Assemblea Nazionale o al Consiglio di Stato l'elezione, designazione, sospensione, revoca o sostituzione delle massime cariche dello Stato, tra le quali il neoistituito Primo Ministro (lett. f)); fungere da Comando Supremo delle istituzioni armate e determinare la loro organizzazione generale (lett. i)); presiedere il Consiglio di Difesa Nazionale e proporre all'Assemblea Nazionale o al Consiglio di Stato, a seconda dei casi, di dichiarare lo stato di guerra o la guerra in caso di aggressione militare (lett. j)); decretare la Mobilitazione Generale quando la difesa del paese lo richieda, così come dichiarare lo Stato di Emergenza e la Situazione di Disastro, nei casi previsti dalla Costituzione (lett. k)), ecc. Il Presidente della Repubblica dirige inoltre la politica estera, le relazioni con altri Stati e la politica relativa alla difesa e alla sicurezza nazionale (lett. c)), attribuzioni precedentemente di competenza del Consiglio dei Ministri (art. 98 Cost 1976), mentre l'approvazione delle leggi emanate dall'Assemblea Nazionale e la disposizione della loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, sulla base della lett. d), spettava al Presidente dell'Assemblea Nazionale (quest'ultimo mantiene la competenza a firmare leggi, decreti-legge e *acuerdos* adottati dall'Assemblea Nazionale e dal Consiglio di Stato, nonché a disporre la pubblicazione dei decreti-legge e degli *acuerdos* sulla Gazzetta Ufficiale, *ex* art. 111 lett. f)).

il secondo, previsto dall'art. 127 Cost., è relativo all'età minima (35 anni) e massima (60 anni) per l'accesso alla carica.

Il Consiglio dei Ministri, che costituisce il Governo della Repubblica in quanto «máximo órgano ejecutivo y administrativo» (art. 133 Cost.), e il Primo Ministro sono designati dall'Assemblea nazionale, sulla base di una proposta di nominativi avanzata dal Presidente della Repubblica (artt. 128 lett. f) e 141). Al Primo Ministro – eletto dall'Assemblea Nazionale, fra i suoi deputati, a maggioranza assoluta – sono assegnate diverse funzioni in precedenza svolte dal Presidente del Consiglio di Stato⁵⁷.

Si può affermare che la cifra costitutiva del nuovo assetto istituzionale sia l'avvenuto superamento, almeno sul piano formale, della concentrazione del potere esecutivo in capo a un unico soggetto: laddove in precedenza dominava la figura del Presidente del Consiglio di Stato, oggi si è di fronte a una «soluzione esplosa» che ruota attorno al Presidente della Repubblica, al Presidente del Consiglio di Stato e al Primo Ministro, con i primi due organi in posizione di superiorità rispetto al terzo⁵⁸.

Le ricadute della moltiplicazione numerica degli organi costituzionali, d'altra parte, non sono affatto scontate, tanto sul piano dell'effettività quanto su quello del positivo apporto alla collaborazione tra poteri.

Rispetto a questo secondo profilo, ad esempio, l'indeterminatezza delle relazioni tra le due figure preminenti dell'Esecutivo, ovvero Presidente del Consiglio di Stato e Presidente della Repubblica, rischiano di rappresentare un problema e di aumentare stalli e conflittualità, senza che il sistema di controlli incrociati pure previsto riesca a evitare scontri istituzionali potenzialmente insanabili⁵⁹.

A non essere scontata, come si è detto, è l'idea stessa che a interferenze e controlli reciproci corrisponda un'effettiva limitazione del potere spettante agli organi di vertice. Dall'Assemblea Nazionale, finora composta da deputati espressione del partito unico, promanano gli altri organi costituzionali: ciò che si realizza è una derivazione degli organi con poteri esecutivi dall'organo legislativo, derivazione alla quale non corrisponde un'effettiva capacità di destituzione e che quindi si risolve in un'"integrazione" tra organi incompatibile con la *ratio* della

⁵⁷ Ad es., ai sensi dell'art. 144 Cost., rappresentare il Governo della Repubblica (lett. b)), convocare e dirigere le sessioni del Consiglio dei Ministri o del suo Comitato Esecutivo (lett. c)), assistere e controllare lo svolgimento delle attività degli organismi dell'Amministrazione Centrale dello Stato, degli enti nazionali e delle amministrazioni locali (lett. d)), ecc.

⁵⁸ Cfr. L. Cuocolo, *op. cit.*, XIV, che intravede «una prevedibile torsione presidenziale della forma di governo ed una conseguente potenziale frizione tra la figura del Presidente della Repubblica e quella del Presidente del Consiglio di Stato», XV.

⁵⁹ La nuova Costituzione ha infatti previsto, da un lato, che il Consiglio di Stato possa sospendere i decreti presidenziali ritenuti in contrasto con la Costituzione o con le leggi (art. 122, lett. h) Cost.) e che, dall'altro lato, il Presidente della Repubblica possa proporre la sospensione degli atti del Consiglio di Stato (e degli altri organi dello Stato) che siano contrari alla Costituzione, alle leggi, o agli interessi generali del Paese (art. 128 lett. n) Cost.). Il potere di revoca, totale o parziale, degli atti degli organi statali in quanto contrari alla Costituzione e alle leggi spetta all'Assemblea Nazionale.

separazione dei poteri⁶⁰. Se l'Assemblea Nazionale è formalmente autorizzata a revocare o sostituire le persone dalla stessa elette o designate, infatti, i reali rapporti di forza sono di tutt'altro segno: il Consiglio di Stato, ad esempio, dispone la celebrazione di eventuali sessioni straordinarie dell'Assemblea (art. 122 lett. d)) e, nei fatti, può condizionarne l'attività controllando l'ordine del giorno dei lavori parlamentari⁶¹. La riforma costituzionale non sembra dunque essere andata nella direzione, pure auspicata da diversi costituzionalisti, del potenziamento degli strumenti di controllo e di censura esercitabili dall'Assemblea Nazionale nei confronti dei massimi organi esecutivi⁶².

D'altra parte, non può negarsi che con la moltiplicazione degli organi costituzionali si tenti di ottenere una più chiara distinzione tra potere legislativo ed esecutivo idonea a incidere sulla stessa forma di Stato, nella direzione del pluralismo delle sedi decisionali e, potenzialmente, del rafforzamento del principio democratico.

Il collegamento tra moltiplicazione degli organi costituzionali, ripartizione del potere tra più organi e potenziamento della democrazia si presta però a delle considerazioni critiche tanto dalla prospettiva della costruzione della *democracia socialista cubana* quanto nell'ottica della separazione dei poteri quale fulcro della democrazia di derivazione liberale.

Dal punto di vista della forma di Stato socialista consacrata con la rivoluzione castrista, infatti, è stato sottolineato come l'introduzione di un organo di vertice a carattere monocratico, quale il nuovo Presidente della Repubblica, difficilmente potrà sanare la ferita inflitta dalla prassi politica e istituzionale cubana al "principio collegiale e deliberativo" sancito dalla Cost. del 1976. La previsione, da parte del testo costituzionale previgente, di due organi collegiali (Consiglio di Stato e Consiglio dei Ministri), con a capo uno stesso Presidente, è stata infatti inficiata da una «práctica política basada en el carisma personal que, durante mucho tiempo, contribuyó a reforzar en el sentido común el valor de contar con un Presidente, un líder, una voz unipersonal. Valor que parece ser asumido como condición natural de toda organización política y desde el que se presume que otras formulaciones son inoperantes». Secondo questa prospettiva,

⁶⁰ Come già ricordato, infatti, il Consiglio di Stato è eletto dall'Assemblea nazionale e la "rappresenta"; il Presidente della Repubblica è eletto dall'Assemblea nazionale "fra i suoi deputati"; nonostante sia prescritto che i membri del Consiglio dei Ministri non debbano essere scelti tra i deputati, questo non vale per il Primo Ministro (art. 153 Cost.).

⁶¹ L'ordine del giorno è proposto dal Presidente dell'Assemblea Nazionale, che è ora anche Presidente del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 lett. e).

⁶² Cfr. M. Álvarez Arce, *El Proyecto para una nueva Constitución de la República de Cuba 2018: los desafíos políticos*, in *La Cosa. Democracia. Socialismo. Republica*, blog di J. C. Guanache, Septiembre 11, 2018, che rimarca come siano in realtà il Consiglio di Stato (e, in particolare, il suo Presidente e Vice-Presidente) e il nuovo Presidente della Repubblica ad adottare le decisioni fondamentali, senza reali controlli e contrappesi. Il limite di mandati consecutivi, ad esempio, è sancito per il solo Presidente della Repubblica e non per altri organi che pure esercitano poteri decisionali rilevanti, quali Presidente e Vice-Presidente del Consiglio di Stato e Segretario dell'Assemblea nazionale; in ogni caso, la previsione del limite dei due mandati rischia di risultare inefficace, nella misura in cui non è assistito dal divieto di rotazione nelle altre cariche poste al vertice dello Stato.

tuttavia, una cosa è tentare di correggere la “deviazione permanente” dalla Cost. del 1976, ovvero la “schizofrenia” tra il disegno istituzionale e la sua concreta implementazione, altra cosa è sancire la vera e propria rinuncia al principio collegiale mediante l’istituzione di figure unipersonali quali Presidente della Repubblica, Primo Ministro, Governatore⁶³.

Dalla prospettiva dell’effettiva separazione dei poteri, si sono già menzionati alcuni profili di perplessità circa la reale portata delle innovazioni introdotte con la Costituzione del 2019; la valutazione degli effetti prodotti dalle norme costituzionali andrà condotta alla luce dell’evoluzione delle dinamiche politiche, tenendo conto, in particolare, dell’interpretazione che di quei poteri e di quelle prerogative costituzionali sarà fornita dalle personalità politiche che concretamente ricopriranno gli incarichi di vertice dell’organizzazione statale⁶⁴.

Un ruolo cruciale, rispetto a questo scenario politico-costituzionale, è svolto evidentemente dal Partito comunista cubano: se è vero che la nuova Costituzione ha ribadito il ruolo fondamentale del Partito comunista (art. 5 Cost.), addirittura rafforzando, rispetto al testo del 2018, il riferimento al comunismo quale unico orizzonte politico nel quale è realizzata la piena dignità dell’essere umano (così nel Preambolo), alcuni segnali parrebbero dimostrare che la scena politica cubana è in mutazione.

È lo stesso processo di revisione costituzionale ad aver svelato un quadro più dinamico e frammentato di quello dipinto dalle fonti ufficiali. I numeri del referendum costituzionale, ad esempio, hanno restituito un’immagine mutata rispetto al passato: se nel referendum per l’approvazione della Costituzione del 1976 si era recato alle urne il 98% degli aventi diritto e il “sì” aveva raggiunto il 97,7%, nel 2019 ha partecipato al voto l’84,4% del totale degli elettori, con il 86,85% che ha votato a favore della Costituzione e il 9% che si è espresso in senso contrario. Ancora prima, in occasione dei dibattiti pubblici organizzati nel corso del processo di consultazione popolare e poi in occasione del referendum costituzionale, alcuni gruppi e soggetti politici sono effettivamente riusciti a manifestare pubblicamente il proprio dissenso, a dimostrazione dell’emersione, pur difficile e contrastata, di voci che non si riconoscono nella linea politica dettata dal Partito comunista. Se le forze di opposizione, organizzate in piccoli gruppi illegali, hanno fatto campagna per il “no” o per l’astensione⁶⁵, diversi esponenti della gerarchia cattolica e delle chiese evangeliche, così come personalità riconducibili al “campo riformista autorizzato”, hanno segnalato alcuni aspetti critici della riforma costituzionale, pur non assumendo una posizione di esplicita contrarietà⁶⁶.

⁶³ Cfr. A. Dacal Díaz, *¿Para qué necesitamos un presidente?*, in *La Cosa. Democracia. Socialismo. Republica*, blog di J. C. Guancho, octubre 21, 2018, che riserva le stesse critiche all’introduzione di altre «figuras unipersonales» quali Primo Ministro e Governatore.

⁶⁴ Cfr., in questo senso, L. Cuocolo, *op. cit.*, XVI, secondo il quale, sulla base di tali diverse interpretazioni, si potrebbe, «nei fatti, accentuare una distinzione tra organi che potrà ingenerare anche una più marcata distinzione tra funzioni».

⁶⁵ Hanno sostenuto il “no” al referendum, ad esempio, la *Mesa de la Unidad Democrática* e la *Unión Patriótica Cubana*.

⁶⁶ Si è già fatto riferimento al ruolo decisivo svolto da blog e siti web quali piattaforme di dibattito sulla cultura politica cubana; tale dibattito ha visto confrontarsi analisi e ricostruzioni

Le modifiche apportate dalla nuova Costituzione, in buona sostanza, non sembrano essere in grado di contemperare gli squilibri connaturati a quella tendenza alla concentrazione del potere che ha segnato, pur nelle differenti esperienze politico-costituzionali, la forma di governo a Cuba: dall'accentramento quale attributo della *provisionalidad* (fin dalle costituzioni *mambisas*) al principio dell'unità del potere nella Costituzione socialista, passando per quell'"iper-presidenzialismo" che accomuna Cuba agli altri paesi del continente latinoamericano⁶⁷. È pur vero, come già osservato, che a giocare un ruolo decisivo ai fini di una corretta comprensione della forma di governo sarà la formula politica, sia nel senso del condizionamento che il Partito comunista riuscirà a esercitare sui soggetti che accederanno agli organi costituzionali di vertice sia in relazione al riconoscimento del pluralismo politico e ideologico.

Maria Chiara Locchi
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Perugia
maria.locchi@unipg.it

niente affatto scontate, spesso nel tentativo di un recupero delle ragioni profonde del socialismo cubano attraverso la critica dell'identificazione tra «pueblo» e «Estado», «Partido» e «administración», «gobierno» e «Estado», cfr. J. A. Fernández Estrada, *Preocupaciones sobre la cultura política en Cuba (I)*, in *Cuba Posible*, 2019-03-15, cubaposible.com. L'Autore, docente presso il *Centro de Estudios de Administración Pública* dell'Università dell'Avana, è tra coloro che auspicano un nuovo protagonismo della società civile, alla quale è affidato il compito di sostenere l'azione delle istituzioni ufficiali dello Stato con la proposizione di nuovi temi e la promozione di nuovi valori e pratiche sociali. Il ruolo cruciale della società civile è ricondotto da Fernández Estrada alla povertà della "cultura politica, giuridica e istituzionale" dei deputati cubani, emersa con chiarezza nel corso delle sessioni di esame delle proposte di modifica del testo di riforma costituzionale presentate durante la consultazione pubblica: «Fue notable, en una muestra selecta de intervenciones de diputados, el mal uso del idioma, los discursos trillados llenos de lugares comunes, las peticiones propias de políticos de derecha en todo el mundo (como las del trabajo obligatorio), las confusiones entre conceptos clave en las discusiones (como los de identidad de género y orientación sexual), la vulgaridad de los discursos y los ademanes, incluidos aquí algunos que coordinaban los debates desde las respectivas presidencias de las Comisiones».

⁶⁷ Sull'iper-presidenzialismo come tratto caratteristico dell'evoluzione costituzionale degli Stati latinoamericani cfr. R. Gargarella, *The "Engine Room" of the Constitution (with Some Particular Attention to the Cuban Case)*, in *Cuban Studies*, 45. 2017, 22-25, che segnala gli squilibri a favore dell'Esecutivo nella storia costituzionale cubana a partire dal testo del 1901, passando per il tentativo di moderazione dei poteri presidenziali nella Cost. del 1940, per poi arrivare alla vera e propria "fagocitazione" dell'intero ordinamento costituzionale sancita con il regime socialista.

Il partito comunista nella nuova Costituzione cubana

di Maria Angela Orlandi

Abstract: The Communist Party of Cuba and the new Constitution – This article analyses the role of the Communist Party of Cuba within the new Constitution adopted in 2019. While the Constitution clinging on the basic principles of the Socialist State, new innovative elements generate a tension between the alleged necessity of a single-party-system and openness to civil society, entailing the acknowledgment of pluralism, as Jose Martí's thought would have us to believe.

Keywords: Cuba; Constitution; Communist Party; Single-party-system; Leading role.

1. Introduzione

Adottata al termine di un lungo processo iniziato nel 2013 la nuova Costituzione cubana che innova la quasi totalità delle disposizioni contenute nel precedente testo costituzionale, pur restando saldamente ancorata ai principi base dello Stato socialista, presenta tuttavia alcuni interessanti elementi di novità anche per quanto riguarda il Partito comunista (PCC) e il ruolo che intende mantenere all'interno dello Stato e della società.

Quinta in ordine di tempo, a partire dalla Costituzione del 1869 che fece seguito al primo tentativo di insurrezione armata per l'indipendenza del Paese, la nuova Costituzione fin dal suo Preambolo dal forte impatto ideologico rivendica da un lato uno stretto legame ideale con i movimenti indipendentisti, democratici e libertari di fine '800, riaffermando ed enfatizzando quanto già contenuto nel precedente testo costituzionale del 1976 e, dall'altro lato, si pone anche in linea di continuità con l'ordinamento comunista e i suoi principi secondo la visione del suo *Líder Maximo*, Fidel Castro, scomparso di recente e ora ricordato espressamente accanto a José Martí patriota e fondatore della coalizione denominata Partito rivoluzionario cubano¹, insieme a Marx, Engels e Lenin².

Già da queste prime enunciazioni emerge la volontà della dirigenza del PCC di ricercare, in questa fase di graduale cambiamento e di modernizzazione del sistema, una fonte di legittimazione nella tradizione rivoluzionaria, libertaria

¹ Sul pensiero politico e giuridico di J. Martí si v. A. Matilla Correa (coord.), *José Martí: miradas desde el Derecho*, La Habana, 2018.

² Il Preambolo della Costituzione afferma che il popolo cubano è guidato «por lo más avanzado del pensamiento revolucionario, antiimperialista y marxista cubano, latinoamericano y universal, en particular por el ideario y ejemplo de Martí y Fidel y las ideas de emancipación social de Marx, Engels y Lenin».

e indipendentista del Paese dedicando una maggiore attenzione alle esigenze della società civile senza tuttavia nulla concedere alle richieste di apertura verso il pluralismo politico e ideologico né in favore di un cambiamento dell'ordinamento costituzionale.

Al contrario, l'art. 4 Cost. ribadisce che «el sistema socialista que refrenda esta Constitución, es irrevocable», mentre l'art. 229 Cost. ne vieta espressamente la revisione ponendo una sorta di “clausola di eternità”.

Si tratta di una disposizione introdotta per volontà dello stesso Fidel Castro già nel 2002 nel testo costituzionale allora vigente e approvata tramite *referendum* con un'amplissima maggioranza. L'intento del *Líder Maximo* era proprio quello di contrastare una proposta di *referendum* costituzionale presentata ai sensi dell'art. 88 lett. g Cost. all'Assemblea nazionale da alcuni gruppi della dissidenza tra cui il *Movimiento Cristiano de Liberación* guidato dal suo fondatore, Oswaldo Payá, e sostenuta da 11 mila firme. I proponenti chiedevano alcune riforme in senso democratico dell'ordinamento quali il riconoscimento della libertà di espressione e di associazione, la concessione dell'amnistia per i detenuti politici, elezioni libere e competitive e il diritto all'iniziativa privata³.

Tale proposta, nota come il Proyecto Varela che ebbe il sostegno della comunità internazionale e in particolare degli Stati Uniti, se costituì l'ennesima occasione per un inasprimento delle relazioni, già tese, fra i due Paesi⁴, contribuì comunque a riavviare una riflessione all'interno del PCC sulle prospettive di sviluppo dell'economia e della società cubana dopo l'importante riforma costituzionale deliberata dal IV Congresso del PCC e approvata nel 1992 con l'intento di fronteggiare la grave crisi economica (il c.d. “periodo especial”) che aveva colpito il Paese in seguito alla perdita del sostegno dell'ormai dissolta Unione sovietica e della conseguente caduta dei regimi comunisti in Europa centro orientale.

Se la timida apertura alla proprietà privata, agli investimenti stranieri (grazie alla creazione di società a capitale misto alle quali, negli ultimi anni, si sono aggiunte le società straniere insediate nella zona speciale di Mariel) e, infine, alla rinuncia al monopolio statale del commercio estero ha trovato conferma nel nuovo testo costituzionale, come si è detto i principi di base dello Stato cubano non sono stati messi in discussione nonostante qualche elemento innovativo.

³ Cfr. B. Bernal, *Las Constituciones de Cuba Republicana*, Miami, Instituto y Biblioteca de la libertad, 2003, pp. 235 e ss.

⁴ Il sostegno da parte degli USA a tale iniziativa fu considerato dal governo cubano come l'ennesima ingerenza negli affari interni del Paese. A ciò si aggiunga che l'amministrazione Bush, dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, avviò una politica di lotta indiscriminata al terrorismo internazionale che portò a includere Cuba fra i Paesi del c.d. “asse del male”. Tale decisione andò a sommarsi all'embargo economico già imposto da tempo. Nella Disposición especial introdotta nel testo costituzionale nel 2002 si afferma che la scelta di dichiarare irrevocabile il sistema socialista costituisce la «digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de Estados Unidos».

2. Il processo di elaborazione e approvazione della nuova Costituzione

Una prima (parziale)⁵ novità è stata, senza dubbio, il lungo processo di elaborazione e approvazione del nuovo testo costituzionale che ha impegnato il PCC al suo interno e ha visto anche la partecipazione della società civile chiamata a esprimere la sua opinione e a formulare proposte di emendamenti.

Come è regola negli Stati socialisti, il 13 maggio 2013 l'Ufficio politico del Partito comunista ha istituito un gruppo di lavoro presieduto da Raúl Castro, Primo segretario del PCC, e composto da 12 esperti in vari settori da quello economico al politico, da quello sociale al giuridico, selezionati dal partito stesso col compito di svolgere una valutazione dell'impatto sull'ordinamento giuridico delle riforme avviate dal VI Congresso del PCC. Quest'ultimo, svoltosi nell'aprile del 2011, aveva già avuto come obiettivo la predisposizione di un progetto di Costituzione che tenesse conto di tali innovazioni.

Secondo le dichiarazioni ufficiali del PCC la Commissione, nell'orientare il suo lavoro, ha preso in esame le tradizioni costituzionali e politiche del Paese ma anche il c.d. "Nuovo costituzionalismo latinoamericano" e in particolare le Costituzioni della Colombia, del Venezuela, della Bolivia e dell'Equador nonché altre esperienze costituzionali di Stati socialisti che, come è noto, hanno conosciuto (e stanno conoscendo) in questi decenni grandi cambiamenti del sistema economico e sociale quali la Cina e il Vietnam⁶.

In occasione del VII Congresso del PCC nell'aprile 2016 lo stesso Raúl Castro ha annunciato che la Commissione aveva terminato i suoi lavori giungendo alla stesura di una bozza in linea con quanto deliberato dal PCC⁷ sia per quanto riguardava le trasformazioni in campo economico così come stabilito nelle Risoluzioni *La Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista*, *El Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta 2030: Visión de la Nación, Ejes y Sectores Estratégicos* e *Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, sia sui compiti che il Partito stesso si era assegnato a conclusione della Prima Conferenza nazionale del PCC del 2012 nella Risoluzione *Los Objectivos de Trabajo del Partido*⁸.

Approvato dall'Ufficio politico il 29 giugno dell'anno successivo il progetto è poi giunto all'Assemblea nazionale nel giugno 2018 per la stesura definitiva affidata a una Commissione, sempre presieduta da Raúl Castro e composta da 33 deputati.

Dopo la definitiva approvazione da parte del VII Plenum del Comitato Centrale del PCC nel luglio dello stesso anno è stata avviata una consultazione

⁵ Anche il progetto di Costituzione del 1976 è stato sottoposto a un dibattito pubblico e infine a *referendum* ma il procedimento è stato meno lungo ed elaborato. Cfr. A. Noguera Fernández, *La participación popular en Cuba. Análisis jurídico y propuestas dentro del contexto cubano para su perfeccionamiento*, in *Foro Internacional*, n. 3, 2006, pp. 493 e ss.

⁶ Cfr. *Carta Magna con intencionalidad transformadora y sensibilidad política*, in *granma.cu*, del 27 luglio 2018; e M. Bueros Matamoros, *El proceso de reforma de la Constitución en Cuba*, del 30 luglio 2018, in *cubaposible.com*.

⁷ Cfr. *Carta Magna con intencionalidad transformadora y sensibilidad política*, cit.

⁸ I documenti citati sono reperibili nel sito ufficiale del PCC all'indirizzo: www.pcc.cu/es.

popolare che, secondo i dati ufficiali forniti dal Consiglio di Stato, ha coinvolto in modo attivo e partecipativo un numero considerevole di cittadini. Con un gesto distensivo e di apertura verso la diaspora, a tale consultazione, hanno potuto prendere parte anche coloro che vivono all'estero i quali, tuttavia, non hanno potuto partecipare al successivo *referendum*.

Sulla base delle oltre 9.000 proposte di emendamento inviate, la Commissione di redazione ha poi apportato ben 760 modifiche al progetto di Costituzione⁹ il cui testo definitivo è stato infine sottoposto a *referendum* ottenendo un ampio sostegno sebbene non così unanime come in passato¹⁰. Segno di una società civile comunque attiva e in fermento che in futuro potrà forse svolgere un ruolo più incisivo nella vita istituzionale, politica e sociale del Paese¹¹.

Del resto occorre osservare come la Costituzione del 1976 non avesse previsto la fase della consultazione popolare nel procedimento di revisione, ma la dirigenza del PCC ha ritenuto necessario avviarla proprio per consentire alla popolazione di esprimersi in un momento di così complessa trasformazione per il Paese.

3. Il ruolo del Partito comunista

Anche l'art. 5 della nuova Costituzione nel descrivere il ruolo del PCC introduce alcune interessanti novità rispetto al testo costituzionale del 1976.

Innanzitutto stabilisce espressamente che il PCC è l'unico partito ammesso.

L'art. 5 della Costituzione del 1976 non ne faceva cenno nonostante fosse stato elaborato sul modello della Costituzione staliniana del 1936 e il PCC fosse già l'unico partito presente nel Paese fin dal 1965, anno della sua fondazione, grazie alle fusioni del Partito socialista popolare di Blas Roca, del Movimento 26 luglio e del Direttorio rivoluzionario 13 marzo che dapprima nel 1961 diedero vita all'Organizzazione rivoluzionaria integrata e poi nell'anno successivo al Partito unito della rivoluzione socialista.

Secondo le parole pronunciate da Raúl Castro in occasione dell'inaugurazione dei lavori del VII Congresso del PCC, il dibattito sviluppatosi all'interno del PCC sulla decisione di consentire la formazione di nuovi partiti politici è giunto alla conclusione che il pluripartitismo indebolirebbe non solo l'azione del PCC nell'edificazione del socialismo ma metterebbe anche in pericolo l'indipendenza del Paese conquistata a così caro prezzo¹².

⁹ Cfr. *Presentan a los diputados resultados de la consulta popular del Proyecto de Constitución*, in *Cubadebate.cu*, del 18 dicembre 2018.

¹⁰ Cfr. L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, in *DPCE online*, n. 1, 2019, p. XIII, ha osservato come la partecipazione al *referendum* sia stata notevole ma non così ampia come in passato. Più di 700.000 cubani non si è recato alle urne, mentre i voti contrari e gli astenuti sono stati il 9% circa. La maggior parte di essi sono giovani delle città più importanti ove i contatti e i rapporti con l'estero sono più frequenti.

¹¹ Alcuni studiosi hanno tuttavia criticato apertamente questo procedimento giudicato poco trasparente e, di fatto, dominato dal PCC. Cfr. M. Borgos Matamoros, *El proceso de reforma de la Constitución en Cuba*, cit.

¹² Cfr. R. Castro, *Relazione introduttiva*, al VII Congresso del PCC presentata il 16 aprile 2016 e reperibile all'indirizzo: www.cubainformazione.it

Sotto questo profilo, il PCC si autoproclama fedele continuatore del Partito rivoluzionario cubano fondato da José Martí e dei movimenti indipendentistici e libertari dell'800 che hanno lottato contro il colonialismo spagnolo e la dominazione statunitense, nonché l'erede diretto delle tre organizzazioni rivoluzionarie che hanno lottato contro il regime di Batista.

Rivendicazioni che ritroviamo espresse sia nel nuovo testo costituzionale che, all'art. 5 proclama «el Partido comunista de Cuba, único, martiano, fidelista, marxista y leninista» sia nello Statuto del PCC¹³.

In questo il PCC riafferma la sua fedeltà alla linea politica tracciata dallo stesso Fidel Castro nel IV Congresso del PCC e recepita con la revisione nel 1992 del precedente testo costituzionale con la quale è stato introdotto il nome di José Martí accanto a quelli di Marx, Engels e Lenin in un momento in cui la caduta dell'URSS e dei regimi comunisti in Europa centro orientale poneva in dubbio l'esistenza stessa dello Stato socialista a Cuba mentre le tensioni con le presidenze G.H.W. Bush e W.J. Clinton rendevano necessario recuperare nella tradizione rivoluzionaria e indipendentista se non liberal-democratica del Paese una nuova fonte di legittimazione del PCC.

Un cammino ideologico che non appare ancora delineato con chiarezza e che emerge in alcune disposizioni della nuova Costituzione.

Innanzitutto il Preambolo del nuovo testo costituzionale non fa più menzione all'obiettivo dell'edificazione del comunismo affidato alla società cubana¹⁴.

Un compito che nel progetto sottoposto alla consultazione popolare non riguardava più neppure il PCC e che è stato reintrodotta nel testo definitivo accogliendo una delle numerose proposte presentate nel corso della consultazione popolare¹⁵.

Se, sotto il profilo ideologico, il PCC resta dunque fedele alla dottrina comunista rivendicando inoltre il suo ruolo guida di forza politica dirigente suprema della società cubana e dello Stato nell'organizzare e orientare gli sforzi comuni per la costruzione del socialismo e l'edificazione, in futuro, di una società comunista, diversamente dal testo costituzionale del 1976 nel nuovo art. 5 Cost. è stata aggiunta una disposizione che stabilisce che il partito si fonda sul suo

¹³ Il Preambolo dello Statuto del PCC afferma che il partito «encarna las heroicas tradiciones revolucionarias del pueblo cubano ... contra el colonialismo español y el neocolonialismo imperialista de Estados Unidos, y constituye un fiel continuador del Partido revolucionario que fundó José Martí para la lucha por la independencia nacional, del Primer Partido comunista ... y de las organizaciones revolucionarias que protagonizaron la lucha contra la tiranía proimperialista derrocada el 1ro de enero de 1959». Sul punto si v. M. Prieto Valdés, *Cuba, su desarrollo constitucional posterior a 1959 y su diseño político*, Conferenza tenuta l'11 ottobre 2004, Salón 250 aniversario, Cuba.

¹⁴ Il Preambolo della nuova Costituzione si limita ora esprimere la convinzione del popolo cubano sul fatto che il Paese «no volverá jamás al capitalismo como régimen sustentado en la explotación del hombre por el hombre, y que solo en el socialismo en el comunismo el ser humano alcanza su dignidad plena».

¹⁵ Cfr. un riassunto della Relazione del Segretario del Consiglio di Stato, H. Acosta Álvarez, ai deputati dell'Assemblea nazionale in *Presentan a los disputados resultados de la consulta popular del Proyecto de Constitución*, in *Cubadebate.com*, del 18 dicembre 2018.

carattere democratico e sul rapporto permanente con il popolo.

Un'affermazione che, come le altre, va letta alla luce dei postulati dell'ordinamento socialista.

Essa infatti non mette in discussione il principio organizzativo del centralismo democratico e il suo corollario del divieto di frazionismo riaffermati dagli artt. 15 e 18 dello Statuto del PCC, né l'analogo principio della doppia dipendenza – secondo una terminologia maggiormente utilizzata in URSS e negli Stati socialisti dell'Europa centro orientale – che regola i rapporti tra gli organi dello Stato e ribadito dall'art. 101 della nuova Costituzione¹⁶.

Una tale disposizione sembra invece trovare un primo riscontro con l'impegno assunto dai vertici del PCC di convocare con regolarità i Congressi del PCC al fine di consentire lo sviluppo di un maggior dibattito interno.

In effetti, dominato dalle storiche figure di Fidel e Raúl Castro il PCC, diversamente da quanto stabilito dal suo Statuto che prevede la convocazione del Congresso ogni 5 anni, non sempre ha rispettato tale termine. Se tra il IV e il V Congresso sono trascorsi sei anni, tra il V e il VI Congresso del 2011 dal quale è stato avviato il processo di riforma costituzionale con la *Resolución sobre los lineamientos de la política económica y social del partido y la Revolución* ne sono trascorsi quattordici, nel corso dei quali l'ordinamento giuridico specie in campo economico e conseguentemente la società cubana hanno conosciuto significative trasformazioni¹⁷.

I temi dell'organizzazione interna del PCC e dei rapporti tra il Partito e la società cubana sono stati affrontati dalla Prima Conferenza del PCC che si è svolta nel 2012 e dalla IV Commissione del VII Congresso del PCC del 2016¹⁸.

In esse se è stato ribadito che il PCC è il «Partido único de la nación cubana», tuttavia è stato posto in rilievo la necessità di aprire il Partito alla partecipazione di varie categorie di soggetti attingendo alle organizzazioni sociali satelliti al fine di renderlo più inclusivo, moderno e adatto alle nuove condizioni di vita del Paese. Per queste ragioni è stato deciso di avviare un cambio generazionale dei quadri dirigenti del Partito e di quelli presenti nello Stato e nella pubblica amministrazione.

A tal fine è stato posto un limite massimo di età a 70 anni per le alte cariche dirigenti del PCC e a 60 anni per i membri del Comitato Centrale che ha già consentito un parziale rinnovamento: dei 141 membri dell'attuale Comitato

¹⁶ Già con la riforma costituzionale del 1992 all'art. 66 Cost. del 1976 non si faceva più espressamente riferimento al principio del centralismo democratico ma più in generale ai «principi della democrazia socialista» le cui regole tuttavia restavano sostanzialmente invariate. Ora l'art. 101 Cost. ribadisce tali regole alle quali aggiunge l'obbligo da parte degli organi statali, dei dirigenti e dei funzionari di agire in modo trasparente.

¹⁷ Cfr. J. Chofre Sirvent, *El derecho y la Constitución de Cuba ante los desafíos sociales y económicos del siglo XXI*, in *Collección Monografías*, CIDOB, 2017, pp. 51 e ss.; e J.S. Tulchin, L. Bobsa, M.P. Espina Prieto, R. Hernández (coor.), *Cambios en la sociedad cubana desde los noventa*, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, 2005.

¹⁸ Cfr. la Risoluzione della prima Conferenza del PCC *Objetivos de trabajo del Partido comunista de Cuba*, reperibile nel sito ufficiale del PCC all'indirizzo citato nella nt. 8.

Centrale, 51 sono i nuovi eletti. Una tendenza che – è stato detto – si manifesterà maggiormente con l’VIII Congresso¹⁹.

Un altro aspetto preso in esame ha riguardato il preoccupante calo di iscrizioni che si è verificato a partire dagli anni '90 fra i giovani cubani e che dal 2010 ha avuto una graduale inversione di tendenza.

Resta da osservare come una delle maggiori critiche sollevate nei confronti del PCC riguardi proprio la sua organizzazione élitaria. Conta infatti attualmente circa 700.000 iscritti su una popolazione di poco più di 11 milioni di abitanti²⁰.

Nonostante le difficoltà incontrate dal PCC negli anni passati, la scelta degli iscritti resta ancora molto selettiva e legata alla stretta adesione all’ideologia definita dagli organi posti al vertice del partito²¹.

Analoghe considerazioni possono essere svolte anche per l’Unione dei giovani comunisti che il nuovo art. 6 Cost. definisce come l’organizzazione di avanguardia della gioventù cubana riconosciuta e sostenuta dallo Stato, con il compito di contribuire alla formazione delle generazioni più giovani nei principi rivoluzionari ed etici della società e alla promozione della loro partecipazione alla costruzione del socialismo. Una formulazione chiaramente incentrata sugli obiettivi storici del PCC e che si discosta in parte da quella introdotta con la riforma del 1992 che prevedeva inoltre finalità più ampie quali la preparazione dei giovani come cittadini consapevoli, in grado di assumere responsabilità sempre maggiori a beneficio della società.

A ciò si aggiunga che, come si vedrà meglio in seguito, la nuova Costituzione non apporta sostanziali modifiche ai limiti posti alla libertà di associazione che resta riservata essenzialmente alle organizzazioni collaterali del PCC.

¹⁹ Cfr. E. Echevarria, *Cuba dopo il 7° Congresso del PCC: tra continuità e nuove sfide*, in *Contropiano.org.*, 13 maggio 2016.

²⁰ Sul punto si v. anche R. Castro, *Relazione introduttiva*, al VII Congresso del PCC, cit., p. 1 e 19. Un raffronto con i partiti comunisti cinese e vietnamita mostra come il PCC non sia il più élitario, tuttavia in considerazione dei grandi cambiamenti sociali avviati dalle riforme in campo economico è stata auspicata una maggiore apertura verso una società in trasformazione.

²¹ Si osservi che il Partito comunista dell’Unione sovietica, pur rappresentando sempre un’organizzazione élitaria, ha visto crescere progressivamente nel tempo il numero degli iscritti fino a giungere, agli inizi degli anni '80, a circa il 9,3% della popolazione adulta. Inoltre si è sempre di più avvalso della collaborazione dei membri delle varie associazioni collaterali. Se, ad esempio, il numero dei deputati “non iscritti” eletti al Soviet Supremo federale era esiguo man mano che si scendeva di livello territoriale i “non iscritti” presenti nei Soviet dei livelli inferiori crescevano fino a diventare maggioranza. Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *op. ult. cit.*, p. 417. Sul punto si v. le osservazioni di R. Veiga González, *Cómo se entienda “lo socialista” en el proyecto de reforma constitucional?*, in AA.VV., *Nueva Constitución, in Cuba posible, Cuaderno n. 74*, aprile 2019, pp. 75 e ss. reperibile all’indirizzo cubaposible.com. Secondo l’A. nel disegno costituzionale emerge una tensione «consciente o inconsciente, esplicita o implicita» tra la «necesidad del unipartidismo» e l’apertura verso la società che «demandaría aceptar la existencia de diferentes maneras de promover y realizar los objetivos comunes» come il richiamo al pensiero di José Martí potrebbe far ritenere. Ciò tuttavia «introduce los temas del pluralismo político y del pluripartidismo» e della concreta possibilità di trasformare «un partido de “vanguardia”» con una militanza attiva, cooptata e governata in modo “verticistico” dal principio del centralismo democratico in un «“partido de la nación”».

In questo quadro la funzione guida del PCC nella società e nello Stato si mantiene nel solco della continuità con il passato rivoluzionario cui il nuovo art. 5 Cost. aggiunge un ulteriore compito, quello di preservare e rafforzare l'unità patriottica dei cubani e svilupparne i valori etici, morali e civili che, richiamando il pensiero di José Martí, completa quel cammino ideologico avviato nel 1992²².

Un recupero del pensiero martiano che anche in questo ambito non incide sul ruolo istituzionale del PCC che resta sostanzialmente invariato.

Non solo il processo decisionale si svolge all'interno del PCC – a fronte di un'attività estremamente ridotta delle Assemblee popolari che hanno sessioni di lavoro di pochi giorni all'anno e alle quali né il nuovo testo Costituzionale né le leggi recentemente adottate hanno apportato sostanziali modifiche²³ – ma attraverso la presenza dei quadri dirigenti ai vertici dello Stato, delle associazioni collegate e della pubblica amministrazione, il PCC controlla e dirige ampi settori della vita economica, sociale e culturale del Paese.

4. Il ruolo del PCC nel procedimento di scelta dei candidati alle elezioni delle Assemblee popolari e le libertà d'informazione e di espressione

Diversamente dalle Costituzioni degli Stati socialisti dell'URSS (si pensi all'art. 141 Cost. 1936 e all'art. 100 Cost. 1977) e dei Paesi dell'Europa centro orientale, la Costituzione cubana non ha mai riconosciuto al PCC e alle organizzazioni sociali ad esso collegate il diritto di presentare candidature alle cariche pubbliche elettive.

La Costituzione del 1976 sia nel testo originario che in quello emendato nel 1992 non ne faceva alcun cenno ponendo in rilievo come fosse il popolo a candidare ed eleggere i suoi rappresentanti.

Ora l'art. 80 Cost. riconosce espressamente ai cittadini cubani il diritto di presentare e scegliere i candidati alle elezioni.

La Ley electoral n. 127 del 19 luglio 2019 (come del resto la Ley electoral n. 72 del 1992) specifica poi che ai vari livelli territoriali (nazionale, provinciale e municipale) sono istituite delle Comisiones de candidaturas composte dai membri delle principali organizzazioni collaterali al PCC enumerandole espressamente. Vale a dire la Central de Trabajadores de Cuba, i Comités de defensa de la revolución, la Federación de mujeres cubanas, la Asociación nacional de agricultores pequeños e la Federación de estudiantes de la enseñanza media. Spetta alle direzioni territoriali delle rispettive organizzazioni indicate dalla legge segnalare i propri rappresentanti, mentre la presidenza delle Commissioni è riservata ai membri della Central de Trabajadores de Cuba (art. 155).

²² Cfr. L. Pérez Hernández, *La ética jurídica martiana como contenido del derecho e ideario a seguir*; e M. Castillo Cruz, *Una aproximación a José Martí y la ética jurídica*, in A. Matilla Correa (coord.), *José Martí: miradas desde el Derecho*, cit., rispettivamente pp. 173 e ss. e pp. 189 e ss.

²³ Cfr. la Ley n. 131/2019 de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba; e la Ley n. 132/2019 De Organización y Funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares in Gaceta Oficial n. 6 Extraordinaria, 16 de enero de 2020.

Queste Commissioni che hanno il compito fondamentale di predisporre le candidature verificando che abbiano i requisiti richiesti dalla legge per poi sottoporle al voto degli elettori della circoscrizione corrispondente costituiscono una sorta di “filtro” delle candidature. Filtro che se non è esercitato direttamente dal PCC tuttavia la presenza nella loro composizione dei rappresentanti di tali organizzazioni garantisce, di fatto, al PCC il controllo del procedimento.

Un aspetto importante poiché anche nella nuova disciplina legislativa la selezione delle candidature porta ancora alla presentazione di un unico candidato per seggio²⁴.

Fra le novità positive vi è senza dubbio il fatto che la legge stabilisce che le Comisiones de candidaturas sono funzionalmente indipendenti da qualsiasi altro organo e soggette solo alla legge (art. 157).

Tuttavia l’aver ristretto la loro composizione unicamente ai membri di alcune organizzazioni sociali tende a cristallizzare la rappresentanza alle associazioni che possono essere definite storiche e, per così dire, “istituzionalizzate” attraverso le quali il PCC, come è noto, esercita il suo controllo sulla società. Ciò sembra voler precludere la possibilità di consentire a nuove associazioni di dare voce a una società civile che va diversificandosi e trasformandosi rapidamente.

Il dominio del PCC sul procedimento elettorale è testimoniato dall’altissima percentuale di iscritti al Partito eletti non solo nell’Assemblea nazionale ma anche nelle assemblee dei livelli territoriali minori, persino alle ultime elezioni svoltesi l’11 marzo 2018²⁵.

²⁴ Come è noto, ad esempio, l’ampia revisione costituzionale del 1° dicembre 1988 introdusse in URSS una complessa procedura di formazione del Congresso dei deputati del popolo composto di ben 2250 deputati. Se 750 seggi furono assegnati ai membri designati dal PCUS e dalle organizzazioni collaterali, 1500 furono eletti in collegi uninominali sulla base di una pluralità di candidature. Cfr. per tutti P. Biscaretti di Ruffia, *1988 -1990. Un triennio di profonde trasformazioni costituzionali*, Milano, 1991, pp. 31 e ss.; ma anche M. Ganino, *La riforma costituzionale in Unione Sovietica: la legge di revisione del 1° dicembre 1988*, Torino, 1989; P. Gélard, *La réforme constitutionnelle soviétique du 1^{er} déc. 1988*; e M. Lesage, *L’URSS de la légalité socialiste à l’État de droit*, in *Rev. dr. pub.*, 1989, rispettivamente pp. 299 e 271; M.A. Orlandi, *La riforma costituzionale sovietica*, in *Nomos*, n. 2, 1989, pp. 29 e ss. In precedenza in alcuni Stati socialisti dell’Europa centro orientale quali, ad esempio, la Polonia con Gomulka a partire dal 1957 fu sperimentata l’elezione della Dieta e dei Consigli popolari in collegi plurinominali sulla base di liste che contenevano un numero leggermente superiore di candidati rispetto ai seggi. Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1984, p. 440.

²⁵ Con le recenti elezioni dell’11 marzo 2018, nonostante l’ampio rinnovamento delle candidature pari al 55.8% dei componenti, dei 605 deputati dell’Assemblea nazionale, 576 sono membri del PCC e della sua organizzazione giovanile e solo 29 sono i “non iscritti”. Tale rapporto resta immutato anche nei Consigli provinciali. Ad esempio, nelle province di Pinar del Río, Artemisa, Cienfuegos, Villa Clara, Sancti Spiritus e nel municipio speciale dell’Isola de la Juventud la totalità dei membri delle Assemblee rappresentative è iscritto al PCC, mentre nelle altre province la presenza di “non iscritti” è decisamente esigua. Solo nella provincia di La Habana dei 103 membri dell’Assemblea rappresentativa 13 sono “non iscritti”. Sul tema della partecipazione politica cfr. G. González Orquera, Y. Pérez Martínez (cur.), *Participación política reflexiones desde el sur*, tomo I, *Participación política como esencia de la democracia*, e tomo II *Instituciones de participación ciudadana en América Latina*, Quito, Ecuador, 2014.

Se dunque sotto il profilo istituzionale il PCC continua ad esercitare appieno la sua funzione guida attraverso le unioni personali tra i membri del PCC e della sua organizzazione giovanile e le cariche statali di pari livello, anche per quanto riguarda la società civile il ruolo direttivo del PCC, nonostante qualche elemento di novità, non sembra voler lasciare ampi spazi al pluralismo, restando nel solco della continuità.

In effetti, sebbene l'art. 14 Cost. rinvii, ancora una volta, a una legge la possibilità di riconoscere altre forme associative, aprendo l'ordinamento a ulteriori tipologie di associazionismo e consentendo una maggiore articolazione della società civile come da tempo viene richiesto²⁶, tuttavia ribadisce che lo Stato riconosce e sostiene le organizzazioni di massa e sociali le quali nel rappresentare gli interessi specifici dei diversi settori della popolazione li integra nei compiti di costruzione, consolidamento e difesa della società socialista.

D'altro lato, l'importanza che il PCC attribuisce all'attività di tali organizzazioni è testimoniato dall'art. 62 dello Statuto che sottolinea come il PCC orienti e diriga il lavoro delle organizzazioni di massa e sociali in base alla sua funzione dirigente e grazie all'influenza esercitata dai suoi militanti al loro interno.

Resta da osservare comunque la volontà mostrata dal costituente di aprire qualche spazio per le attività delle associazioni non "istituzionali" che in precedenza erano riservate alle organizzazioni sociali e di massa legate al PCC²⁷.

L'art. 56 Cost. stabilisce ora che lo Stato riconosce i diritti di riunione, manifestazione e associazione, a fini leciti e pacifici, purché vengano esercitati nel rispetto dell'ordine pubblico. Anche in questo caso però sarà sempre una legge cui si rinvia a definirne meglio i contorni.

Sarà dunque la legge ordinaria a stabilire se e in che misura lo Stato intende venire finalmente incontro alle numerose richieste provenienti dalla società civile e dai nuovi attori sociali, economici e politici che sono andati formandosi in questi ultimi anni a Cuba e che, in assenza di una chiara

²⁶ La vigente legge n. 54 del 1985 "de asociaciones" che da tempo non appare più in grado di venire incontro alle esigenze della società civile, distingue tra le organizzazioni di massa e sociali che sono disciplinate da una legge apposita e le "altre associazioni". Queste ultime possono costituirsi in base ad alcune finalità elencate dalla legge stessa e per fini sociali comunque riconosciuti dallo Stato, devono avere almeno 30 aderenti, devono ottenere l'autorizzazione dal Ministero della giustizia e sono iscritte in appositi registri. La legge cita inoltre altre associazioni quali quelle ecclesiastiche o religiose, le cooperative agricole, del credito e dei servizi che dovrebbero essere autorizzate da apposite leggi. Tuttavia ad oggi, ad esempio, non è stata ancora approvata una Ley de Cultos y asociaciones religiosas che possa consentire alle associazioni religiose di essere riconosciute e tutelate.

²⁷ L'art. 54 della Costituzione del 1976 riservava espressamente l'esercizio dei diritti di riunione, manifestazione e associazione a determinate categorie di soggetti elencate quali i lavoratori manuali e intellettuali, i contadini, le donne, gli studenti e altre categorie di lavoratori, mettendo inoltre a disposizione i mezzi necessari. Particolare attenzione veniva poi rivolta dal c. 2 alle organizzazioni di massa e sociali che disponevano «de todas las facilidades para el desenvolvimiento de dichas actividades» riconoscendo ai loro membri «la más amplia libertad de palabra y opinión, basadas en el derecho irrestricto a la iniciativa y a la crítica».

legislazione in materia, sono costretti a operare nell'illegalità o nella semi-illegalità²⁸.

Un'ultima riflessione riguarda le libertà d'informazione e di espressione che sono funzionali all'esercizio di una libera e consapevole partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese.

La Costituzione del 1976 disciplinava all'art. 53 Cost. condizionandole al perseguimento dei fini della società socialista²⁹.

Il nuovo testo costituzionale vi dedica ora due articoli, l'art. 55 e l'art. 54 regolandole separatamente.

Per quanto riguarda la libertà d'informazione, l'art. 55 Cost. riafferma che il suo esercizio deve svolgersi in conformità alla legge e ai fini perseguiti dalla società condizionandone, di fatto, i contenuti alla volontà espressa dai vertici dello Stato e dal PCC, anche se l'aver cancellato l'aggettivo "socialista" potrebbe, in futuro, consentire un maggior pluralismo.

Inoltre la proprietà di un qualunque mezzo di comunicazione sociale ritenuto "fondamentale" è riservata esclusivamente allo Stato, e alle organizzazioni politiche, sociali e di massa.

Per quanto riguarda la libertà di espressione, l'art. 54 Cost. afferma che lo Stato riconosce, rispetta e garantisce alle persone la libertà di pensiero, di coscienza e di espressione ponendo come unico limite l'impossibilità di invocare l'obiezione di coscienza per eludere l'attuazione di una legge o impedire ad altri di dare attuazione ad una legge. Un limite che, come è stato osservato, attribuendo all'obiezione di coscienza un connotato negativo ne nega l'essenza, violando proprio quelle libertà personali che la disposizione normativa pretenderebbe di rispettare e garantire³⁰.

Più in generale, per quanto riguarda la disciplina dei diritti occorre osservare innanzitutto che, come vedremo meglio in seguito, nel disciplinare i diritti e le libertà della persona la nuova Costituzione non si discosta dai principi fondamentali dello Stato socialista ribadendo all'art. 45 Cost. come il loro esercizio sia condizionato alle esigenze della società quali «la sicurezza collettiva, il benessere generale, il rispetto dell'ordine pubblico» nonché al rispetto delle leggi e della Costituzione.

In secondo luogo, in tale ambito l'orientamento dello Stato cubano non sembra essere mutato.

²⁸ Cfr. D. Prieto, J. Jasán Nieves, O. D'Angelo e A. Torres, *Institucionalizar la diversidad: hacia una nueva Ley de Asociaciones para Cuba*, in *Cubapossible.com*, 23 marzo 2015.

²⁹ L'art. 53 Cost. del 1976 stabiliva che «se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista. Las condiciones materiales para su ejercicio están dadas por el hecho de que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada, lo que asegura su uso al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad».

³⁰ Cfr. M. Rivero, *Obiección necesaria*, in *Espacio laical*, n. 3, 2019 reperibile all'indirizzo: <https://espaciolaical.net>.

Organizzazioni internazionali quali Amnesty international³¹, Human rights watch³² e la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³³ hanno rilevato che nonostante siano in diminuzione gli arresti arbitrari e le detenzioni per motivi politici connessi al dissenso e alla pubblica critica, nell'anno 2018 si sono verificati più di 2000 casi.

In questo quadro, ad esempio, l'emanazione del decreto n. 349/2018 del 20 aprile 2018 pubblicato sulla Gaceta Oficial Extraordinaria n. 35 del 10 luglio 2018 sulle Contravenciones de las regulaciones en materia de política cultural y sobre la prestación de servicios artísticos firmato dall'allora neoeletto Presidente del Consiglio di Stato e attualmente Presidente della Repubblica, Miguel Díaz-Canel, come primo atto dopo il suo insediamento ha suscitato numerose critiche poiché attribuisce al Ministero della cultura ampi poteri discrezionali di controllo sull'espressione artistica³⁴.

Del resto, ora l'art. 79 Cost. ribadisce che lo Stato promuove la cultura e le varie espressioni artistiche in «conformità con la politica culturale».

5. La funzione guida del PCC

In ultimo, la funzione guida del PCC dovrà misurarsi, in futuro, con due nuove disposizioni contenute nella Costituzione.

La prima, riprendendo il pensiero martiano non in conflitto con la dottrina marxista-leninista sviluppata in passato in URSS e negli Stati socialisti dell'Europa centro orientale che aveva affermato il principio della legalità socialista³⁵, stabilisce che la Costituzione è la norma giuridica suprema dello Stato e tutti sono obbligati a rispettarla (art. 7 Cost.)³⁶.

³¹ Cfr. Amnesty international, *Cuba: panorama de los presos y presas de conciencia bajo el gobierno del Presidente Miguel Díaz-Canel*, reperibile all'indirizzo: www.amnesty.org/en/documents/amr25/0936/2019/es/.

³² Cfr. Human rights watch, *Informe mundial, Cuba*, 2019 reperibile all'indirizzo: www.hrw.org/es/americas/cuba.

³³ Cfr. Comisión Interamericana de Derecho Humanos, *Relatoría especial para la libertad de expresión*, 31 dicembre 2018 reperibile all'indirizzo: www.oas.org/es/cidh/expression/docs/informes/Cuba-es.pdf.

³⁴ Sul punto si v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2018 sulla situazione dei diritti umani a Cuba (P8-TA(2018)0460) le cui raccomandazioni sono state respinte dall'Assemblea nazionale cubana il 18 novembre 2018.

³⁵ Come è noto, nella dottrina sovietica il principio della legalità socialista poneva, quantomeno formalmente, la Costituzione – che era rigida – al vertice del sistema delle fonti. L'art. 4 Cost. dell'URSS del 1977 stabiliva che le organizzazioni statali e sociali e i funzionari erano tenuti ad osservare la Costituzione e le leggi. Mentre l'ultimo comma dell'art. 5 Cost. che definiva il ruolo guida del PCUS precisava che tutte le organizzazioni di partito (ma non i vertici) operavano nel quadro della Costituzione. La Costituzione stessa affidava tuttavia al Presidium del Soviet Supremo che, a causa dei lunghi periodi d'inattività del Soviet Supremo era anche il massimo organo legislatore a livello federale, la funzione di controllo di costituzionalità. Inoltre la dottrina distingueva tra la "Costituzione bilancio" e la "Costituzione programma". La prima caratteristica della fase dello Stato socialista fotografava, per così dire, i traguardi raggiunti dalla società nel suo cammino verso la fase comunista. Per questa ragione le sue disposizioni potevano sempre essere derogate dal PCUS e dallo Stato poiché nel frattempo erano divenute obsolete. Cfr. per tutti P. Biscaretti di Ruffia, *La revisione costituzionale negli "Stati socialisti europei": "norme giuridiche" e "norme*

Con essa i costituenti hanno accolto solo in parte quanto la dottrina costituzionalistica cubana andava chiedendo da tempo.

Infatti, alcuni studiosi avevano già sollevato critiche sulla mancanza nella Costituzione del 1976 di disposizioni che ne stabilissero la supremazia nel sistema delle fonti, la diretta applicabilità e prevedessero degli organi di giustizia (o di controllo) costituzionale indipendenti dal potere politico al fine di offrire una concreta tutela dei diritti garantiti dalla Costituzione stessa³⁷.

Riflessioni che, come è stato ricordato³⁸, svolse negli anni '60 F. Álvarez Tabío³⁹ ma che furono accantonate con l'affermarsi della dottrina sovietica del diritto e dello Stato durante la Rivoluzione e il conseguente conferimento del controllo di costituzionalità delle leggi all'Assemblea nazionale in applicazione del principio dell'unità del potere statale (art. 85, lett. c Cost. 1976)⁴⁰.

Ora l'art. 7 Cost. stabilisce espressamente la forza giuridica vincolante della Costituzione che si rivolge agli atti degli organi dello Stato e delle organizzazioni senza tuttavia prevederne la diretta applicabilità se non per quanto concerne – come si vedrà in seguito – quelle disposizioni che tutelano i

convenzionali” in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 414 e ss.; e Ju.A. Tikhomirov, *Constitution de l'État soviétique du peuple entier*, in AA.VV., *Développement du droit et de la science juridique en URSS*, Moscou, 1978, pp. 23 e ss. Per quanto riguarda il principio della legalità socialista una parte della dottrina cubana si è già interrogata sulla forza giuridica vincolante della Costituzione del 1976. Cfr. Y. Carrillo García, W. Mondelo García, *Marxismo, derecho, poder. (Notas para un Programa de Investigación)*, in *Enuario de Filosofía Jurídica y Social de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*, 2003, pp. 345 e ss.

³⁶ Cfr. M. Prieto Valdés, *Martí en la base de lo constitucional del futuro inmediato*, in A. Matilla Correa (coor.), *op. cit.*, pp. 232 e ss.; T.Y. Guzmán Hernández, *La dignidad como “Ley primera de nuestra República” y “con todos y para el bien de todos”: dos deberes dialécticos desde la axiología martiana en la Constitución cubana*, in *Revista Derecho del Estado*, n. 34, 2015, pp. 127 e ss.; e A. Matilla Correa (coor.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901 – 2008)*, México, 2009.

³⁷ Cfr. M. Prieto Valdés, *Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias*, in *Cuestiones constitucionales*, n. 39, 2018, pp. 43 e ss.; Id., *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución cubana de 1976*, in A. Matilla (coor.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016; Id., *En pos de la aplicabilidad directa de la constitución cubana de 1976 (un breve comentario)*, in *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n. 21, 2008; J. Fernández, *Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy*, in M. Prieto Valdés, L. Pérez (coor.), *Temas de derecho constitucional cubano*, La Habana, 2004.

³⁸ Cfr. M. Prieto Valdés, *En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario)*, cit., p. 198. L'A. sottolinea come anche «la noción de la unidad de poder, entendida sin dogmatismos ... no debe introducir limitaciones a la aplicabilidad directa de la Constitución - por todos los Tribunales de Justicia o por cualquier otro órgano estatal -, cuando ella sea necesaria ... para la defensa de derechos y garantías de los cubanos».

³⁹ Cfr. F. Álvarez Tabío, *El recurso de inconstitucionalidad*, La Habana, 1960.

⁴⁰ A ciò si aggiunga che sulla base del principio dell'unità del potere statale l'Assemblea popolare poteva revocare i decreti-leggi del Consiglio di Stato e gli atti del Consiglio dei Ministri in conflitto con la Costituzione e le leggi (art. 75 lett. r), e revocare o modificare gli accordi o gli atti degli organi del potere popolare che violavano la Costituzione, le leggi, i decreti-legge e gli atti degli organi gerarchicamente superiori (art. 75 lett. s). Inoltre il controllo di costituzionalità delle leggi era conferito anche alla Fiscalía general de la República che, secondo l'art. 127 Cost. aveva tra i suoi compiti fondamentali la tutela della legalità sulla base di una stretta vigilanza dell'attuazione della Costituzione. Tuttavia ai sensi dell'art. 106 della legge n. 4 del 1977 “de Organización del Sistema Judicial” tale organo era subordinato all'Assemblea nazionale e al Consiglio di Stato.

diritti e le libertà identificate da un'apposita legge (art. 99 Cost.) e riaffermando all'Assemblea nazionale il controllo di costituzionalità (art. 108 lett. e Cost.).

Sotto questo profilo, il nuovo testo costituzionale ripropone i limiti già evidenziati dalla dottrina cubana.

Innanzitutto, come accade(va) negli Stati socialisti, la sostanziale indistinzione delle fonti del diritto non solo rende la Costituzione non vincolante per il potere legislativo e difficilmente invocabile dinanzi ai tribunali⁴¹, ma le leggi, i decreti-legge del Consiglio di Stato, gli atti amministrativi e la loro interpretazione e applicazione sono soggetti alle direttive e alle risoluzioni politiche dettate dal PCC sia attraverso l'esercizio della funzione di controllo di costituzionalità affidato, come si è detto, all'Assemblea nazionale, sia attraverso l'attività del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, organo posto a vertice del sistema giudiziario con il compito di vigilare sulla corretta e uniforme applicazione e interpretazione della legge⁴² il quale è, ai sensi dell'art. 1 della Ley n. 82 dell'11 luglio 1997, a sua volta, gerarchicamente subordinato all'Assemblea nazionale e al Consiglio di Stato, organi politici dominati dal PCC⁴³.

Una disposizione contenuta nella Costituzione del 1976 (art. 121) e che ora non è più presente nel nuovo testo costituzionale. Ciò solleva degli interrogativi circa la reale portata di tale assenza e su come possa contribuire ad assicurare l'indipendenza del potere giudiziario se si considera che in base al principio dell'unità del potere statale l'art. 122 lett. m Cost. ribadisce che il Consiglio di Stato impartisce istruzioni di carattere generale ai tribunali attraverso il Consejo

⁴¹ Cfr. C.J. Bruzón Viltres, L.B. Palacio Castillo, *Tres presupuestos para el reconocimiento de los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento jurídico cubano*, in *Revista Jurídica Piélagus*, n. 1, 2013, pp. 65 e ss. È opinione di M. Prieto Valdés (*Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias*, cit., p. 59) che a Cuba «hay una concepción amplia del control, que prevé una diversidad de órganos intervinientes en el de constitucionalidad, fusionado con el de legalidad además de los factores de índole política, ha limitado la garantía de superioridad y no ha fluido con la eficacia requerida».

⁴² Cfr. M. Prieto Valdés (*Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias*, cit., p. 54) ha osservato che «la consideración de la Constitución como normatividad empezó a decaer a partir de 1979 y 1980, como pauta interpretativa de otras disposiciones o norma de aplicación directa, lo cual se puede constatar de la revisión de las sentencias publicadas en los boletines del Tribunal Supremo Popular».

⁴³ L'art. 1 della legge n. 82 dell'11 luglio 1997 stabilisce che i tribunali costituiscono un sistema di organi statali, funzionalmente indipendenti da qualunque altro organo, e gerarchicamente subordinati all'Assemblea nazionale e al Consiglio di Stato. Tale organizzazione del sistema giudiziario cubano fu istituita con la legge n. 1250 del 23 giugno 1973, i cui principi furono ripresi dalla Costituzione del 1976. Con questa legge fu inoltre soppressa la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales del Tribunal Supremo, istituita con la Legge di Riforma costituzionale del 1936, poi recepita dalla Costituzione del 1940, che svolgeva una funzione di controllo giurisdizionale di costituzionalità. Cfr. M. Prieto Valdés, *Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias*, cit., p. 53. Sull'attività "creatrice" del diritto del Consejo de Gobierno attraverso le sue istruzioni e le sue direttive «que han contribuido a brindar soluciones a supuestos no establecidos en la norma, superando así su función interpretativa para coadyuvar a la integración, actualización y armonización de nuestro ordenamiento jurídico» cfr. C.J. Bruzón Viltres, L.B. Palacio Castillo, *op. ult. cit.*, p. 66; A. Matilla, *Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)*, in F. Castaneda e altr., *Temas de Derecho Administrativo cubano*, La Habana, 2006, pp. 33 e ss.; e M. Prieto Valdés, *El Derecho, la Constitución y su interpretación*, in Pérez Gallardo (coor.), *Perspectiva del derecho cubano actual*, Madrid, 2006, pp. 31 e ss.

de Gobierno del Tribunal Supremo e l'art. 155 Cost. attribuisce il potere di revoca dei giudici all'organo legislativo del corrispondente livello territoriale che li ha eletti.

In secondo luogo, occorre osservare che, come si è detto, l'art. 99 Cost. prevede la diretta applicabilità delle disposizioni costituzionali che tutelano i diritti della persona.

Chiunque sia stato leso in un suo diritto garantito dalla Costituzione da un atto o anche da un'indebita omissione da parte di un organo dello Stato, di un dirigente, un funzionario o un impiegato nonché da parte di privati o enti non statali può ricorrere dinanzi a un tribunale.

Bisognerà però attendere l'approvazione di un'apposita legge cui rinvia la Costituzione per conoscere quali diritti saranno protetti da tale norma e quali le procedure che potranno essere esperite e i rimedi previsti.

Fermo restando che, anche in questo ambito, come abbiamo ricordato in precedenza, la nuova Costituzione non si discosta dai principi fondamentali dello Stato socialista.

Infatti, pur dedicando una maggiore attenzione ai diritti e alle libertà fondamentali tuttavia condiziona il loro esercizio al rispetto «dei diritti degli altri, della sicurezza collettiva, del benessere generale, dell'ordine pubblico, della Costituzione e delle leggi» (art. 45 Cost.). Una formula più attenuata rispetto a quella contenuta nell'art. 62 Cost. del 1976 che con una chiara impronta ideologica stabiliva che «ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible».

Tuttavia la vaghezza di espressioni quali la "sicurezza collettiva" o il "benessere generale" consentono ampi spazi interpretativi al legislatore al quale sovente gli articoli della Costituzione dedicati ai diritti e alle libertà fanno rinvio.

La seconda disposizione con la quale, in futuro, dovrà misurarsi il PCC, è contenuta nell'art. 1 Cost. e definisce Cuba uno «Stato socialista di diritto».

Ora, come è noto, in URSS la costruzione di uno Stato socialista di diritto fu avviata con le riforme costituzionali del 1° dicembre 1988 e del 14 marzo 1990 secondo gli indirizzi delineati dal XXVII Congresso del PCUS nel 1985 e perfezionati dalla XIX Conferenza del PCUS nel 1988.

Fra i principali obiettivi delle prime riforme politico-costituzionali intraprese si possono ricordare innanzitutto una più rigida definizione del sistema delle fonti con al vertice la Costituzione, una chiara distinzione dei ruoli del PCUS e dello Stato, e la ricerca di una maggiore partecipazione dei cittadini alla vita politica.

A tal fine fu istituito un Comitato di vigilanza costituzionale originariamente dotato unicamente di poteri sospensivi degli atti giudicati incostituzionali, incluse le leggi, e in seguito, nel giugno 1991, fu creata una vera e propria Corte costituzionale con ampi poteri di controllo sia delle leggi federali

e statali che degli atti normativi di secondo grado, furono introdotte maggiori garanzie per il potere giudiziario, furono inoltre previste lunghe sessioni dei lavori degli organi legislativi federali nonché delle assemblee dei livelli territoriali inferiori allo scopo consentire l'esercizio effettivo delle loro funzioni *in primis* quella legislativa, e infine furono introdotte elezioni parzialmente libere e competitive sulla base di una pluralità di candidature presentate da soggetti diversi dal PCUS e dalle sue organizzazioni collaterali⁴⁴.

Queste prime riforme condussero progressivamente a ulteriori revisioni costituzionali e all'abbandono dei caratteri fondamentali dello Stato socialista, dal principio dell'unità del potere statale a quello del centralismo democratico e infine al principio del ruolo guida del PCUS⁴⁵.

Tornando all'esperienza cubana, l'aver dichiarato "irreversibile" il sistema socialista con i suoi principi fondamentali riaffermati dal nuovo testo costituzionale esclude ogni volontà di radicale trasformazione dell'ordinamento ciò che però emerge è una maggiore attenzione rivolta ai diritti e alle libertà della persona e ad una loro concreta tutela giurisdizionale, come da tempo auspicato da parte della dottrina costituzionalistica cubana.

È in quest'ottica che ci sembra debba essere letto l'art. 1 Cost. e la definizione di *Estado socialista de derecho*⁴⁶ che tuttavia necessita ancora di effettiva applicazione.

6. Conclusioni

Si può affermare in conclusione che i cambiamenti introdotti dal nuovo testo costituzionale sono reali ma limitati e ancorati ai principi fondamentali dello Stato socialista generando numerose contraddizioni.

Resta da chiedersi verso quale socialismo la nuova Costituzione sta indirizzando il Paese.

Si è già detto della maggiore attenzione rivolta alla tutela dei diritti e delle libertà della persona. Ed in effetti, rispetto al testo Costituzionale del 1976 di

⁴⁴ Su tali argomenti la letteratura è vastissima si v. ad esempio P. Collas, *Le contrôle de constitutionnalité en URSS*, in *Rev. dr. pub.*, 1990, pp. 1035 e ss.; M. Ganino, *L'evoluzione costituzionale nell'URSS del Presidente Gorbacev*, in *Quad. cost.*, n. 2, 1990, pp. 109 e ss.; Id., *La riforma costituzionale in Unione Sovietica: la legge di revisione del 1° dicembre 1988*, cit.; N. Marie, *Le droit retrouvé? Essai sur les droits de l'homme en URSS*, Paris, 1989; M. Lesage, *L'URSS vers l'État de droit*, Paris, 1988.

⁴⁵ Sul punto si v. P. Biscaretti di Ruffia, *1988-1990 un triennio di profonde trasformazioni costituzionali*, Milano, 1991, in part. pp. 88 e ss.; I. Commeau-Rufin, *URSS: quelle démocratie?*, in *Pouvoirs*, n. 52, 1990, pp. 87 e ss.; e G. Heraud, *Quel avenir national pour une Union Soviétique désoviétisée?*, in *L'Europe en formation*, n. 280, 1990/91, pp. 53 e ss.; e G. Gueit, *1990: la "contre-révolution" institutionnelle*, in AA.VV., *L'URSS: la dislocation du pouvoir*, Paris, 1991.

⁴⁶ Sul punto si v. le riflessioni di D. Rafuls Pineda, *El Estado socialista de Derecho*, in *La joven cuba*, del 22 settembre 2018 reperibile all'indirizzo: *jovencuba.com*, secondo il quale «no obstante ser cierto que disponemos de un amplio historial práctico de beneficios sociales en las esferas de la salud, la educación, la cultura, así como en la seguridad y asistencia social, igualmente debemos probar que, desde el punto de vista legal, tampoco hay impunidad para ningún funcionario de Estado, en especial, cuando viola derechos ciudadanos plasmados en nuestra Constitución».

chiara influenza sovietica, al Titolo V questi diritti precedono quelli sociali e seppure nei limiti imposti dai fini perseguiti dallo Stato ne viene data particolare protezione.

Solo la legislazione ordinaria cui spesso rinviano le disposizioni costituzionali potrà, in futuro, delineare meglio questi aspetti.

Inoltre, a fronte di una parziale apertura del sistema economico statalizzato all'iniziativa privata e agli investimenti esteri alcuni servizi restano monopolio dello Stato, ad accesso gratuito e universale e i diritti a essi connessi sono particolarmente protetti dalla Costituzione quali il diritto alla salute, all'istruzione e alla sicurezza sociale.

Aspetti positivi che nonostante le gravi difficoltà economiche attraversate dal Paese il PCC intende preservare⁴⁷.

Per quanto riguarda poi la funzione guida e la posizione istituzionale del PCC, come si è detto, restano invariate.

La nuova Costituzione ribadisce la chiusura al pluralismo partitico e politico, scelta che si afferma essere "irreversibile".

Sarà compito del PCC «único» che aspira a essere «vanguardia organizada de la nación» non solo offrire garanzie effettive ai diritti e alle libertà enunciate dalla nuova Costituzione, ma anche dialogare con una società in grande trasformazione e che già manifesta una notevole pluralità di interessi, opinioni e orientamenti.

⁴⁷ Lo stesso Raúl Castro nel discorso inaugurale del VII Congresso del PCC ha ribadito che «de formule neoliberiste che propugnano la privatizzazione accelerata del patrimonio e dei servizi sociali ... non saranno mai applicate nel socialismo cubano». Cfr. R. Castro, *Relazione introduttiva*, al VII Congresso del PCC, cit., p. 5.

Il sistema delle fonti nella nuova Costituzione di Cuba del 2019

di Romano Orrù

Abstract: The system of sources in the new 2019 Cuban Constitution – The 2019 Constitution of Cuba is not fully successful to give rise to a systematic organization of the system of sources, even if the attempt of the Cuban constituent to lead to a rationalization is clearly detected, as shown by the introduction in the new constitutional text of a partition (Chapter VIII) dedicated to this issue. Such an attempt does not prove to be particularly successful in substance: the main critical point remains the stance of law, which does not seem to acquire a position of supremacy among the sub-constitutional sources. In particular, the indeterminacy of the correlations between the various "primary" sources (law, decree-law and presidential decree) raises the doubt that a unitary system of sources can be regarded or that a system of sources can be considered existing in a proper sense. The entropy of the system of sources which partly typifies the new Cuban Constitution also applies to putting in tension relations between the constitutional bodies that define its form of government.

517

Keywords: Cuba; Constitution; Sources of Law; Form of Government; Socialism.

1. Introduzione

La nuova Costituzione di Cuba, proclamata il 10 aprile del 2019, è di fatto il secondo testo costituzionale del Paese dalla rivoluzione castrista conclusasi il 31 dicembre 1958¹, avendo fatto seguito a quello del 1976 (la cui entrata in vigore pone fine ad un lungo intervallo – apertosi appunto dall'inizio del 1959 – di assenza nel Paese di una regolamentazione di carattere propriamente costituzionale²).

Scopo immanente al presente scritto è quello di operare una ricognizione delle fonti normative nella nuova cornice costituzionale, cercando di evidenziarne implicazioni e peculiarità al fine di coglierne gli indirizzi evolutivi e i principali

¹ Il Paese ha conosciuto, specie sull'onda delle suggestioni dei contenuti della Costituzione di Cadice del 1812 propagatisi alle colonie spagnole, svariati tentativi di regolazione costituzionale prima e dopo l'indipendenza della Spagna: tra quelli approdati a piena definizione spiccano i testi del 1901 e del 1940.

² Per circa 17 anni, dal trionfo della rivoluzione e fino all'adozione della Carta del 1976, infatti, la definizione dei caratteri di fondo del regime è risultato affidato alla *Ley Fundamental* del 7 febbraio del 1959, con evidenti segni di derivazione dalla Costituzione cubana del 1940 (distaccandosene, tra l'altro, per l'affidamento del potere legislativo al Consiglio dei ministri in luogo del Parlamento bicamerale). È interessante osservare che i contenuti della Costituzione del 1940, dall'indubbio carattere avanzato e progressista al momento della sua adozione, finiscono per essere oggetto, prima, di radicali deroghe e importanti modifiche nel corso della complessiva esperienza della dittatura di Batista e, successivamente, di forte rivalutazione da parte dei rivoluzionari di Castro (cfr. A. Del Guercio, A. Guida, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società* – NAD, n. 1/2019, 47).

scostamenti rispetto all'assetto previgente.

Muovendo dal presupposto teorico per cui la Costituzione, in senso kelseniano, è prioritariamente «normazione sulla legislazione, ossia sulla normazione primaria e ordinaria»³ e, per esigenze di spazio, senza potersi soffermare nel dettaglio di ciascuna singola fonte normativa, si concentrerà l'attenzione sulle fonti cosiddette primarie colte nel loro rapporto, da un lato, con la Costituzione e, dall'altro lato, con le altre fonti ad esse più o meno immediatamente correlate o subordinate.

Il testo Costituzionale del 2019 si distingue per la precisa impostazione ideologica, che trova alimento nei principi socialisti, in linea di continuità con la Costituzione previgente (quella del 1976), a sua volta connotata da evidenti segni di derivazione dalla legge fondamentale sovietica del 1936⁴.

Quanto alle ragioni di fondo della sua adozione, in termini di legittimazione dell'ordine politico esistente, la Costituzione del 2019 pare proporre limitate, ma comunque non trascurabili, differenze rispetto al previgente testo del 1976: infatti, se quest'ultimo segna il tentativo, da parte del governo rivoluzionario, di istituzionalizzare la rivoluzione (all'insegna del ruolo guida del *Partido Comunista de Cuba*-PCC) scolpendola in norme formalmente costituzionali, per di più dotate della forte carica di legittimazione derivante dalla ratifica con voto popolare⁵, e, dunque, di consolidare un regime politico rivoluzionario del quale la classe dirigente ha sancito l'adesione ai principi del marxismo-leninismo e l'inserimento nell'orbita dell'influenza sovietica, la Legge fondamentale del 2019, anch'essa omaggiata dal voto popolare, sembra invece obbedire alla diversa (e meno ambiziosa) ragione di legittimare un nuovo corso essenzialmente sotto il profilo soggettivo, del ricambio generazionale, mentre dal punto di vista sostanziale mira alla semplice modernizzazione del regime esistente in una logica di ampia continuità con il passato, ma in uno scenario geopolitico globale che, dopo la scomparsa dell'URSS e le trasformazioni politiche che da alcuni lustri interessano larga parte America latina, lo vede ormai privo di precisi e affidabili puntelli esterni.

L'aggiornamento della Carta costituzionale vigente era uno dei punti qualificanti l'agenda di governo dell'ex presidente cubano Raúl Castro (2008-2018) al fine di assicurare miglior fondamento alle riforme economiche promosse durante il suo mandato e rinnovare un testo considerato anacronistico rispetto alla nuova realtà sociale dell'isola. Compito che Castro ha lasciato al suo delfino Miguel Díaz-Canel, subentratogli alla presidenza nell'aprile 2018. Le "reformas raulistas" non presuppongono, per vero, cambiamenti costituzionali radicali o sostanziali in ordine al regime politico dell'isola, ma solo di superare le parti del testo troppo legate a logiche e scenari macroeconomici della guerra fredda.

³ F. Modugno, *Costituzione, I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988, 4, il quale spiega che «Essa si specifica più propriamente come: a) principio della legislazione; b) insieme dei limiti di forma e di sostanza di essa; c) parametro di legittimità costituzionale».

⁴ Rappresentandone una delle più fedeli imitazioni: P. Carrozza, *Il diritto socialista*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto Costituzionale comparato*, t. I, Bari, 2014, 653.

⁵ La consultazione popolare, celebrata il 15 febbraio 1975, è contrassegnata da risultati dal sapore a dir poco plebiscitario: alla partecipazione degli aventi diritto al voto pari al 98% fa riscontro un voto favorevole all'approvazione del testo che rasenta l'unanimità (pari, infatti, al 99,02%).

Il procedimento di adozione e di entrata in vigore del nuovo testo, culminato nel referendum confermativo del 24 febbraio 2019, si è dipanato per circa un anno articolandosi in varie fasi dall'aprile 2018 all'aprile dell'anno successivo⁶. In questo arco di tempo, racchiuso tra l'annuncio ufficiale della realizzazione della nuova Costituzione e la sua entrata in vigore, si evidenziano, da un lato l'iniziativa e l'azione (anche attraverso organi delle istituzioni dello Stato) del PCC e, dall'altro, l'ampio coinvolgimento della popolazione nel dibattito sui contenuti specifici da consegnare al testo⁷, con momenti di consultazione capillarmente diffusi in centri di lavoro, comunità locali, istituzioni statali e società civile in genere includendo, in maniera originale per la realtà del Paese, anche i cubani residenti all'estero. Il procedimento partecipato di formazione del nuovo testo costituzionale ha avuto il suo momento formale culminante nella celebrazione, ancora con largo intervento della popolazione, del citato referendum confermativo sul documento nella sua redazione finale⁸.

Le accennate caratteristiche genetiche del testo relativamente all'ampio spazio lasciato alla partecipazione (sebbene "orientata" dall'alto)⁹ sono potenzialmente in grado, nel tempo, di dispiegare effetti sulla declinazione pratica dei suoi contenuti: giova, tra l'altro, rimarcare che l'attuazione di parte considerevole di questi è affidata ad atti legislativi da adottarsi variamente nei diciotto mesi successivi alla sua entrata in vigore.

La ricognizione delle fonti legali accolte nel nuovo testo costituzionale, anche a primo sguardo, ci offre un panorama complesso e di problematica lettura in alcuni suoi aspetti basilari¹⁰. Complesso per via, tra l'altro, del fatto che la

⁶ La proclamazione della nuova Costituzione è stata fatta coincidere con la ricorrenza dei 150 anni dalla prima *Asamblea Constituyente* dell'isola.

⁷ Nell'arco di più di tre mesi (dal 13 agosto al 15 novembre) la consultazione popolare finalizzata a definire potenziali emendamenti al testo proposto ha conosciuto la partecipazione di quasi un milione e settecentomila persone e la presentazione di oltre 780mila suggerimenti di modifica, eliminazione o aggiunta di articoli sui temi più vari (raccolti poi in un elenco di circa 9500 proposte, delle quali la metà sono state accolte in quanto ritenute giuridicamente procedibili: tra i principali temi su cui si è incentrato il dibattito spiccano quelli relativi a mercato e proprietà privata, lavoro indipendente, diritto di famiglia e questioni migratorie).

⁸ Come testimoniano i dati ufficiali forniti dalla *Comisión Electoral Nacional*: si sono recati alle urne, infatti, 7.848.343 elettori pari al 90,15% degli aventi diritto al voto (8.705.723 erano i cittadini iscritti nelle liste elettorali). Allo scrutinio, relativamente all'approvazione del nuovo testo, sono risultati 6.816.169 voti a favore (pari al 78,29% degli aventi diritto e all'86,85% dei votanti), mentre i voti contrari sono stati 706.400 (pari al 9,00% dei votanti e all'8,11% degli aventi diritto al voto). Si sono contati, infine, 198.674 voti nulli e 127.100 schede bianche (pari complessivamente al 4,15% dei votanti e al 3,74% degli aventi diritto); cfr. per più ampie indicazioni in proposito all'indirizzo internet www.acn.cu/reforma-constitucional/42423-comision-electoral-nacional-informa-resultados-oficiales-de-referendo-constitucional.

⁹ Infatti, non si può trascurare né che la riforma in cui si sostanzia la Costituzione del 2019 trova sia il suo abbrivio sia la determinazione dei suoi caratteri essenziali nell'iniziativa del PCC sia che il regime ha ritenuto, di fatto, come una risposta legittima al referendum quella del "sì" e conseguentemente tutta l'attività che si deve definire promozionale (poiché vere e proprie campagne elettorali non possono trovar cittadinanza nell'isola) è stata condotta senza parità di armi tra i sostenitori del "sì" (cui sono stati riservati tutti o quasi gli spazi "ufficiali") e i corifei del "no".

¹⁰ Dello studio dell'ordinamento normativo cubano come di un qualcosa «decisamente ostico e complicato» fa cenno M. Mastracci, *Adattamento dell'ordinamento giuridico cubano al diritto internazionale consuetudinario e pattizio*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, n. 54, 2016, 121; in materia cfr. anche *Id.*, *The influence of European Laws in the Cuban Legal System*, in *Federalismi.it*, n. 13/2017, 1 ss. (consultabile sul sito www.federalismi.it). L'opinione pur se

tematica delle fonti presenta molteplici e spesso profonde interrelazioni con profili attinenti in particolare alla forma di Stato, alla forma di governo, ad elementi di lungo periodo (quali la tradizione giuridica di riferimento) e finanche di carattere extragiuridico (di tipo economico-sociale in specie) genericamente definibili di contesto. Di problematico inquadramento, poiché, al pari di quanto riscontrabile nel vigore del precedente ordinamento costituzionale, la Costituzione formalmente è sì riconosciuta, come si dirà, quale norma apicale del sistema normativo, ma resta ampiamente da decifrare la complessiva struttura gerarchica (e di eventuali rapporti in funzione della competenza) delle fonti da essa previste.

Al riguardo non risulta di particolare ausilio la presenza di istituti con formali assonanze con quelli del costituzionalismo di derivazione liberale: per quanto tra questi possano sussistere collegamenti concettuali infatti risulta complesso (e in taluni casi addirittura fuorviante) esaminare e classificare detti istituti introdotti nella logica del costituzionalismo socialista alla luce di concetti e idee forgiati nell'esperienza dello Stato liberale¹¹.

Una difficoltà aggiuntiva all'analisi del sistema normativo cubano è data dalla circostanza che nell'ordinamento giuridico del Paese non propone alcuna disciplina generale delle proprie fonti del diritto: l'individuazione di queste deve quindi essere fatta in via induttiva, procedendo a rintracciarle nell'articolato della Costituzione ed eventualmente in altri testi normativi. Nell'economia del presente contributo, l'attenzione sarà focalizzata essenzialmente sul nuovo dato costituzionale, colto in rapporto a quello in precedenza offerto dalla Costituzione del 1976.

Giova rilevare come già nel vigore del precedente ordinamento costituzionale fosse affermazione non irrituale in letteratura quella della sostanziale indeterminatezza del sistema cubano delle fonti del diritto¹², sì da renderlo nel suo insieme a carattere "aperto"¹³.

Si procederà quindi utilizzando una definizione minimale quanto consueta di fonti del diritto, intendendo come tali i fatti o gli atti che l'ordinamento giuridico (e, per questo, in particolare la Costituzione) abilita a produrre norme giuridiche.

2. Le fonti normative: rilievo fondamentale dei caratteri della forma di Stato e della Costituzione in senso materiale

Tra i fattori che maggiormente incidono sul sistema delle forme di produzione giuridica (riguardato anche sotto i profili della pluralità e del coordinamento reciproco dei centri di produzione normativa), come poco sopra si è accennato, vi sono certamente i connotati della forma di Stato e gli effetti di lungo periodo delle

espressa nel vigore della Costituzione del 1976 sembra mantenere intatta la sua fondatezza nella misura in cui appare permanere immutato nella nuova cornice costituzionale del 2019 il presupposto di fondo da cui essa muove, vale a dire che «non vi è alcuna disciplina generale delle fonti».

¹¹ Per tale ordini di rilievi cfr. P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 637.

¹² Tra gli altri, cfr. C.J. Bruzón Viltres, *Determinación de las fuentes del derecho: aspecto clave en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano*, in *Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, vol. IV, n. 1, 2014, 4 ss. (consultabile sul sito www.revistaccuba.cu).

¹³ Sul punto cfr. *amplius* G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, Torino, 2015, 64.

tradizioni giuridiche¹⁴.

Riguardo a quest'ultimo profilo ci si può limitare a mettere in evidenza come il sistema normativo cubano sia interessato da un certo fenomeno di stratificazione che si è realizzata in un arco temporale piuttosto ampio per effetto delle vicende storico-istituzionali legate prima alla dominazione spagnola (fino al 1898)¹⁵, al "protettorato americano"¹⁶, poi, e infine alla rivoluzione socialista¹⁷. Nel decritto orizzonte si colloca la fondamentale impostazione codicistica dell'ordinamento cubano contemporaneo¹⁸.

Di un maggior tasso di approfondimento necessita senza dubbio la considerazione dell'evoluzione forma di Stato cubana e delle sottese metamorfosi della Costituzione materiale a ragione della loro alta capacità condizionante il modo d'essere e di dispiegarsi in pratica del sistema delle fonti normative.

2.1. (Segue): la "nuova" forma di Stato cubana

La qualificazione della forma di Stato nella Costituzione del 2019 è canonicamente proposta in apertura dell'articolato. La sua declinazione è ancora in senso socialista («Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible...»), ma all'interno di una formulazione comprendente elementi di riferimento ulteriori rispetto a quella del previgente testo costituzionale del 1976¹⁹: tra l'altro, fanno la loro apparizione quali elementi fondativi dello Stato «la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos» e quali fini statali «la equidad, la igualdad... y la prosperidad individual y colectiva».

In aggiunta vengono pienamente confermati elementi strutturanti il sistema socialista²⁰. Innanzitutto, il riconoscimento del Partito Comunista quale partito unico in qualità di «fuerza política dirigente superior de la sociedad y del

¹⁴ Tra i molti, di recente, cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, spec. 13 ss.

¹⁵ Quando la Spagna, a conclusione della guerra ispano-americana, perse i possedimenti di Cuba, di Porto Rico, dell'isola di Guam, e delle Filippine.

¹⁶ Il riferimento è in particolare alla situazione determinatasi a seguito del cosiddetto emendamento Platt alla Costituzione cubana del 1901, che riservava agli USA ampie facoltà di intervento sull'isola in campo economico e politico-istituzionale: in proposito cfr. in lingua italiana, A. Trento, *Castro e Cuba. Dalla rivoluzione a oggi*, Firenze, 2003, 11 ss. e, più di recente, A. Del Guercio, A. Guida, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società (NAD)*, n. 1/2019, 46.

¹⁷ In proposito cfr. G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 63.

¹⁸ L'ordinamento cubano conta svariate raccolte codicistiche, più volte emendate: il *Código Civil* (Ley n. 59/1987), il *Código de la Familia* (Ley n. 1289/1975); il *Código de la Niñez y la Juventud* (Ley n. 16/1978); il *Código Comercial* (Real Decreto del 28 gennaio 1886); il *Código Penal* (Ley n. 62/1987); il *Código de Trabajo* (Ley n. 116/2013); il *Código de Seguridad Vial* (Ley n. 109/2010); *Ley de Procedimiento Penal* (Ley n. 5/1977); *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico* (Ley n. 7/1977). In argomento, di recente, cfr. L.B. Pérez Gallardo (coord.), *El Derecho en Cuba*, Madrid, 2015, 125 ss.

¹⁹ L'art. 1 della Cost. 1976, tra l'altro, recita: «Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática».

²⁰ M. Volpi, *Autorità e libertà. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, VI ed., Torino, 2016, 48 ss.

Estado»²¹ e, come si legge nel Preambolo, di pilastro fondamentale e garanzia (unitamente all'unità nazionale) dell'ordine politico, economico e sociale²². In secondo luogo, è riaffermato il principio del vincolo di osservanza della legalità socialista, che ai sensi della nuova disciplina costituzionale pare addirittura dilatato quanto alla sua portata, nella misura in cui erige la finalità di «Cumplir estrictamente la legalidad socialista» a obbligo di tutti, mentre a tenore della precedente regolamentazione gravava essenzialmente su soggetti investiti di pubbliche funzioni²³ (resta immutato, comunque, per questi ultimi il compito di vigilare, agendo nei limiti delle proprie competenze, sul suo rispetto «en la vida de toda la sociedad»)²⁴. Inoltre, trova nuovamente sanzione il principio della democrazia socialista²⁵, esplicitamente declinato in una serie di regole, tra le quali spiccano quelle di rappresentatività degli organi statali, elettività e rinnovo periodico, responsabilità, rigido vincolo di subordinazione gerarchica tra gli organi statali per cui «las disposiciones de los órganos estatales superiores son obligatorias para los inferiores»²⁶. Le nuove disposizioni relative a detto principio della democrazia socialista appaiono largamente riprodottrici delle previsioni di cui al precedente testo costituzionale, distaccandosene in particolare per l'introduzione dell'obbligo del rispetto della trasparenza nell'azione di soggetti investiti di pubbliche funzioni²⁷: a quest'ultimo aspetto si collega l'istituzione della *Contraloría General de la República* cui è rimessa la “fondamentale missione” di «velar por la correcta y transparente administración de los fondos públicos y el control superior sobre la gestión administrativa»²⁸; il rilievo del combinato disposto di siffatte novelle risiede nel fatto che appaiono potenzialmente in grado di favorire la cosiddetta responsabilità politica diffusa (ove mai questa trovasse opportuni canali per strutturarsi adeguatamente e finanche per esprimersi pubblicamente) e, indirettamente, un maggior attivismo giurisdizionale a garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali²⁹.

²¹ Art. 5, comma 1, Cost. 2019, la cui formulazione suona come sostanziale conferma della previgente disciplina recata dall'art. 5 della Cost. 1976: «El Partido Comunista de Cuba, marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista».

²² Nel Preambolo, più precisamente, si legge che «la unidad nacional y el liderazgo del Partido Comunista de Cuba... constituyen pilares fundamentales y garantías de nuestro orden político, económico y social». Sembra costituire ideale corollario alle previsioni ora ricordate l'art. 31, che identifica il lavoro come «un valor primordial» della società cubana.

²³ V. l'art. 9, primo comma, Cost. 2019 e l'art. 10 Cost. 1976.

²⁴ V. l'art. 9, secondo comma, Cost. 2019 e l'art. 10 Cost. 1976. In dottrina, sul tema, cfr., tra gli altri, A. Matilla Correa, *Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano*, in AA.VV., *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, 2007, 411 ss.

²⁵ In materia cfr. Y. Delgado Triana, M. Arely del Río Hernández, *La democracia socialista en la Constitución de 1976*, in A. Matilla Correa (Coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 53 ss.

²⁶ Così l'art. 101(e) Cost. 2019.

²⁷ Art. 101(h): «los órganos del Estado, sus directivos y funcionarios actúan con la debida transparencia».

²⁸ Art. 160, primo comma, Cost. 2019.

²⁹ Residuano comunque forti dubbi sulla possibilità effettiva per la *Contraloría* di conseguire la posizione di cui all'art. 161 di «independencia funcional respecto a cualquier otro órgano», posto che essa, al di là di (o, per meglio dire, contro) tale enunciazione di principio, risulta

Alla luce di quanto precede, e in specie degli accennati presupposti ideologici di stampo socialista, è agevole ipostatizzare come il sistema delle fonti nella nuova Costituzione cubana vada letto alla luce dell'identificazione del fulcro e insieme volano dell'ordinamento nel "*Poder Popular*". I correlati principi dell'unità del potere e del centralismo democratico (quest'ultimo specificazione del primo come principio di organizzazione della forma di governo³⁰) fanno sì che, in maniera assolutamente coerente con quanto già previsto nel precedente assetto costituzionale, il criterio ordinatore fondamentale della pluralità di modi di produzione del diritto costituzionalmente riconosciuti risieda formalmente nella regola per cui le determinazioni degli organi statali superiori – al cui vertice è collocata l'Assemblea Nazionale del Potere Popolare (ANPP, esplicitamente indicata quale organo supremo del potere dello Stato)³¹ – vincolano gli inferiori³². Come si cercherà di chiarire nelle pagine che seguono il descritto principio di gerarchia organizzativa e funzionale risulta insufficiente per ricostruire il quadro delle fonti normative cubane quale "sistema" in senso proprio, vale a dire obiettivamente ordinato (in termini di certezza e prevedibilità) in relazione ai diversi centri e modi di produzione del diritto (*rectius*: alle forme tipiche di questo) e ai rapporti reciproci tra le diverse fonti normative.

2.2. (Segue): le principali novelle costituzionali di impatto sistemico

Nonostante il nuovo testo costituzionale, secondo il già detto, si collochi nel solco ideologico del precedente, mutuandone altresì le impostazioni strutturali di fondo, esso dà veste formale a significative novità³³ che interessano in vario modo gli ambiti dell'organizzazione politico-istituzionale, i diritti e le libertà fondamentali e quella che si può definire come la "costituzione economica" (vale a dire valori, principi e regole che presidiano il dispiegarsi dei rapporti economici intesi in senso ampio).

Le novelle in tutti e tre gli ambiti segnalati finiscono per avere un impatto sistemico, con intensità peraltro diversa a seconda dei casi, nella dimensione delle fonti normative.

(sempre ai sensi dell'art. 161) anche espressamente subordinata al Presidente della Repubblica e (per effetto del disposto dell'art. 162) tenuta a rendere conto della sua gestione dinanzi alla ANPP, che (in alternativa al Consiglio di Stato) ha anche il potere di eleggere e revocare i suoi vertici (art. 163).

³⁰ E a sua volta «riflesso istituzionale di un principio di organizzazione» prima del Partito comunista sovietico e in seguito di tutti i partiti comunisti mondiali e che è generalmente indicato come "divieto di frazionismo" secondo un modulo operativo che esclude forme di dissenso e di critica rispetto alle decisioni assunte: P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 639.

³¹ In coerenza con il principio dell'unità del potere e conformemente a sperimentata prassi nei regimi socialisti all'Assemblea (e al Consiglio di Stato, suo comitato ristretto) oltre alle tipiche funzioni degli organi parlamentari (indirizzo e controllo, legislazione, revisione costituzionale) sono attribuiti il controllo di costituzionalità e soprattutto un quanto mai considerevole potere di nomina dei titolari di altri organi costituzionali cui corrisponde una responsabilità politica di questi nei confronti della stessa Assemblea (per riferimenti storico-comparati in proposito cfr. P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 642 s.).

³² Artt. 101(e) e 102-103 Cost. 2019 e artt. 68(d) e 69-70 Cost. 1976.

³³ Il nuovo testo differisce dal precedente anche quanto a lunghezza, risultando organizzato in ben 92 articoli in più (229 contro 137, oltre al Preambolo comune ad entrambi i testi). Alla variazione nella lunghezza del testo non sempre però fa riscontro una maggiore precisione e densità normativa dello stesso.

Di importante rilievo sull'assetto delle fonti normativo appaiono soprattutto le novelle nel terzo degli ambiti poco sopra riferiti. La stessa adozione del nuovo testo costituzionale appare strettamente legata all'accennata esigenza di sancire al massimo livello normativo le aperture in campo economico predisposte in coincidenza con nomina alla guida del Paese di Raúl Castro nel 2008. Riforme volte a rivitalizzare un'economia risulta afflitta da stagnazione e da decenni in forte sofferenza per il blocco economico e la pervasività di monopoli statali; riforme tese ad innestare in un'economia imperniata sulla proprietà collettiva e socialista una limitata libertà d'iniziativa economica³⁴.

In tal modo non appare fuor di luogo sostenere che la stessa Costituzione (economica) materiale, negli ultimi lustri, sia stata interessata da mutamenti sostanziali di cui appare sintomatica ed emblematica espressione l'originarsi della categoria sociale dei "cuentapropistas"³⁵.

Il nuovo testo costituzionale, pur riconfermando in via di principio i dettami dell'ortodossia dell'economia socialista (proprietà collettiva e direzione pianificata dell'economia)³⁶ finisce per dare spazio anche a elementi estranei a quell'impostazione in virtù del riconoscimento del mercato, della proprietà privata e della possibilità di investimenti stranieri³⁷⁻³⁸: si tratta, è bene rimarcarlo, di un

³⁴ Sulle riforme economiche del periodo cfr., R. Limonta Montero, J. Olver Mondelo Tamayo, *Debate constitucional en el marco de la actualización del modelo económico cubano*, in *Dikaion*, (Universidad de la Sabana, Colombia), 28, vol. 23, n. 1/2014, 70 ss. e, più di recente, J. Triana, *Las transformaciones económicas y sociales en Cuba*, in A. Ayuso Pozo, S. Gratius (eds.), *Nueva etapa entre Cuba y la UE*, Barcelona, 2017, 11 ss. (consultabile all'url: eulacfoundation.org/es/system/files/nueva_etapa_entre_cuba_y_la_ue_escenarios_de_futuro_anna_ayuso_y_susanne_gratius_eds_1.pdf).

³⁵ In tal modo si garantisce fondamento giuridico di rango costituzionale a quell'ammodernamento del modello economico cubano che da oltre un decennio ha consentito a semplici individui di intraprendere iniziative di carattere privato in relazione a 201 diversi mestieri o attività: forme di iniziativa economica privata che sono giunte a coinvolgere, come lavoratore o imprenditore autonomo, fino a 591.000 individui (pari al 13% della popolazione attiva); sul punto, nella ricchissima messe dei periodici elettronici d'informazione cfr., tra gli altri, s.a., *Les Cubains se prononcent sur la nouvelle Constitution*, in *Le Monde*, 23-2-2019, e s.a., *Cuba approuve massivement sa nouvelle Constitution*, in *Le Monde*, 26 febbraio 2019 (entrambi accessibili sul sito www.lemonde.fr).

³⁶ Artt. 18 e 19. Più esattamente, nelle parole dell'art. 18: «En la República de Cuba rige un sistema... basado en la propiedad de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción como la forma de propiedad principal, y la dirección planificada de la economía, que tiene en cuenta, regula y controla el mercado en función de los intereses de la sociedad»; e dell'art. 19 «El Estado dirige, regula y controla la actividad económica conciliando los intereses nacionales, territoriales, colectivos e individuales en beneficio de la sociedad. La planificación socialista constituye el componente central del sistema de dirección del desarrollo económico y social. Su función esencial es proyectar y conducir el desarrollo estratégico, previendo los equilibrios pertinentes entre los recursos y las necesidades».

³⁷ Nel nuovo testo, infatti, oltre alla consacrazione delle forme di proprietà socialista («de todo el pueblo»), cooperativa e di organizzazioni e istituzioni varie – art. 22(a-c) e (f) –, trova cittadinanza la distinzione tra la proprietà "personale" (che «se ejerce sobre los bienes que, sin constituir medios de producción, contribuyen a la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de su titular») e quella "privata" (quest'ultima eloquentemente estesa, in un'ottica di attrazione di capitali dall'esterno, a *personas* sia *naturales* che *jurídicas* tanto *cubanas* che *extranjeras*; il tutto però temperato dalla duplice previsione per cui il suo riconoscimento è limitato a «determinados medios de producción» e confinato a «un papel complementario en la economía»: art. 22(d) e (g). Conseguentemente, la lettera (e) dello stesso art. 22 ha cura di consacrare anche la proprietà mista («formada por la combinación de dos o más formas de propiedad»).

³⁸ Art. 28: «El Estado promueve y brinda garantías a la inversión extranjera, como elemento importante para el desarrollo económico del país... La ley establece lo relativo al desarrollo

riconoscimento attuato entro margini contenuti, come indirettamente conferma la previsione per cui «La empresa estatal socialista es el sujeto principal de la economía nacional»³⁹, e con ulteriori e più particolari cautele. In specie le cautele con cui è riconosciuta la proprietà privata⁴⁰ valgono ad arginare gli effetti della riforma, di talché questa appare strumentale più a disegnare uno scenario evolutivo di un futuro non troppo prossimo (facendo perno sull'alto valore simbolico in ogni caso da tributare al riconoscimento della proprietà privata) che a dar corpo a un'incisiva trasformazione nell'immediato della dimensione economica del Paese caraibico.

In chiave dinamica, e in un orizzonte temporale non limitato al brevissimo periodo, sembrano tuttavia essere state poste, come accennato, delle premesse per un'evoluzione significativa della dimensione economica (beninteso qualora stimato opportuno rispetto a mutate esigenze di contesto dai detentori del potere politico): ciò appare confermato dall'intrinseca elasticità della formula di chiusura dell'art. 22 Cost.: «La ley regula lo relativo al ejercicio y alcance de las formas de propiedad»⁴¹.

Allo stato delle cose, tuttavia, non si può che relegare all'area della mera eventualità lo strutturarsi di un indirizzo evolutivo sulla scia della cosiddetta *economia socialista di mercato*, formula con cui si indica la struttura economico-sociale della Cina odierna⁴².

In definitiva, pur se il ruolo guida ed esclusivo del Partito comunista cubano nella società non è messo in discussione⁴³ e pur se risulta riaffermata a chiare lettere l'impronta socialista dell'ordinamento nel suo complesso⁴⁴, la

de la inversión extranjera en el territorio nacional». Prende avvio nel 2014 la politica di promozione, garanzia e forme di attrazione di investimenti stranieri, per cui la previsione costituzionale non fa altro che dar veste giuridico-costituzionale a una realtà preesistente: L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, in questa *Rivista*, 1, 2019, XVII. L'art. 30, primo comma, contiene una sorta di "norma di chiusura" indicando dei limiti alla concentrazione della proprietà non statale, la cui determinazione però è rimessa all'apprezzamento discrezionale delle autorità politiche: «La concentración de la propiedad en personas naturales o jurídicas no estatales es regulada por el Estado, el que garantiza además, una cada vez más justa redistribución de la riqueza, con el fin de preservar los límites compatibles con los valores socialistas de equidad y justicia social».

³⁹ Art. 27.

⁴⁰ All'art. 22(d).

⁴¹ In senso conforme v. L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, cit., XVIII, a opinione del quale «La potenziale evoluzione verso un'economia mista, dunque, è rimessa ai fatti e alle disposizioni speciali adottate dagli organi di governo, a conferma della limitata normatività di una Costituzione di impronta socialista».

⁴² Contraddistinta da un sistema misto tra mercato e pianificazione: in proposito, tra gli altri, cfr. A. Rinella, *Cina*, Bologna, 2013, 1 ss., A. Rinella, I. Piccinini (cur.), *La Costituzione economica cinese*, Bologna, 2010, *passim* e M. Mazza, *La Cina*, in M. Mazza (cur.), *I sistemi del lontano Oriente*, Milano, 2019, 48 ss.

⁴³ Il riferimento del Prembolo al «liderazgo del Partido Comunista de Cuba» quale pilastro fondamentale e garanzia dell'«orden político, económico y social» è duplicato e rafforzato dalle previsioni dell'art. 5 Cost., la cui formulazione, da un lato (al primo comma), individua il Partito comunista («único, martiano, fidelista, marxista y leninista») come «la fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado», e, dall'altro lato (nel secondo comma) gli affida (in via esclusiva) il compito di «organiza[r] y orienta[r] los esfuerzos comunes en la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista».

⁴⁴ Dei molti riferimenti al perdurare del socialismo in vista dell'edificazione di una società comunista appare buona sintesi l'affermazione riportata nel Preambolo circa la convinzione per cui «solo en el socialismo y en el comunismo el ser humano alcanza su dignidad plena».

circostanza che alle trasformazioni poc'anzi sopra riferite relativamente alla dimensione della cosiddetta costituzione economica si accompagnino altri mutamenti vuoi nella dimensione politico-organizzativa (tra cui si evidenziano la reintroduzione della figura del Primo ministro, la migliore definizione del ruolo e la limitazione dei mandati del Capo dello Stato con l'introduzione della specifica figura del Presidente della Repubblica⁴⁵, la parziale riconsiderazione organizzativa e funzionale del Consiglio di Stato⁴⁶, un rafforzamento della garanzia di indipendenza dei magistrati⁴⁷ e in parte della *Fiscalía Geral* della Repubblica⁴⁸, l'introduzione di nuovi organismi di controllo⁴⁹ e il potenziamento

⁴⁵ E del Vicepresidente della Repubblica. Figura che nella Cost. del 1976 era riferita come *Presidente del Consejo de Estado*, che «es jefe de Estado y jefe de Gobierno» (art. 74, secondo comma).

⁴⁶ Svariati cambiamenti interessano il Consiglio di Stato quanto a ruolo e composizione. Di questo secondo aspetto (gravitante intorno alla diversa metodologia dell'indeterminatezza numerica di cui dall'art. 107 Cost. 2019 rispetto alla precisa individuazione di numero e funzioni interne dei suoi membri *ex art.* 74, primo comma, Cost. 1976) si dirà più oltre, mentre in relazione al primo giova mettere in rilievo, in particolare, come, ai sensi del disposto dell'art. 111 Cost., il Consiglio di Stato venga posto sotto la guida del Presidente della ANPP, invece che del Capo dello Stato, e per così dire "parlamentarizzato" (anche se in maniera non completa: si pensi, tra l'altro, al potere "di propria prerogativa" («*por derecho propio*») del Presidente della Repubblica di partecipare alle sue sedute e di convocarle (art. 128(v)), al potere di "ratifica" dei trattati internazionali approvati dal Consiglio dei ministri (art. 137(d)) e al controllo che gli compete sulle iniziative legislative del Consiglio dei ministri (art. 137(h)).

⁴⁷ Per averne ampia contezza, è sufficiente considerare nel disposto dell'art. 148, primo comma, cost. 2019 all'affermazione dell'indipendenza funzionale dei tribunali non si accompagna più la previsione (espressamente contemplata dal corrispondente art. 121 Cost. 1976) della loro subordinazione gerarchica all'ANPP e al Consiglio di Stato. Il tutto è rafforzato eloquentemente dalla più sintetica formulazione anche del successivo comma, che ora, se per un verso, continua a riconoscere nel *Tribunal Supremo Popular* la massima autorità giudiziaria, per altro verso ne assolutizza il corollario secondo cui «sus decisiones son definitivas»: infatti, scompare la precisazione (proposta dall'art. 121, secondo comma, Cost. 1976) per cui tale definitività fosse tale (solo) nell'ordine giudiziario. Resta immutata, poi, nel passaggio dall'uno all'altro testo costituzionale, l'attribuzione al suo *Consejo de Gobierno* di competenze specifiche in ordine sia all'esercizio dell'iniziativa legislativa e regolamentare, sia all'assunzione di "decisiones" e "normas" vincolanti per tutti i tribunali e sia, infine, alla facoltà di impartire a questi ultimi, sulla base delle risultanze della prassi, «instrucciones de carácter obligatorio» al fine di «establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley»: in tal modo il *Tribunal Supremo Popular* sembra ben strutturato per poter adempiere appieno alle funzioni nomofilattiche tipiche di una Corte di vertice del sistema giudiziario.

Le considerazioni che precedono devono però essere colte nella cornice di un sistema alieno all'effettiva separazione dei poteri e dunque oggetto di una lettura congiunta con il disposto dell'art. 149, che riafferma l'elettività dei magistrati: per quelli delle giurisdizioni superiori da parte dell'Assemblea Nazionale o del Consiglio di Stato, per gli altri giudici secondo quanto stabilito dalla legge. Si consideri inoltre che al legislatore nei confronti dei magistrati è rimessa piena discrezionalità nello stabilire «las causas y procedimientos para la revocación o cese en el ejercicio de sus funciones» (art. 147).

⁴⁸ L'art. 157, infatti, introduce il principio dell'indipendenza funzionale dell'organo (l'equivalente della Procura sovietica), ma al contempo lo tempera stabilendo la sua subordinazione al Presidente della Repubblica (in luogo di quella nei confronti dell'ANPP e del Consiglio di Stato prevista dall'art. 128, primo comma, Cost. 1976; il Consiglio di Stato, nel nuovo quadro costituzionale, inoltre perde il potere di dettare alla *Fiscalía Geral de la República* «instrucciones directas» secondo il disposto del secondo comma del citato art. 128 Cost. 1976).

⁴⁹ Quali la *Contraloría General de la República* (artt. 160 ss.) e il *Consejo Electoral Nacional* (artt. 211 ss.).

degli enti territoriali locali)⁵⁰ vuoi nell'allargamento del perimetro del riconoscimento diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo (in particolare, rispettivamente, in materia di orientamento sessuale⁵¹ e con riguardo all'*habeas corpus*⁵²), induce a ritenere che un processo di (seppur lenta e, al momento, limitata) evoluzione della Costituzione materiale possa considerarsi in atto o che quanto meno siano sia in gestazione avanzata.

2.3. (Segue): e i riflessi a livello di Costituzione materiale

Al fondo della teoria costituzionale v'è senza dubbio il problema della distinzione tra *Costituzione* e *testo costituzionale*⁵³. Com'è noto, la Costituzione nel significato prescrittivo di un sistema sociale si può definire in senso formale (o storico politico) e materiale⁵⁴, intendendo nel primo caso il documento con il quale il costituente detta le disposizioni che contengono i principi fondamentali del sistema sociale e, nel secondo caso, la sostanza sociale e politica che sta dietro a detto documento⁵⁵. Tenendo presente che nell'adeguarsi alla Costituzione materiale (a sua volta in funzione della mutevole realtà sociale) «risiede il titolo della... legittimazione» della Costituzione formale⁵⁶ risulta evidente come non possano ignorarsi le contingenti istanze politico-sociali che plasmano il contesto nel quale le norme costituzionali sono chiamate ad operare.

Atteso tutto ciò e abbandonando l'empireo delle idee o dei principi dottrinali per approdare sul terreno del realismo politico, l'analisi dell'effettivo assetto delle fonti normative nella nuova Costituzione cubana del 2019 non può non incrociare il tema della necessità ineluttabile per le forze politico-sociali dominanti nel Paese caraibico di misurarsi con la problematica della transizione.

Il 2108 in effetti sembra segnare un particolare tornante storico nella vita politica del Paese: con l'avvicendamento al guida del Paese di Raúl Castro con Miguel Díaz-Canel, che assume l'ufficio di Presidente del Consiglio di Stato, dopo circa sei decenni si chiude un'importante fase ("l'era dei Castro") della storia

⁵⁰ Rispettivamente, tra gli altri, artt. 134, primo comma, 126, terzo comma, e 185 ss. Cost.

⁵¹ Il riferimento (con particolare riguardo al tema matrimoniale e dell'unione per un progetto di vita in comune) è all'art. 82 Cost.

⁵² Art. 96 Cost.; novella questa che a sua volta pare gettare le basi per un'evoluzione del ruolo della magistratura, almeno nella misura in cui vale ad estendere il suo raggio d'azione e la stessa in proposito saprà ritagliarsi spazi di autonomia e di autorevolezza.

⁵³ Come è stato opportunamente notato, in Occidente «ha attraversato il dibattito teorico novecentesco, coinvolgendo studiosi del calibro di Carlo Esposito, Rudolf Smend, Hermann Heller, Costantino Mortati...»: così O. Chessa, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2008, 41 in nt.

⁵⁴ Oltre che in senso sostanziale: intendendo in quest'ultimo significato l'insieme delle norme che «risultano fondamentali» per un'organizzazione politica «quali che ne siano il contenuto organizzativo e le modalità di formazione»: G.G. Floridia, *Qu'est ce-que... la Constitution*, in G.G. Floridia, *Scritti minori* (raccolti da F. Sorrentino), Torino, 2008, 8 s. (e in origine in *Viaggi di Erodoto*, Milano, 1992).

⁵⁵ Lungi dall'essere proponibile in rapporto al semplice distacco fra precetto e realtà il concetto di Costituzione materiale quindi è da accogliersi nel senso indicato da Costantino Mortati quale «nucleo essenziale di fini e di forze che regge ogni singolo ordinamento positivo»: v. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940 (rist. 1988), 74.

⁵⁶ Come riferito in T. Martines, *Diritto costituzionale*, XIV ed., G. Silvestri (cur.), Milano, 2017.

cubana. Termina contestualmente la prassi (inaugurata da Fidel Castro)⁵⁷ della convergenza nel medesimo soggetto delle cariche di Presidente del Consiglio di Stato e di Primo segretario del PCC, poiché quest'ultima rimane appannaggio dello stesso Raúl Castro. Tali aspetti, insieme allo storico sforzo di normalizzazione dei rapporti con gli USA del Presidente Obama, le dimissioni e successivamente la scomparsa del leader rivoluzionario Fidel Castro, appaiono sufficienti a delineare i contorni per l'avvio di una transizione cubana⁵⁸. Aspetto centrale in proposito è l'esigenza indifferibile di ridare slancio all'economia⁵⁹, la cui soddisfazione è a sua volta legata al nodo cruciale del mantenimento o meno del "bloqueo" statunitense: nonostante le aperture diplomatiche di Obama, il superamento dell'embargo commerciale, economico e finanziario non è però alle viste essendo escluso dall'agenda politica dell'attuale esecutivo statunitense guidato dal Presidente Trump. La situazione di stallo a tal proposito e più in generale riguardo alle aperture in campo economico del sistema rappresenta indubbiamente un freno rilevante alla transizione di cui s'è fatto cenno, al mantenimento di uno *status quo* che presenta un forte difetto di vocazione al pluralismo nella società cubana e, sul piano giuridico-costituzionale, alle dinamiche evolutive della Costituzione materiale (in cui si deve riconoscere «la fonte giuridica primigenia... in quanto è da essa che si trae il criterio per imprimere il carattere della giuridicità a tutto il sistema degli atti successivi attraverso i quali si svolge»⁶⁰).

Intimamente connesso alla tematica della Costituzione materiale nello specifico contesto cubano appare il ruolo del PCC, le cui determinazioni interne sono in grado di operare come fonte *extra ordinem*⁶¹ con efficacia conformante la declinazione in concreto dell'intera impalcatura costituzionale⁶². Tale influsso, come si vedrà, ha agio di dispiegarsi con notevole intensità a proposito del sistema delle fonti.

⁵⁷ Il quale dal 1976, nella sua capacità di *leader* indiscusso del PCC, ha ininterrottamente ricoperto il ruolo di Presidente del Consiglio di Stato e contemporaneamente di Capo dello Stato e di Capo del Governo (lo stesso Fidel Castro, in precedenza, dal 1959 ricopriva la carica di Primo ministro).

⁵⁸ La cui matrice generazionale appare evidente in considerazione non solo del fatto che l'attuale vertice dello Stato (che per vincolo costituzionale deve avere meno di sessant'anni di età) non annovera nel suo personale vissuto l'esperienza della rivoluzione, ma anche della circostanza per cui la gran parte della popolazione cubana è nata dopo le vicende del 1959.

⁵⁹ La caduta dell'URSS ha segnato un duro colpo alla struttura economica dell'isola: gli aiuti sovietici arrivavano ad assommare a circa un quarto del PIL cubano. La perdita di questo canale di proventi è risultata solo in parte compensata dal rafforzamento dei rapporti di collaborazione economica e politico-amministrativa soprattutto con il Venezuela di Chávez e Maduro. Alla luce delle recenti gravi difficoltà economico-sociali del Venezuela e alle trasformazioni politiche in atto in svariati altri Paesi dell'America latina è emersa la sostanziale insostenibilità del modello economico cubano (che in quell'area sembra mantere collegamenti di rilievo oramai con la sola Bolivia).

⁶⁰ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., 88.

⁶¹ Si tratta, più precisamente, di «regole poste in essere da soggetti privi di potestà normativa o comunque al di fuori delle norme giuridiche sulla produzione, che diventano fonti in quanto seguite per la loro effettività»: F. Palermo, *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto Costituzionale comparato*, t. I, cit., 947.

⁶² In forza della dottrina del "partito-Stato" addirittura non è da escludere che le stesse previsioni costituzionali risultino cedevoli rispetto alla volontà del Partito unico.

È stato efficacemente rilevato che, nell'alveo della tradizione costituzionale socialista, nella Carta cubana del 2019 «viene mantenuta una volontaria ambiguità tra il ruolo del partito e il ruolo dello Stato. Ciò, tuttavia, non impedisce di ritenere che l'elaborazione del Partito debba (o possa) prevalere sull'organizzazione statale e che, pertanto, il Partito non possa essere limitato nemmeno dalle previsioni costituzionali»⁶³. Siffatto rischio trova indubbiamente alimento nella mancanza di un sindacato di legittimità costituzionale di tipo schiettamente giurisdizionale⁶⁴, e quindi affidato a soggetti che, adeguatamente garantiti nella loro posizione di terzietà ed indipendenza, possano svolgere un controllo oggettivo sulla conformità a Costituzione di fatti e atti normativi⁶⁵.

3. Il quadro delle fonti “dirette” e “indirette”

La laconicità e la frammentarietà riservata dagli enunciati costituzionali all'ampia varietà delle fonti sulla produzione giuridica non diminuiscono certo la difficoltà già evidenziata nel cogliere le caratteristiche intrinseche del sistema delle fonti e la stessa determinazione delle fonti legali non agevole: difatti non esiste nell'ordinamento cubano qualcosa di anche lontanamente assimilabile all'ottimale orizzonte teorico crisafulliano, secondo cui «L'ideale sarebbe... che esistesse... una elencazione esplicita, completa e tassativa delle fonti legali contenuta nel testo della Costituzione o in altra legge costituzionale (quindi non derogabile da norme di fonti subordinate), e che – per di più – fossero chiaramente specificati i contrassegni caratterizzanti formalmente i diversi tipi di fonti, in modo da renderle immediatamente riconoscibili in ogni singola evenienza agli operatori giuridici»⁶⁶. Nel caso cubano la carenza quanto alla definizione dei caratteri formali identificativi delle diverse fonti assume carattere peculiare per via, tra l'altro, della spiccata fungibilità ed elevata indeterminatezza del termine *acuerdo*⁶⁷. Più in generale, non è dato ravvisare una definizione normativa di “fonte del diritto” nell'ordinamento giuridico cubano⁶⁸ e la Costituzione del 2019 non pone soluzione definitiva al problema della loro mancata enumerazione espressa e della

⁶³ L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, cit. , XII.

⁶⁴ In tema cfr. M. Prieto Valdes, *Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias*, in *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, 2018, 43 ss. e M. Mazza, *Il controllo di costituzionalità, nel corrente numero di questa Rivista*.

⁶⁵ L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, cit. , XII ben osserva che «il nuovo ordinamento... non è garantito da un doppio livello di legalità, che consenta alle previsioni costituzionali di prevalere sulla volontà elaborata dal Partito unico ed espressa con leggi ordinarie».

⁶⁶ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, t. II, V ed., Padova, 1984, 12 s.

⁶⁷ Che si rinviene in molteplici disposizioni costituzionali per indicare vari atti di diversi soggetti istituzionali: ad esempio, l'art. 108(d) fa riferimento a generici “accordi” che possono essere adottati dalla ANPP per l'esecuzione delle leggi, mentre l'art. 228 individua sempre nell'accordo il contenitore delle riforme costituzionali varate dalla stessa ANPP. Inoltre atti denominati genericamente «*acuerdos*» possono essere adottati dal Consiglio di Stato (artt. 120 e 122(c)), dal Consiglio dei Ministri (art. 137(o)) e da organi degli enti territoriali (artt. 169, 179(i) e (l), 184(c), 191(g)).

⁶⁸ Tra gli altri, cfr. J.R. Perez Carrilho, *Sobre el tema de las fuentes del derecho en Cuba*, in *Revista mestrado em Direito*, Osasco, n. 2/2009, 99.

precisazione delle relazioni (in termini di gerarchica-competenza) tra le stesse, di talché occorre individuare il perimetro delle fonti del diritto non solo con l'analisi del testo Costituzionale ed eventualmente di atti legislativi ma anche facendo affidamento a ricostruzioni esegetico-dottrinali.

La letteratura cubana in materia di fonti del diritto ricorre di frequente a fini tassonomici alla distinzione tra fonti dirette e fonti indirette (ripartizione che sembra ricalcare quella tra fonti atto e fonti fatto): facendone applicazione alla nuova disciplina costituzionale, nella prima categoria sono da includere la Costituzione, la legge, il decreto-legge, il decreto presidenziale, il decreto, il regolamento, gli accordi, le istruzioni e i dettami del Consiglio di Governo del Tribunale Supremo Popolare, le disposizioni interne dell'amministrazione, le disposizioni e gli accordi adottati da organi municipali e provinciali; alla seconda, invece, vanno ricondotte le disposizioni del Partito comunista di Cuba, il precedente amministrativo, la consuetudine, i principi generali del diritto, i trattati internazionali e, con qualche incertezza, la giurisprudenza⁶⁹.

Il confine che corre tra fonti disciplinate dall'ordinamento che danno luogo ad atti normativi posti in essere da organi o enti nell'esercizio di poteri ad essi attribuiti e fonti prive di un riconoscimento formale in quanto modi di produzione del diritto assume grande rilievo nell'ordinamento cubano, per via del ruolo tutt'altro che trascurabile che le seconde giocano a scapito delle prime. In special modo le determinazioni del PCC, operanti nella cornice dei principi strutturanti lo Stato socialista, assumono un forte potenziale condizionante l'attività degli organi costituzionali e di conseguenza appaiono ben in grado di incidere materialmente sull'assetto delle fonti normative nel loro complesso⁷⁰. Ad attenta e realistica analisi, la rilevanza delle fonti non formali in un sistema socialista è solo un paradosso apparente: se è vero, per un verso, che i principi del centralismo democratico e dell'unità del potere di per sé portano ad escludere in radice capacità normativa a fatti o atti diversi da quelli previsti in Costituzione e disciplinati in via legislativa dall'ANPP, per altro verso, appare difficilmente contestabile che l'accennata unità del potere si manifesti con grande intensità nel e attraverso il Partito unico in quanto soggetto presente con voce determinante nella formazione di tutti gli organi statali, siano essi costituzionali o anche di mero rilievo costituzionale. Di talché, nella pratica gli equilibri tra le fonti costituzionalmente fissati possono essere sovvertiti e può accadere che «la volontà politica... impone cambiamenti non fedeli alle regole scritte ovvero si affida a organi di regolazione che dovrebbero essere secondari minacciando il principio della primazia della legge e della sovranità dell'Assemblea rappresentativa»⁷¹.

⁶⁹ In senso conforme, nel previgente assetto costituzionale, cfr. G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 65 s.

⁷⁰ Va da sé che anche le altre "fonti indirette" possono avere un'incidenza di rilievo nella formazione del diritto materiale: in proposito cfr. G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 66. Sulla funzione guida e sul ruolo istituzionale del PCC che restano invariati nella nuova cornice costituzionale cfr., in particolare, M.A. Orlandi, *Il partito comunista nella nuova Costituzione cubana*, nel *corrente numero* di questa *Rivista*.

⁷¹ Così G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 66, la quale opportunamente rileva che «L'ordinamento giuridico socialista storicamente evolve manifestando un

4. L'insicura strutturazione gerarchica delle fonti normative

A una lettura formale del nuovo testo costituzionale si può inferire la presenza di svariati livelli gerarchici tra le fonti normative: infatti, al di sotto del vertice (o primo livello) rappresentato dalla Costituzione e della legge di revisione costituzionale, trovano posto (al secondo livello) la legge formale e altre fonti-atto a carattere “generale” (decreti-legge, decreti presidenziali, decreti, “*acuerdos*” e altre “disposizioni generali”) i cui rapporti reciproci in astratto non sono di facile decifrazione in termini sovra-sottoordinazione ovvero di equiordinazione⁷².

Al di sotto di tale novero di fonti, appare identificabile un ulteriore insieme costituito da fonti normative dalla possibile varia denominazione, ma di natura sostanzialmente regolamentare: più precisamente, si tratta di “*decretos*” e “*acuerdos*”, che possono essere adottati dal Consiglio dei ministri in sede collegiale⁷³ per l'esecuzione o l'attuazione di leggi, di decreti-legge e disposizioni del Consiglio di Stato e di decreti presidenziali⁷⁴ (un sotto-insieme di tali fonti regolamentari fornito che si deve ragionevolmente supporre come fornito di più bassa efficacia è rappresentato dal potere riconosciuto ai membri del Consiglio dei Ministri di adottare, in carenza di attribuzione espressa di altro organo statale, “*disposiciones*” di esecuzione e attuazione⁷⁵).

Su un gradino ancora più in basso si collocano infine quelle che possono genericamente definirsi “fonti locali”⁷⁶ *per definitionem* carenti di valenza di “carattere generale”⁷⁷; queste al loro interno potrebbero poi presentare un'ulteriore diversificazione di livello in ragione del regime di un diverso regime che ne contraddistingue le principali due tipologie in cui si articolano⁷⁸: da un lato,

allontanamento del diritto reale dal diritto scritto e, in secondo luogo, alterando l'equilibrio tra le fonti superiori e quelle sub-legali: in entrambi i casi la deviazione trova cause politiche».

⁷² Sintomatica in proposito è la previsione (*ex art. 108(e)*), con formulazione pressoché identica a quella dell'art. 75(c) Cost. 1976) che affida all'ANPP il compito di «ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales».

⁷³ Con il voto favorevole della maggioranza semplice dei suoi membri: art. 138.

⁷⁴ Art. 137(ñ) e (o).

⁷⁵ Di leggi, decreti-legge e «*otras disposiciones que les conciernen*»: art. 145(e).

⁷⁶ La nuova disciplina costituzionale sembra confermare un atteggiamento di volontà di contenimento dell'autonomia normativa locale (municipale e provinciale) in ragione della precedenza accordata al dispiegarsi dei principi dell'unità del potere e del centralismo democratico: sul punto cfr. G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 65 e *ivi* l'accenno al Regolamento dell'Amministrazione locale del Potere Popolare contenuto nell'Accordo del Consiglio dei Ministri n. 6176 del 13 novembre 2007 quale disciplina specifica di riferimento della residua potestà regolamentare locale.

⁷⁷ Sembra essere proprio il concetto di “*disposiciones generales*” a segnare il discrimine tra le fonti locali e quelle di maggior efficacia insieme (o, eventualmente, dopo la legge, come si dirà), vale a dire, ai sensi dell'art. 108(g), *decretos-leyes*, *decretos presidenciales*, *decretos*, *acuerdos* e, per l'appunto, in chiave residuale e di autoqualificazione sostanziale, *disposiciones generales*.

Il quadro ricostruttivo proposto non sembra confutato nelle sue linee essenziali anche laddove si dovesse riconoscere portata sostanziale alla divaricazione semantica tra le due formule residuali di “*disposiciones generales*” e «*demás disposiciones dictadas por órganos competentes*» utilizzate, rispettivamente, alle lettere (g) e (h) dell'art. 108 Cost.

⁷⁸ Oltre a quelle esposte di seguito nel testo, la Costituzione cubana del 2019 contempla gli “*acuerdos*” e le “*demás disposiciones*” dei “*consejos provinciales*” e dei “*consejos de la administración municipal*”, che possono essere sospesi dal Consiglio dei ministri dandone conto al Consiglio

gli “*acuerdos*” e le “*disposiciones*” delle *asambleas municipales del Poder Popular* (che sono soggetti a preliminare sospensione da parte del Consiglio di Stato⁷⁹ o a diretta revoca, totale o parziale, dell’ANPP)⁸⁰, e, dall’altro lato, gli “*acuerdos*” e le “*demás disposiciones*” di *gobernadores* e *consejos provinciales* (che possono essere revocati o modificati direttamente dal Consiglio di Stato senza l’intervento della ANPP)⁸¹.

Come si vede, una certa sistematica delle fonti del diritto ispirata dal criterio gerarchico emerge dai meccanismi di controllo⁸², che però è importante sottolineare sono di tipo politico e non giurisdizionale, per cui risulterebbe eccessivo e sviante associare direttamente ai descritti rapporti condizioni di validità/invalidità delle diverse fonti di volta in volta coinvolte.

532

In conclusione, su questo punto a tutta prima può apparire che la Costituzione cubana, nel prevedere l’obbligo di conformità di altri atti alla legge, attribuisca a quest’ultima il primato dell’efficacia tra le fonti subcostituzionali. In realtà, a più posata riflessione, si coglie come il primato più che alla legge formale sia affidato all’organo parlamentare: la dimensione giuridica e prescrittiva delle fonti non si distingue dalla sfera della volizione politica dell’organo. In quest’ordine di idee, la legge formale non rappresenta di per sé un limite sostanziale di validità per altri atti-fonte (che può essere accertata e sanzionata da un soggetto posto in posizione di indipendenza e terzietà), ma sostanzia un effetto corrispondente di prevalenza solo per puntuale ed espressa valutazione dell’ANPP, in coerenza del resto con il principio dell’unità del potere⁸³.

di Stato o all’Assemblea municipale del potere popolare: art. 137(q).

⁷⁹ Che ne deve dar conto alla ANPP nella prima sessione di questa successiva alla sospensione: art. 122(h), con formulazione in larga parte coincidente con quella dell’art. 75(s) Cost. 1976.

⁸⁰ In quanto contravvengano alla Costituzione, alle leggi, ai decreti legge, ai decreti presidenziali, ai decreti e alle disposizioni adottate da “*órganos competentes*” o in quanto compromettano gli interessi di altre località o quelli generali del Paese: art. 108(h), con formulazione in larga parte coincidente con quella dell’art. 75(s) Cost. 1976.

⁸¹ In quanto contravvengano alla Costituzione, alle leggi, ai decreti legge, ai decreti presidenziali, ai decreti e alle disposizioni adottate da «un órgano de superior jerarquía» o in quanto compromettano gli interessi di altre località o quelli generali del Paese: art. 122(j) Cost. 2019 con formulazione in larga parte coincidente con quella dell’art. 90(o) Cost. 1976. In materia cfr. anche l’art. 137(r) del nuovo testo che affida anche al Consiglio dei ministri il potere di revoca totale o parziale di “*disposiciones*” adottate dai governatori provinciali.

⁸² Che, come riportato *supra* in nota, contempla espressamente organi di “*superior jerarquía*”.

⁸³ P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 638 s. a proposito della situazione riscontrabile nell’URSS delinea in termini estremamente efficaci la conseguenza dell’indistinzione tra atti del potere legislativo e atti del potere esecutivo in un contesto che muove dalla mancanza di una distinzione fra i poteri: «In siffatto contesto la relazione organi costituzionali-fonti del diritto assume una configurazione del tutto particolare, che non consente la riconduzione di ciascun tipo di fonte a una gerarchia discendente dalla forma di governo, cioè alle relazioni tra organi costituzionali costituzionalmente prestabilita: in altre parole, il principio di unità-concentrazione del potere si traduceva nella mancanza di una distinzione fra i poteri (intesi come la risultante dell’attribuzione in via tendenzialmente esclusiva di una serie di atti e di funzioni a un determinato organo costituzionale, secondo la classica teoria della loro separazione tracciata da Locke e Montesquieu, ripresa dal costituzionalismo liberale rivoluzionario e ottocentesco), e impediva una distinzione certa tra atti del potere legislativo e atti del potere esecutivo sul modello liberale, e dunque tra organi e atti; con la conseguente difficoltà (specie nei testi costituzionali sovietici più risalenti) a tracciare, nei termini propri della tradizione costituzionale liberale fondata sulla corrispondenza tra forma di governo e gerarchia delle fonti del diritto, una distinzione e una relazione gerarchica certa fra atti

5. Le fonti di rango costituzionale

La Costituzione si pone come fonte suprema, quale “*lex legum*” o fonte sulla produzione per eccellenza essendo indicata espressamente nel Preambolo come «*la ley de leyes de la República*»⁸⁴.

Dalla partizione del nuovo testo dedicata alla “*Reforma de la Constitución*” (il *Título XI*) inoltre emerge chiaramente la (conferma della) caratterizzazione della *Lex fundamentalis* del 2019 come Costituzione di tipo rigido, in sintonia con la sua qualificazione espressa (nella sezione dedicata ai “Principi fondamentali”) quale «norma giuridica suprema dello Stato», da cui discende un coerente vincolo generale di obbedienza da parte di tutti e di obbligo di conformarsi al suo disposto da parte di ogni disposizione o atto di qualsivoglia soggetto sia pubblico che privato⁸⁵. È interessante notare che di tale qualificazione non v’è corrispettivo alcuno nel precedente testo costituzionale.

La disciplina della procedura di revisione costituzionale (che ha come attore principale la ANPP) anche se non muta granché nei suoi aspetti basilari (definiti dalle norme dell’art. 137 di quel testo) risulta in buona misura oggetto di “razionalizzazione”, diffondendosi ora per ben quattro articoli (dal 226 al 229).

All’art. 226 è confermato il profilo essenziale del procedimento aggravato rispetto all’*iter* legislativo ordinario: la riforma si deve sostanziare in un “*acuerdo*” adottato, in votazione nominale, da almeno i due terzi dei membri della ANPP (la quale normalmente si pronuncia invece a maggioranza semplice⁸⁶).

Gli artt. 228 e 229 ripropongono, rispettivamente, le previsioni relative alla necessità di ratifica con voto favorevole della maggioranza degli elettori⁸⁷ «en referendo convocado a tales efectos» quando la riforma attenga a profili relativi a organi costituzionali o a diritti e garanzie e la regolamentazione della cosiddetta clausola di intangibilità (con riferimento all’irrevocabilità del sistema socialista e al divieto per lo Stato di negoziare sotto aggressione, minaccia o coercizione). Detta clausola, che opera quale limite assoluto alla revisione, risulta introdotta nel precedente testo costituzionale in forza di una novella del 2002⁸⁸, ma transita nel nuovo in termini apparentemente meno stringenti nella misura in cui nella

normativi, atti regolamentari e atti esecutivi».

⁸⁴ Sul valore normativo dei Preamboli, tra gli altri, cfr. J. Tajadura Tejada, *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2003, 509 ss.; J. Frosini, *Constitutional Preambles: At a Crossroads between Politics and Law*, Rimini, 2012, e, più di recente, W. Voermans, M. Stremmer, P. Cliteur, *Constitutional Preambles. A Comparative Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2017 e F. Longo, *I Preamboli costituzionali*, Torino, 2018.

⁸⁵ Art. 7, a tenore del quale «La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado. Todos están obligados a cumplirla. Las disposiciones y actos de los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, así como de las organizaciones, las entidades y los individuos se ajustan a lo que esta dispone».

⁸⁶ Art. 110(a).

⁸⁷ Resta dubbio se il *quorum* si riferisca alla maggioranza degli aventi diritto al voto ovvero alla maggioranza dei votanti: la disputa per vero non sembra avere gran rilievo pretico in un ordinamento nel quale la partecipazione alle urne è tradizionalmente massiccia in risposta a una sollecitazione proveniente dall’alto.

⁸⁸ Y. Guzmán Hernández, *El procedimiento de reforma, la participación popular y las reformas de la Constitución en Cuba (1959-2002)*, in *Estudios constitucionales*, Santiago, vol. 13, n. 2/2015, 237 ss.

precedente dizione in termini di irrevocabilità si richiamavano espressamente anche i caratteri politici, sociali ed economici propri del socialismo con la conclusione dell'impossibilità di volgere al capitalismo⁸⁹.

Del tutto inedita (all'art. 227) è infine la disciplina dell'iniziativa del procedimento di riforma con definizione del perimetro dei soggetti abilitati, che include anche i cittadini: l'iniziativa popolare è rimessa in particolare all'azione di almeno cinquantamila elettori con rinvio ad una legge attuativa per la definizione di procedimento, requisiti e garanzie⁹⁰.

A ulteriore testimonianza di una certa qual indeterminatezza che permea molte delle previsioni sulle fonti di produzione, emerge in questa sede il non utilizzo della formula di leggi di revisione (o di riforma) costituzionale a vantaggio del termine, come più sopra ricordato, di "*acuerdo*": la stessa suggestione si origina in presenza del disposto dell'art. 80(g) che, dal punto di vista terminologico, all'«iniziativa legislativa» popolare contrappone semplicemente l'«iniziativa» popolare di riforma della Costituzione⁹¹.

Sotto il profilo sostanziale, inalterato permane il carattere di testo costituzionale ad alta densità di profili programmatici, da cui discende l'importanza cruciale del massiccio intervento mediante altre fonti per il suo sviluppo e la sua applicazione.

534

A quest'ultimo riguardo giova ribadire, che la carenza relativa alla mancanza di un "doppio livello di legalità" presidiato da un Tribunale costituzionale in senso proprio unita all'egemonia politica del partito unico (che ha come riflesso istituzionale l'indubbia capacità di condizionamento da parte del Partito stesso dell'operare della ANPP e di tutti gli organi statali subordinati gerarchicamente a questa alla luce del principio dell'unità del potere) fanno sì che alle previsioni costituzionali non possa essere riconosciuta «una reale cogenza se non nei limiti in cui sono attuate e sviluppate dalle leggi»⁹².

6. Le fonti "primarie" e "secondarie" e la loro difficile composizione in sistema

Anche riguardo alle fonti immediatamente subordinate alle norme di rango costituzionale risulta largamente confermato il quadro preesistente. Le principali novità consistono nell'introduzione della fonte-atto del decreto presidenziale e nella previsione della necessità di "ratifica" parlamentare dei decreti-legge adottati dal Consiglio di Stato. In questo ambito, e lasciando per il momento sullo sfondo strumenti che possono definirsi di democrazia diretta, la legge formale, il decreto-legge e il decreto presidenziale sono le uniche fonti tipiche (con un *nomen juris* determinato) previste dalla Costituzione tra le fonti a "carattere generale": le altre

⁸⁹ Cfr. il combinato disposto degli artt. 3, terzo comma, e 137, primo comma, della Cost. 1976.

⁹⁰ art. 227(f).

⁹¹ Art. 80(g): «Los ciudadanos cubanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder del Estado; en razón a esto pueden, de conformidad con la Constitución y las leyes:... g) ejercer la iniciativa legislativa y de reforma de la Constitución».

⁹² L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, cit. , XII.

infatti vengono indicate genericamente come “*acuerdos*”, “*decretos*” e “*demás disposiciones generales*”⁹³.

6.1. (*Segue*): le leggi formali (*leyes*)

La nuova Costituzione riconosce una potestà legislativa generale in capo all’ANPP negli stessi termini del previgente testo costituzionale: spetta, infatti, all’ANPP, a maggioranza semplice⁹⁴, «aprobar, modificar o derogar las leyes»⁹⁵

La legge formale si pone in posizione di assoluta centralità (nel senso di fonte principale) nel diritto subcostituzionale nella misura in cui essa è la manifestazione tipica della volontà politica dell’Assemblea Nazionale in quanto organo rappresentativo del popolo detentore di tutto il potere politico. Tale posizione porta a considerarla, sul piano formale, quale fonte “primaria” per eccellenza⁹⁶. Concorrono allo stesso fine molteplici altre previsioni del nuovo testo che pongono la ANPP in posizione nevralgica e d’autorità rispetto al complesso delle fonti normative sia quanto al momento della stretta produzione giuridica, sia in relazione all’interpretazione del dato positivo e sia infine con riguardo al sistema dei controlli⁹⁷. A quest’ultimo proposito è opportuno rimarcare come la ANPP risulti depositaria del potere di vigilare sulla conformità alla legge (e alla Costituzione) di tutte le altre fonti normative sub-costituzionali, disponendo all’uopo del potere di revoca, totale o parziale, delle disposizioni trovate in difetto (e indifferentemente se provenienti dal Consiglio di Stato, dal Consiglio dei Ministri, dal Presidente della Repubblica)⁹⁸.

Gioca un ruolo ambiguo in proposito il principio della legalità socialista, di cui all’art. 9 Cost., dalla portata molto diversa da quella del quasi omologo principio di derivazione liberale, costituendo manifestazione della dottrina della «subordinazione del diritto e dello Stato (e quindi anche della legge in senso formale) alle esigenze della rivoluzione e poi del regime comunista»⁹⁹. Il doppio volto congenito a questo principio, per un verso, nel richiedere che gli organi dello Stato e la generalità dei consociati si attengano alle disposizioni normative vale a confermare formale rilevanza centrale alla legge nel quadro delle fonti del diritto, ma, per altro verso, nel riconoscere solo valore strumentale alla legge rispetto al fine rivoluzionario apre le porte sia a deroghe di questa sia a sue determinate

⁹³ Art. 108(e) e (g).

⁹⁴ Salvo le eccezioni espressamente previste nella stessa Costituzione: art. 110(a).

⁹⁵ Art. 108(c), cui corrisponde l’art. 75(b) Cost. 1976. Del pari immutata, nelle disposizioni citate, è la previsione della facoltà, in chiave partecipativa, per l’ANPP di sottoporre l’intervento legislativo a previa consultazione popolare quando lo ritenga opportuno in considerazione dell’oggetto trattato.

⁹⁶ Come indirettamente sembra confermare il disposto dell’art. 165, terzo comma, Cost. che rimette alla legge la determinazione del «procedimiento para la elaboración, publicación y entrada en vigor de las disposiciones normativas»: la legge domina, procedimentalmente, su tutte le altre fonti.

⁹⁷ V. in particolare l’art. 108(b-h), (v) e (W); l’art. 122(h-i); e l’art. 137(o).

⁹⁸ In proposito v. l’art. 108(g) e (h) e l’art. 122(h) e (i).

⁹⁹ P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 644.

interpretazioni in nome del fine rivoluzionario stesso¹⁰⁰ (e, beninteso, dell'esigenza delle une e delle altre può farsi corifeo più o meno informalmente il Partito unico che controlla altri organi costituzionali).

Sul piano formale, merita attenzione in questo contesto la razionalizzazione del potere di interpretazione generale obbligatoria («interpretación general y obligatoria»)¹⁰¹: potere in precedenza spettante al Consiglio di Stato¹⁰², e che non a caso ora trova collocazione addirittura in apertura dell'elenco dei compiti specifici della ANPP subito dopo l'affermazione della spettanza (esclusiva) in capo a questa del potere di riforma della Costituzione¹⁰³. Il potere di interpretazione “autentica” in parola ha esplicito riferimento, infatti, non solo alla fonte legislativa (come regolato nel precedente testo costituzionale), ma anche alla Costituzione: a questo proposito non si può fare a meno di evidenziare la singolarità per cui viene affidata alla legge, cioè a una fonte infracostituzionale, l'interpretazione della Costituzione che si sostanzia in un potere di rango costituzionale capace di aggirare la procedura formale di riforma di cui al Titolo XI e in tal modo di svilire sia il rango delle leggi di revisione costituzionale sia l'importanza della partecipazione popolare presente nell'*iter* di queste. Quanto precede però appare coerente con la qualificazione e la definizione che della ANPP offre la Costituzione del 2019 agli artt. 102 e 103 (che, rispettivamente, definiscono la ANPP quale «órgano supremo del poder del Estado»¹⁰⁴ e la definiscono come «el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República»). La competenza esegetica a tutto tondo di cui è investita l'ANPP risulta in qualche modo temperata a livello formale dal particolare ruolo riconosciuto al Consiglio di Governo del Tribunale Supremo Popolare nel conseguimento di pratiche giurisprudenziali uniformi nell'applicazione e interpretazione della legge, di cui si dirà più oltre.

Senza poterci qui addentrare in profili specifici dell'*iter legis*, giova rilevare come l'iniziativa legislativa sia rimessa dal nuovo testo a una cerchia particolarmente estesa di soggetti (la cui collocazione istituzionale va ben oltre il classico circuito degli organi parlamentari e dell'esecutivo)¹⁰⁵, a conferma del ruolo di fonte principale nel sistema delle fonti riconosciuto alla legge (in quanto procedimento largamente accessibile e partecipato): spicca in particolare la novità dell'iniziativa legislativa popolare strutturata su una soglia d'attivazione facilmente conseguibile, essendo riservata all'azione di almeno diecimila elettori¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Cfr. ancora P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 644 s.

¹⁰¹ Art. 108(b).

¹⁰² Art. 90(ch), Cost. 1976.

¹⁰³ Art. 108(a).

¹⁰⁴ Che «Representa a todo el pueblo y expresa su voluntad soberana»; sul tema cfr. J. Méndez López, D. Cutié Mustelier, *La Asamblea Nacional del Poder Popular como Parlamento Cubano u órgano legislativo representativo*, in *Santiago*, n. 100, 2003, 132 ss.

¹⁰⁵ Art. 164. Il riconoscimento della titolarità del potere d'iniziativa legislativa ad alcuni soggetti, per vero, è coerente con la matrice socialista dell'ordinamento statale (come nel caso del “Consejo Nacional de la Central de Trabajadores” e delle “direcciones nacionales” delle altre organizzazioni di massa e sociali) o con alcune specificità della forma di governo accolta (come nel caso del Consiglio di Stato).

¹⁰⁶ Art. 164(k).

Altri organi ordinariamente operanti in ambito giurisdizionale sono chiamati a concorrere nella garanzia della centralità della legge. Oltre che alla generalità di magistrati e giudici – i quali nell'impartire la giustizia, in posizione d'indipendenza, non debbono che obbedienza alla legge¹⁰⁷ –, un compito specifico in tal senso è rimesso anche della Procura Generale della Repubblica, che (insieme al controllo dell'investigazione penale e all'esercizio dell'azione penale pubblica) ha funzioni di preservazione della legalità ad ampio raggio («velar por el estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales»)¹⁰⁸, e al Consiglio di Governo del Tribunale Supremo Popolare, che può adottare deliberazioni (“*instrucciones de carácter obligatorio*”) per fissare pratiche giurisprudenziali uniformi quanto all'applicazione e all'interpretazione della legge¹⁰⁹.

6.2. (Segue): i decreti legge (*decretos-leyes*)

In campo normativo, al Consiglio di Stato, organo collegiale¹¹⁰ responsabile dinanzi alla ANPP¹¹¹, è affidato il potere, di adottare (a maggioranza semplice dei suoi membri)¹¹² non ben precisati “accordi” e, questione che ora maggiormente rileva, atti giuridici tipici nella forma del decreto-legge.

In maniera alquanto laconica il nuovo testo scolpisce in pochissime parole la potestà normativa del Consiglio di Stato, limitandosi a dire che questo può «dictar decretos-leyes y acuerdos»¹¹³ e prefigurando in tal modo una potestà di intervento non limitata né *ratione materiae*, né ancorata a determinati presupposti circostanziali quali quelli di necessità e urgenza (per cui in via di principio all'azione di una pletorica assemblea risulta ragionevolmente preferibile la tempestività d'intervento di un collegio ristretto). In effetti, come è stato efficacemente rilevato, «alla generale potestà legislativa dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare si affianca quella altrettanto generale, del Consiglio di Stato»¹¹⁴, che «representa» la ANPP «entre uno y otro período de sesiones» di

¹⁰⁷ Art. 150, primo comma.

¹⁰⁸ Art. 156, primo comma.

¹⁰⁹ Art. 148, secondo comma.

¹¹⁰ Ai sensi della cessata disciplina costituzionale il Consiglio di Stato era integrato complessivamente da trenta membri eletti dall'ANPP tra i propri deputati in modo che tra essi vi fossero un Presidente (che rivestiva contestualmente le cariche di Capo dello Stato e di Capo del Governo), un Primo Vicepresidente, cinque Vicepresidenti e un Segretario (art. 74, primo e secondo comma, Cost. 1976). Il nuovo testo costituzionale nel combinato disposto dell'art. 107 e dell'art. 121, primo comma, rimette alla libera determinazione dell'ANPP il numero complessivo dei membri del Consiglio di Stato, limitandosi a stabilire che devono essere scelti tra i suoi deputati e a fissare l'identità soggettiva di cariche nei due organi quanto a Presidente, Vicepresidente e Segretario. In tal modo si fa cadere il vincolo di appartenenza alla stessa ANPP per far parte del Consiglio di Stato: il secondo comma del citato art. 121 Cost. 2019 prescrive a tal proposito l'incompatibilità tra l'elezione al Consiglio di Stato e gli incarichi apicali (“*máximas autoridades*”) di organi giudiziari, elettorali e di controllo statale.

¹¹¹ Cui, nei termini dell'art. 120, deve rendere conto delle proprie attività. L'organo, nell'impostazione della Cost. del 1976, corrisponde al *Presidium* o Comitato ristretto sovietico: cfr. P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 655.

¹¹² Art. 123.

¹¹³ Art. 122(c).

¹¹⁴ V. G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 65.

questa¹¹⁵. In forza del disposto dell'art. 111 Cost., il Consiglio di Stato ora viene posto sotto la guida del Presidente della ANPP, invece che del Capo dello Stato¹¹⁶, e per così dire maggiormente “parlamentarizzato”. Si tratta tuttavia di soluzione apparente e che potrebbe essere del tutto contraddetta da ulteriori svolgimenti a livello di normazione attuativa (in particolare riguardo alla sua esatta composizione) e dalla prassi (rilevano non poco a tal proposito la personalità dei soggetti chiamati a ricoprire varie cariche: giova ricordare, tra l'altro, il potere “di propria prerogativa” – «por derecho propio» – del Presidente della Repubblica di partecipare alle sue sedute e di convocarle¹¹⁷).

La questione della concorrenzialità tra legge formale e decreto-legge si evidenzia in particolare con riferimento alle molteplici riserve di legge previste in Costituzione.

Ben è stata definita (già sotto il vigore della precedente regolazione costituzionale) come «equivoca» la posizione del decreto-legge nell'ordinamento delle fonti cubano¹¹⁸. In proposito, infatti, non assume rilievo dirimente (nella scarna disciplina riservata a tale fonte-atto) la facoltà riconosciuta alla ANPP – ora *ex art.* 108(g) della Cost. 2019 e in precedenza in forza dell'art. 75(ch) e (r) della Cost. del 1976 – di esercitare un controllo (assistito dal potere di revoca) sulla conformità dei decreti-legge alla legge: come ognuno vede, trattasi di competenza che si muove per linee tutte interne alla dimensione della politicità e dunque dell'opportunità.

La controversa questione della collocazione del decreto-legge nell'ordinamento delle fonti, e in particolare in rapporto alla legge, ha trovato un momento di svolta in coincidenza con l'Accordo dell'ANPP del 1979, proposto dal deputato Osvaldo Dorticós Torrado: a seguito dell'approvazione (all'unanimità) di questo atto “interpretativo”, si è ammesso (sconfessando la sin allora opinione prevalente della subordinazione gerarchica del decreto-legge alla legge) che la decretazione del Consiglio di Stato possa derogare o modificare la fonte legislativa a ragione della caratterizzazione del Consiglio di Stato stesso quale organo della ANPP che la rappresenta nelle sue fasi di inattività¹¹⁹.

La soluzione prevalente successivamente accolta in letteratura circa l'equiparazione gerarchica tra legge e decreto-legge, potrebbe essere oggetto di parziale rivisitazione alla luce delle novità introdotte dal nuovo testo costituzionale in relazione all'esigenza dell'intervento dell'ANPP in termini di «ratifica» sulla “decretazione legislativa” del Consiglio di Stato. Difatti, mentre l'art. 108(f) si limita a prospettare in termini generali la nuova competenza

¹¹⁵ Art. 107. Ai sensi dell'art. 110(b), l'ANPP si riunisce in due periodi ordinari di sessione all'anno e in sessione straordinaria quando convocata dal Consiglio di Stato o sollecitata da un terzo dei suoi membri.

¹¹⁶ Art. 93(b) Cost. 1976.

¹¹⁷ Art. 128(v). Ruolo del Presidente al suo interno che difficilmente può essere di carattere formale atteso l'intreccio di competenze tra i due organi: si pensi, in particolare, da un lato, ai poteri del Presidente della Repubblica di dirigere la politica estera (art. 128(c) e di presiedere il Consiglio dei Ministri (art. 1288(w), e, dall'altro lato, ai poteri del Consiglio di Stato di “ratifica” dei trattati internazionali approvati dal Consiglio dei ministri (art. 137(d)) e di controllo sulle iniziative legislative del Consiglio dei ministri (art. 137(h)).

¹¹⁸ Così G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 65.

¹¹⁹ Come riferisce G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 77.

dell'ANPP quanto alla ratifica di decreti-legge (e così pure degli “accordi”) del Consiglio di Stato, l'art. 120, secondo comma, ha cura di precisare che l'organo parlamentare a tale scopo deve intervenire tempestivamente (nella sua sessione più prossima). Dal vincolo di ratifica (che sembra imporre alla ANPP un dovere di pronunciarsi in ogni caso, mentre nella precedente regolamentazione costituzionale l'intervento era necessario solo in caso di emersione nel suo seno della volontà di procedere ai fini di una revoca) si potrebbe inferire la caratterizzazione dei decreti-legge (e degli accordi promananti dal Consiglio di Stato) quale atti “precarî” o provvisori.

Il rilievo che la questione assume per la concretizzazione di alcuni profili della forma di Stato e soprattutto per la declinazione pratica forma di governo è legato a due aspetti in particolare: da un lato, la diversa forma tipica dei due atti-fonte che a sua volta rimanda alla differente legittimazione degli organi che li adottano; e, dall'altro lato, la circostanza per cui i lunghi periodi di inattività della ANPP favoriscono l'ampio ricorso allo strumento della decretazione con il duplice effetto in conclusione che il decreto-legge tende ad assumere il connotato di forma ordinaria di legislazione¹²⁰ e correlativamente il Consiglio di Stato accentua il carattere “collegio minore” (o Comitato) direttivo della ANPP.

A margine degli argomenti che precedono sovengono due conclusive considerazioni. In primo luogo, è da escludersi che dai numerosi rinvii alla legge accolti dalla nuova (così come dalla vecchia) disciplina costituzionale possa evincersi la presenza di riserve di legge formale in senso proprio (per via del potere del Consiglio di Stato di sostituirsi ordinariamente all'Assemblea nell'esercizio delle funzioni normative e, ad un maggior livello di astrazione, sulla scorta della considerazione per cui la nozione di riserva di legge si origina, nelle monarchie liberali del costituzionalismo ottocentesco, in intima connessione con il principio della separazione dei poteri, che come detto, non trova cittadinanza nell'ordinamento cubano)¹²¹. In secondo luogo, la portata delle novelle sopra riferite della ratifica dei decreti-legge, che potrebbero dischiudere orizzonti ricostruttivi nuovi per questa particolare fonte-atto, sembra perdere di rilievo pratico alla luce della previsione nella Costituzione del 2019 della nuova fonte-atto dei decreti presidenziali, cui paiono potersi trasferire gran parte delle problematiche di collocazione nel sistema delle fonti già esaminate per il decreto-legge.

6.3. (Segue): i decreti presidenziali (*decretos presidenciales*)

Il decreto presidenziale¹²² è la novità, nel novero delle fonti normative,

¹²⁰ Per gli aspetti evidenziati cfr. anche G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 77.

¹²¹ Sull'inapplicabilità dell'istituto nell'ordinamento cubano cfr. Y. Perez Martinez, *¿Reserva de ley en Cuba? A propósito de un debate*, in A.M. Alvarez Tabio, A. Matilla Correa (coords.), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, La Habana, 2011, 200 ss.

¹²² Prevista all'art. 128(ñ), a tenore del quale al Presidente della Repubblica compete «dictar, en el ejercicio de sus atribuciones, decretos presidenciales y otras disposiciones». La formula residuale da ultimo riferita per indicare gli atti-fonte rientranti nella sfera di competenza del Presidente conferma l'indeterminatezza e il carattere “aperto” del sistema delle fonti cubano.

direttamente conseguente all'introduzione nell'architettura costituzionale della figura del Presidente della Repubblica¹²³.

Il potere normativo proprio riconosciuto al Presidente della Repubblica ex art. 128(ñ), che si estrinseca attraverso atti strettamente monocratici, risulta limitato solamente dal perimetro delle sue attribuzioni.

In relazione a tale potere del Presidente della Repubblica si incrocia indubbiamente un punto di criticità del sistema delle fonti, poiché non è chiaro il ruolo primario o subordinato (rispetto alla legge formale parlamentare) del decreto presidenziale. E ciò soprattutto se si tiene conto del fatto che il Presidente gode di un fascio di attribuzioni tali per cui non appare affatto estraneo al circuito della determinazione dell'indirizzo politico. In tal senso assai eloquenti sono le norme del nuovo testo costituzionale secondo le quali compete al Presidente della Repubblica di assumere «la Jefatura Suprema de las instituciones armadas»¹²⁴, di «representar al Estado» e di dirigere sia la «su política general» sia «la política exterior»¹²⁵ (competenze queste ultime ad ampio raggio cui appaiono particolarmente collegate le sue prerogative, già evidenziate, di prendere parte alle riunioni del Consiglio di Stato¹²⁶ e di presiedere il Consiglio dei Ministri¹²⁷ e alle quali fanno da corollario l'assai incisivo ruolo che esso riveste nella formazione dell'esecutivo nel suo complesso¹²⁸, nel controllo sullo stesso¹²⁹ e il ragguardevole riconoscimento del potere di dichiarare gli stati emergenziali¹³⁰).

Indizi a livello costituzionale del decreto presidenziale quale fonte primaria possono dedursi dal disposto dell'art 108(e), che l'accomuna alla legge e alle altre fonti a carattere generale nella soggezione al controllo di costituzionalità dell'ANPP, e dell'art. 137(ñ), in forza del quale il Consiglio dei ministri è chiamato a garantire esecuzione ai decreti presidenziali anche mediante l'esercizio di una potestà regolamentare.

Come anticipato, sembra anch'esso (al pari del decreto-legge) una fonte materialmente legislativa a ragione dell'indeterminatezza della sua sfera materiale d'intervento (che in assenza di precisazioni appare a carattere tendenzialmente generale) e dell'ambiguità del rapporto con le fonti di piena o parziale derivazione parlamentare (rispettivamente, la legge formale e il decreto-legge).

¹²³ E di quella, complementare, del Vicepresidente della Repubblica: artt. 125 ss. e 131.

¹²⁴ E di determinare, con riguardo alle stesse «istituzioni armate», «su organización general»: art. 128(i). È appena il caso di specificare come il controllo delle forze armate nella realtà cubana rivoluzionaria risulti nei fatti una leva importantissima per l'esercizio del potere politico.

¹²⁵ Art. 128(b) e (c).

¹²⁶ Potendolo anche convocare «cuando lo considere»: art. 128(v).

¹²⁷ Ovvero del suo *Comité Ejecutivo*: art. 128(w).

¹²⁸ Ruolo che si fonda sul vasto fascio di poteri – ex art. 128(f) – di proporre il conferimento dell'incarico ovvero la revoca o la sospensione dello stesso per il Primo Ministro e i membri del Consiglio dei Ministri.

¹²⁹ Ai sensi dell'art. 128(h), infatti, dispone della competenza a «conocer, evaluar y adoptar decisiones sobre los informes de rendición de cuenta que le presente el Primer Ministro sobre su gestión, la del Consejo de Ministros o la de su Comité Ejecutivo».

¹³⁰ Vale a dire l'«Estado de Emergencia» e la «Situación de Desastre»: art. 128(k).

Le incertezze ricostruttive circa il suo relazionamento con le altre fonti a carattere legislativo non sono superabili con il riferimento alla circostanza per cui la ANPP dispone del potere di revoca totale o parziale di tali decreti presidenziali nel caso di contrasto oltre che con la Costituzione anche con “*las leyes*”¹³¹: in merito non solo sono replicabili le osservazioni già svolte a proposito della caratterizzazione squisitamente politica (e quindi connotata da ampi margini di discrezionalità¹³²) del controllo svolto dalla ANPP su eventuali antinomie di tal fatta, ma intervengono anche ragioni di taglio sostanziale connesse alla natura del decreto-presidenziale di atto-fonte specifico dell’esecutivo e della curvatura in senso presidenziale della forma di governo¹³³.

I decreti presidenziali assurgono a loro volta a parametro (non esclusivo) ai fini dell’eventuale revoca totale o parziale ovvero modifica di atti (“*acuerdos o disposiciones*”) di *asambleas municipales del Poder Popular*, di “*gobernadores y consejos Provinciales*”: artt. 108(h) e 122(j).

Dal complesso delle disposizioni sopra riferite si trae la conferma della tendenza del testo costituzionale a inquadrare il rapporto tra le fonti normative essenzialmente in chiave gerarchica (sebbene priva di garanzia effettiva), relegando in proposito ad un ruolo assolutamente recessivo il principio o criterio della competenza: in concordanza con i principi del centralismo democratico e dell’unità del potere l’articolato costituzionale propone solo un oltremodo timido ricorso a “fonti a competenza particolare”¹³⁴. Ad ogni modo, il far riferimento a

¹³¹ Art. 108(g). Il Consiglio di Stato, dal canto suo, può sospendere i decreti presidenziali (al pari di altri atti-fonte) che «contradigan la Constitución y las leyes» dandone conto alla ANPP «en la primera sesión que celebre después de acordada dicha suspensión»: art. 122(h).

¹³² In assenza, per giunta, di un controllo di costituzionalità di tipo giurisdizionale nel quale poter utilizzare la fonte legislativa quale “norma interposta” in ordine alla verifica del rispetto indiretto della previsione costituzionale di cui all’art. 108(g).

¹³³ In proposito cfr. L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione*, cit., XV; M.C. Locchi, *La forma di governo nell’evoluzione del costituzionalismo cubano*, nel corrente numero di questa *Rivista* e C.M. Villabella Armengol, *La forma de gobierno en la Constitución cubana de 1976*, in A. Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, cit., 87 ss.

¹³⁴ Esempi specifici (e, ad ogni buon conto, di non particolare rilievo nel vigente quadro dei modi di produzione del diritto) della previsione di fonti-atto della tipologia a competenza riservata (intendendo con tale formula fonti normative che non sono collocate nell’ordinamento secondo una linea verticale – di gerarchia –, bensì “orizzontalmente” in ragione di determinati campi materiali, con preferenza sulle altre delle norme prodotte dalla fonte “competente” *ratione materiae*) si colgono all’art. 157, secondo comma (ai sensi di tale norma al *Fiscal General de la República* è rimessa la «reglamentación de la actividad de la Fiscalía en todo el territorio nacional»), e all’art. 161, secondo comma (in forza del cui disposto al *Contralor General de la República* è affidata la «reglamentación de la actividad de la Contraloría en todo el territorio nacional»).

Problematica è la riconducibilità alla categoria di fonti in discorso del “*reglamento*” di organi costituzionali quali ANPP, Consiglio di Stato e Consiglio dei Ministri – artt. 108(w) e 137(v) – in quanto da considerarsi a carattere “interno”, quali fonti d’organo non appartenenti all’ordinamento generale («Che producono i loro effetti solo nell’ambito dell’organo e tra i suoi componenti»: G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 81). I regolamenti (interni) del Consiglio di Stato e del Consiglio dei Ministri non sono neppure espressione d’autonomia in quanto l’approvazione del primo è rimessa alla ANPP mentre con riguardo all’adozione del secondo l’art. 137(v) pone un’insolita alternativa, prescrivendo che il regolamento in questione va sottoposto «a la aprobación de la Asamblea Nacional del Poder Popular o del Consejo de Estado». Giova inoltre notare che l’Ottava Disposizione Transitoria

detti criteri per la risoluzione di eventuali antinomie non è sempre soluzione affidabile per via dell'assenza del principio della separazione dei poteri e, in ultima analisi, del ruolo pervasivo del Partito unico¹³⁵.

6.4. (Segue): la potestà regolamentare

La potestà regolamentare dell'Amministrazione (come fonte sub-legislativa) riveste particolare importanza nell'ordinamento delle fonti cubano così come del resto si riscontra nella generalità dei sistemi statali contemporanei, che nel loro materiale attecchirsi quanto alla pluralità e varietà di compiti che assumono su di sé non possono assolutamente prescindere dal dispiegare (tanto a livello centrale che periferico) una funzione esecutivo-amministrativa di ampio respiro. Invero, l'esercizio della potestà regolamentare risponde a esigenze immanenti la stessa funzione amministrativa, che richiede per sua natura l'adozione di atti sia puntuali sia di regolazione a carattere generale¹³⁶. Come accennato, il nuovo testo costituzionale (in linea di piena continuità con il precedente) investe in via di principio della funzione regolamentare (per l'esecuzione e l'attuazione delle leggi e di altri atti) il Consiglio dei Ministri¹³⁷, coerentemente, del resto, con

entro il termine di due anni dall'entrata in vigore della Costituzione impone al Consiglio dei Ministri di presentare alla ANPP il progetto del regolamento in discorso (mentre la ANPP deve approvare, ai sensi della Settima Disposizione Transitoria, entro un anno sia il proprio regolamento che quello del Consiglio di Stato). Tra le "fonti d'organo" possono essere annoverati anche i regolamenti (interni) delle "*asambleas municipales del Poder Popular*" e dei loro "*consejos de la administración*", che, in forza del disposto della Nona Disposizione Transitoria, devono essere anch'essi approvati dalla ANPP entro due anni dall'entrata in vigore della Costituzione. È interessante segnalare, infine, che solamente a proposito delle fonti d'organo qui prese in considerazione il testo costituzionale del 2019 utilizza, come *nomen juris*, il sostantivo "regolamento".

¹³⁵ La situazione sopra descritta spiega anche la quasi totale assenza nell'ordinamento cubano delle cosiddette fonti atipiche e rinforzate (cioè fonti che pur avendo la forma della legge differiscono per varianti procedurali e per quanto riguarda la loro forza). Ipotesi di fonti riconducibili alla categoria in parola sono identificabili nella legge formale preceduta da consultazione preventiva, che sembra dar luogo a una fonte a forza passiva rinforzata (art. 108(c)), e l'atto (legge) di proroga della ANPP che ai sensi dell'art. 105, primo comma deve essere approvata a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

¹³⁶ Nella vastissima letteratura in argomento cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 122 ss., R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, spec. 569 ss., e, specie con riguardo alle problematiche più recentemente emerse di adozione di atti normativi dell'esecutivo a prescindere dal *nomen iuris* di regolamento, N. Lupo, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, 127 ss. e *passim*.

¹³⁷ V. in tal senso alle citate lett. (ñ) e (o) dell'art. 137, cui fanno riscontro nel testo costituzionale del 1976 le lett. (j) e (k) dell'art. 98. In particolare alla lettera (o) dell'art. 137 sembra potersi far risalire la distinzione tra regolamenti di attuazione (norme «sobre la base... de las leyes vigentes») e regolamenti di (stretta) esecuzione (disposizioni «en cumplimiento de las leyes vigentes»).

Il carattere pienamente collegiale dell'organo, anche ai fini dell'adozione di atti normativi è tuttavia relativo. Infatti, in forza del disposto dell'art. 135, al Comitato esecutivo ("*Comité Ejecutivo*") del Consiglio dei Ministri (di cui fanno parte il Primo Ministro, i Viceprimo ministri, il Segretario e gli altri ministri scelti dal Presidente della Repubblica, che, *ex art.* 128(w), ne presiede le sedute), è rimesso un potere di intervento generale su tutte le competenze del Consiglio dei Ministri nell'intervallo delle sue riunioni: potere sostitutivo generale che si esercita, per tanto, anche in relazione all'adozione dei regolamenti. Da diverso angolo prospettico il descritto meccanismo sostitutivo interno all'esecutivo nazionale (già

l'inquadramento di quest'ultimo (in quanto "*Gobierno de la República*") quale massimo organo esecutivo e amministrativo dello Stato¹³⁸.

La finalità esplicitamente preordinata in termini costituzionali¹³⁹ all'esecuzione-attuazione di leggi e "*acuerdos*" della ANPP, di decreti-legge e «*disposiciones*» del Consiglio di Stato e di decreti presidenziali induce a ritenere, a mo' di conseguenza logica, che la fonte regolamentare venga formalmente impostata in un rapporto di sotto-ordinazione quanto meno alla legge e agli altri atti-fonte materialmente legislativi.

Del potere di adottare norme regolamentari sono investiti, poi, anche i singoli componenti il Consiglio dei Ministri¹⁴⁰ entro i confini dell'ambito materiale di rispettiva competenza: potestà normativa cui dev'essere accreditata un'efficacia minore a quella corrispondente esercitata dal Consiglio dei Ministri vuoi per motivi logico-razionali (la delibera collegiale che prevale su quella individuale) vuoi per ragioni di più stretto ordine positivo, atteso che è lo stesso testo costituzionale a legittimare la possibilità del ricorso a tale forma di normazione "ministeriale" in forma residuale («*cuando no sea atribución expresa de otro órgano estatal*»)¹⁴¹. I membri del Consiglio dei Ministri dispongono inoltre di iniziativa legislativa e normativa indiretta dai confini sorprendentemente ampi, caratteristica giustificabile solo in ragione delle particolarità della forma di governo e della non operatività del principio della separazione dei poteri¹⁴².

Il quadro delle questioni gravitanti intorno alla potestà regolamentare, già piuttosto articolato secondo quanto poc'anzi messo in risalto, trova ulteriore motivo di complessità nella circostanza della mutevolezza terminologica che accompagna l'emanazione di normative regolamentari, potendosi di, volta in volta, aver luogo sotto il *nomen juris* di decreti, di risoluzioni o di dettami. Si è osservato in proposito come non sia ravvisabile alcuna «regolazione generale di questi atti che definisca in che misura e a quali condizioni è possibile ricorrere all'uno o all'altro»¹⁴³.

conosciuto peraltro dalla preesistente architettura costituzionale: art. 97 Cost. 1976) è indice delle tendenze verticistiche (con scarse garanzie di controbilanciamenti) che attraversano le dinamiche politico-istituzionali del sistema cubano.

¹³⁸ Art. 133 e art. 95, secondo comma, Cost. 1976. Per un interessante e attento spaccato dello stato dell'arte normativo della potestà regolamentare alla vigilia dell'entrata in vigore del nuovo testo costituzionale cfr. G. Crepaldi, *Il sistema amministrativo cubano*, cit., spec. 79 ss.

¹³⁹ Come accennato, *ex art.* 137(ñ).

¹⁴⁰ Art. 145(e). Nel novero di tali soggetti è incluso il Primo Ministro, il quale detiene solo limitati poteri normativi aggiuntivi rispetto agli altri membri dell'organo collegiale: art. 144(h) e (i).

¹⁴¹ Art. 145(e). Incidentalmente, si può osservare come nella norma in parola sembri emergere in maniera ancor più chiara la riferita duplice categoria dei regolamenti (in questo caso ministeriali) di (stretta) esecuzione ovvero di attuazione laddove la stessa accenna a disposizioni, rispettivamente, per la "*ejecución*" e per la "*aplicación*" delle leggi e di altri atti).

¹⁴² Sono abilitati infatti a presentare al Consiglio dei Ministri stesso «*proyectos de leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones, acuerdos o cualquier otra proposición que estimen conveniente*»: art. 145(f).

¹⁴³ Così G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 79, e *ivi* opportune specificazioni di dettaglio. Il nuovo testo costituzionale, paradossalmente, pare aver preso atto della situazione segnando un regresso di precisione terminologica al riguardo, nella misura in cui non ripropone espressamente per gli atti normativi sublegislativi con efficacia generale il *nomen* di regolamento, utilizzato invece dal testo del 1976 agli artt. 98(j), 100 e 77, secondo

7. Referendum, plebisciti e consultazioni popolari

Nell'articolato costituzionale trovano cittadinanza istituti di democrazia diretta o, se si preferisce, partecipativi, cui si possono riconnettere effetti normativi.

A parte la “consultazione popolare” e il “referendum” abilitati, rispettivamente, a intervenire nell'ambito del procedimento legislativo e in quello di riforma della Costituzione (in maniera eventuale nella prima ipotesi, necessaria nella seconda nel caso in cui la riforma costituzionale versi su determinati oggetti)¹⁴⁴, il testo costituzionale accenna, confusamente, a “*plebiscitos*” e “*referendos*” che possono essere convocati dalla ANPP nei casi previsti dalla Costituzione e quando la stessa Assemblea stimi opportuno¹⁴⁵. È di evidenza palmare come la carica partecipativa (*recte*: di “*participación democrática*”)¹⁴⁶ sia fortemente ridotta in questi istituti per via della loro strutturazione unicamente secondo una logica *top-down* (strumentale essenzialmente alla ratifica di scelte già compiute).

Tipologie, effetti normativi e caratteri procedurali degli istituti referendari in parola sono rimessi alla discrezionalità pressoché piena del legislatore¹⁴⁷.

Ai riferiti strumenti normativi d'indole partecipativa si aggiungono le consultazioni locali¹⁴⁸ e fanno da corollario sia l'iniziativa legislativa popolare accordata all'attivarsi a tal fine di almeno diecimila elettori sia l'iniziativa popolare volta a promuovere riforme costituzionali per la cui attivazione è prevista la più alta soglia di cinquantamila elettori¹⁴⁹.

8. Le fonti normative degli enti territoriali locali

Lo Stato cubano in quanto ordinamento unitario conosce una sua ripartizione interna a carattere amministrativo articolata sul duplice livello delle Province e dei Municipi¹⁵⁰.

Ogni Provincia è retta da un *Gobierno Provincial del Poder Popular* composto da un *Gobernador* e un *Consejo Provincial* (art. 170); il Governatore, che organizza e dirige

comma.

¹⁴⁴ Nell'ordine: art. 108(c), che indica il pronunciamento del corpo elettorale con la formula di “*consulta popular*”, e art. 228.

¹⁴⁵ Art. 108(v).

¹⁴⁶ Così l'art. 108(d).

¹⁴⁷ L'art. 204 pone l'argine per cui, al pari di quello che avviene nelle tornate elettorali periodiche, tutti i cittadini abbiano diritto a partecipare, con un solo voto, a «*plebiscitos y referendos populares, que serán de voto libre, igual, directo y secreto*». L'art. 211 fissa, poi, in maniera inderogabile le competenze del *Consejo Electoral Nacional* di organizzazione, direzione e supervisione oltre che delle elezioni anche della triade di strumenti di consultazione del corpo elettorale consistente in «*consultas populares, plebiscitos y referendo*».

¹⁴⁸ L'*Asamblea Municipal del Poder Popular*, nella cornice della garanzia della partecipazione popolare, può «convoca[r] a consulta popular asuntos de interés local en correspondencia con sus atribuciones»: art. 200(a).

¹⁴⁹ Disciplinate, rispettivamente, all'art. 164(k) e all'art. 227(f). I due istituti, apparentemente dalla agevole attivazione a causa dei bassi quorum di adesioni richieste (ma più particolari previsioni “filtro” possono essere disposte dal legislatore di attuazione), sono inoltre richiamati implicitamente dall'art. 80(g), nell'ambito della ricapitolazione dei diritti di partecipazione politica di cui godono i cittadini cubani.

¹⁵⁰ Art. 166.

l'amministrazione provinciale¹⁵¹, ha il potere «el marco de su competencia» di «dictar disposiciones normativas y adoptar las decisiones que correspondan»¹⁵²; il *Consejo Provincial*, organo di secondo grado presieduto dal Governatore¹⁵³, può comunque adottare «acuerdos ... de interés general»¹⁵⁴.

I municipi, corrispondenti all'ente locale di maggior rilievo, sono organizzativamente strutturati intorno a un' *Asamblea Municipal del Poder Popular* come soggetto a carattere elettivo¹⁵⁵ che può adottare, a maggioranza semplice¹⁵⁶, «acuerdos y dictar disposiciones normativas en el marco de su competencia, sobre asuntos de interés municipal y controlar su cumplimiento»¹⁵⁷. È interessante notare, che tra i poteri di controllo normativo dell'Assemblea municipale figurano quelli di «proponer al Consejo de Ministros o al Gobernador, según el caso, la revocación de decisiones adoptadas por órganos o autoridades subordinadas a estos» e di «revocar o modificar las decisiones adoptadas por los órganos o autoridades que le están subordinados, cuando contravengan las normas legales superiores, afecten los intereses de la comunidad, o extralimiten las facultades de quien las adoptó»¹⁵⁸.

Dal complesso delle previsioni relative ai controlli normativi¹⁵⁹ cui soggiacciono le fonti locali emerge chiaramente come il rapporto tra le queste (siano esse di matrice municipale assembleare o meno) e quelle statali permanga improntato a «stretta gerarchia» formale. Se si considera oltre all'assoluta impossibilità per le fonti locali di derogare alla generalità delle norme degli organi statali anche la circostanza per cui a carico di questi ultimi non sono ravvisabili limiti di intervento *ratione materiae*, risulta ampiamente condivisibile la conclusione che al riconoscimento costituzionale della potestà normativa locale non si accompagna adeguata tutela né dell'autonomia, né degli ambiti della stessa¹⁶⁰.

¹⁵¹ Art. 178.

¹⁵² Art. 179(c).

¹⁵³ E composto inoltre dal Vicegovernatore, dai presidenti e vicepresidenti delle Assemblee locali e dagli Intendenti municipali corrispondenti: art. 182.

¹⁵⁴ Art. 179(l) e art. 184(c).

¹⁵⁵ Art. 186: «mediante el voto libre, igual, directo y secreto de los electores».

¹⁵⁶ Art. 190.

¹⁵⁷ Art. 191(g). L'ente municipale è dotato inoltre di un *Consejo de la Administración*, che, strutturato organizzativamente e funzionalmente nei termini della legge, è designato dall'*Asamblea Municipal del Poder Popular*, alla quale si «subordina y rinde cuenta» nel disimpegnare le proprie funzioni esecutivo-amministrative e di direzione dell'Amministrazione municipale (artt. 202 e 203). Il Consiglio della Amministrazione municipale è presieduto da un *Intendente Municipal* (art. 203) designato (ed eventualmente sostituito) dall'Assemblea municipale del potere popolare su proposta del Presidente della stessa Assemblea municipale (art. 191(e)). I membri del *Consejo de la Administración Municipal* sono designati (ed eventualmente sostituiti) dall'*Asamblea Municipal del Poder Popular* su «propuesta» del rispettivo *Intendente* (art. 191(f)).

¹⁵⁸ Rispettivamente, lett. (k) e (l), art. 191.

¹⁵⁹ Di competenza dell'ANNP, del Consiglio di Stato e del Consiglio dei Ministri, che possono variamente sfociare nella sospensione e nella revoca totale o parziale delle fonti locali stesse per motivi sia di legittimità (in caso di riscontrata non conformità alle leggi o alle disposizioni in genere di organi superiori) che di merito (nel caso di lesione degli interessi di una comunità o di quelli generali del Paese): v., in particolare, l'art. 122(i) e (j), l'art. 137(p), (q) e (r) e l'art. 184(j) e (k).

¹⁶⁰ G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 86.

Le fonti locali appaiono occupare il gradino più in basso nel sistema delle fonti anche perché promanano da soggetti istituzionali “gerarchicamente sottordinati” rispetto a quelli nazionali (ancora una volta nel pieno rispetto della logica dei principi del centralismo democratico e dell’unità del potere), come si evince *a contrario* da diverse disposizioni costituzionali che accennano al rapporto tra autorità degli enti locali e “*órganos de superior jerarquía*”¹⁶¹ ovvero “*órganos del Estado*” (presupponendo la sovraordinazione di questi)¹⁶².

9. Il diritto interno e il diritto internazionale: cenni

A parte spinte e impulsi connessi al rapido mutare del contesto geopolitico sia globale che regionale in un quadro di sempre maggiori interrelazioni, già le aperture introdotte in campo economico, valgono di per sé ad accrescere la proiezione del Paese caraibico in ambito internazionale.

Lo Stato cubano è tradizionalmente improntato al “principio di esclusività” (come potere dello Stato stesso di riconoscere in via esclusiva le proprie fonti sicché le norme internazionali non sono direttamente applicabili nell’ordinamento interno)¹⁶³ e conseguentemente per quel che concerne l’adattamento del diritto interno al diritto internazionale, l’ordinamento costituzionale cubano del 2019 conferma l’adesione al modello dualistico¹⁶⁴ (del rinvio fisso o materiale): gli accordi stipulati dallo Stato cubano con altri Stati o organizzazioni internazionali acquistano efficacia all’interno dell’ordinamento statale solo in forza di appositi atti di ratifica-recepimento e, in ultima istanza, non costituiscono una fonte normativa diretta.

In una cornice di tal genere, ad ogni modo, si segnalano alcune peculiarità del testo costituzionale nella materia in questione. Il balenare, a prima lettura, della suggestione di una qualche apertura in senso monistico («Lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional»)¹⁶⁵, che lascia intuire la possibilità di forme di adattamento automatico, è subito fugata dalla lettura di altre previsioni del nuovo testo. Dapprima viene in evidenza la previsione espressa della primazia della Costituzione «sobre estos tratados internacionales»¹⁶⁶, confermativa *in parte qua* della posizione di vertice della stessa Carta costituzionale nel sistema delle fonti. Si segnala, in secondo luogo, che sono altresì confermate sia la

¹⁶¹ V., ad esempio, l’art. 179(h).

¹⁶² V., esemplificativamente, l’art. 179(i).

¹⁶³ Espressione precipua della sua sovranità: le norme di altri ordinamenti (ivi incluso quello derivante dai rapporti tra gli Stati) possono operare nell’ordinamento dello Stato soltanto se le norme di questo vi acconsentono attraverso la tecnica del rinvio: per tutti v. B. Conforti, *Diritto internazionale*, X ed., Napoli, 2014, 333 ss.

¹⁶⁴ In materia cfr. O. Richards Martínez, *Una aproximación desde el constitucionalismo cubano a la relación soberanía, independencia nacional y tratados internacionales*, in A.M. Alvarez Tabío, A. Matilla Correa (coords.), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, cit., 220 ss. e O. Richards Martínez, *Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano*, in *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, n. 116, 2012, 117 ss.

¹⁶⁵ Art. 8.

¹⁶⁶ Norma contenuta nello medesimo art. 8.

competenza del Consiglio dei Ministri di approvare i trattati internazionali sia il potere del Consiglio di Stato di ratifica e di denuncia dei trattati medesimi¹⁶⁷ (in materia risalta il ruolo, assolutamente recessivo, riservato alla ANPP, in virtù del riferimento esplicito all'approvazione dei soli trattati di pace)¹⁶⁸.

La prevalenza del diritto interno sul diritto internazionale si accorda perfettamente, del resto, con la finalità di preservare il carattere socialista dello Stato (e “filtrare” meglio ciò che, nel diritto internazionale, può costituire volano per mutazioni in senso democratico-pluralista o apparire troppo compromesso con visioni di sviluppo economico di tipo capitalistico ovvero liberista)¹⁶⁹.

Il nuovo testo costituzionale persevera peraltro nel serbare silenzio in merito al grado di efficacia interna della fonte internazionale: se l'efficacia in sé del trattato continua a dipendere, come in precedenza, dalla ratifica-recepimento¹⁷⁰, la collocazione nel sistema delle fonti dell'atto internazionale oggetto di ratifica-recepimento potrebbe assumere invece connotati nuovi. Una lettura particolarmente pregnante dell'art. 8 del nuovo testo potrebbe situarla tra il diritto costituzionale e la legislazione ordinaria o allo stesso livello di quest'ultima: decisivo in proposito sarà l'orientamento che si formerà in sede di cosiddetto diritto vivente.

10. Necessaria selezione tra altre fonti “dirette” e “fonti indirette”

Nella molteplicità di altre fonti normative dirette e indirette rinvenibili nell'ordinamento cubano, a ragione dello spazio limitato della presente analisi, mette conto prenderne in considerazione specifica solo alcune, che si ritengono di maggior significato teorico e di potenziale incidenza sistemica¹⁷¹, accordando preferenza, in particolare, a quelle associate all'operare della magistratura e del partito unico.

¹⁶⁷ Rispettivamente, art. 137(d) e 122(ñ); in termini identici si esprimevano già gli artt. 98(ch) e 90(m) Cost. 1976.

¹⁶⁸ In simmetria con il potere ad essa riconosciuto di dichiarare lo stato di guerra: art. 108(ñ).

¹⁶⁹ Tra gli altri precetti del nuovo testo costituzionale che variamente interessano il rapporto tra l'ordinamento cubano e quello internazionale – in un quadro di relazioni con Stati e organizzazioni comunque basate su principi «antiimperialistas e internacionalistas» (art. 16, primo comma) – si distinguono: il ripudio di patti e trattati frutto di situazioni di disegualianza e lesivi di sovranità e integrità territoriale (art. 12, e nello stesso senso si esprimeva l'art. 11(c) della Cost. 1976); la volontà di osservare pedissequamente «los principios y normas que conforman el Derecho Internacional» e i «principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas» per quanto attiene ai rapporti tra gli Stati con particolare riguardo al rispetto della loro integrità territoriale e indipendenza (art. 16(c), il cui contenuto trova un parziale antecedente all'art. 12(b) Cost. 1976); la riaffermazione del proposito di perseguire l'integrazione e la collaborazione con i Paesi dell'America Latina e del Caribe (art. 16(d)); il riconoscimento dei diritti della persona derivanti dalla creazione intellettuale in conformità non solo alla legge, ma anche ai trattati internazionali (art. 62, primo comma).

¹⁷⁰ G. Crepaldi, *Le fonti del diritto amministrativo cubano*, cit. 92 s.

¹⁷¹ Rinviando ad altra sede la presa in esame di fonti quali consuetudine, prassi e precedente amministrativo o delle «disposiciones de los jefes de organismos de la Administración Central del Estado» (cui fa esplicito riferimento l'art. 137(s) nel qualificarle come soggette al potere di revoca totale o parziale del Consiglio dei Ministri). In particolare sulla consuetudine nell'ordinamento cubano cfr. A. Matilla Correa, *La costumbre en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo cubano*, in *RAP – Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXV, n. 298, 2003, 35 ss.

10.1. (Segue): l'attività giurisprudenziale come fonte

Anche il sistema cubano, pur non accogliendo il vincolo del precedente giudiziario (com'è tipico negli ordinamenti di *common law*), è coinvolto dall'inesausto dibattito sulla creatività giudiziaria e sul diritto giurisprudenziale (nelle loro diverse manifestazioni) quali dati ineliminabili dell'esperienza giuridica contemporanea¹⁷².

La giurisprudenza sebbene in termini giuridico-formali non possa essere considerata fonte del diritto (per assenza nell'ordinamento del principio dello *stare decisis*) non manca, a un'osservazione realistica delle vicende giuridico-politiche del Paese, di dispiegare «una certa capacità normativa quantomeno indirettamente»¹⁷³. Infatti, nel nuovo ordinamento costituzionale cubano il Consiglio di Governo del Tribunale Supremo Popolare (in linea di marcata continuità con il recente passato), oltre a talune competenze dalla più schietta caratterizzazione normativa, ma gravitanti tendenzialmente nella sfera dell'organizzazione giudiziaria¹⁷⁴, dispone del notevole potere di impartire a tutti i tribunali, tenendo conto dell'esperienza di questi, direttive vincolanti per stabilire una prassi giudiziaria uniforme nell'interpretazione e applicazione della legge¹⁷⁵. Un potere, quello appena descritto, dell'organo di vertice del sistema giudiziario cubano che a livello genetico reca impresso il carattere del cosiddetto *legal transpant*, essendone piuttosto evidente l'ascendenza dall'esperienza sovietica¹⁷⁶ (nella quale, peraltro l'istituto era accolto in un contesto improntato all'illusoria affermazione dell'esclusione di qualsiasi ruolo creativo da parte dei giudici nell'applicazione della legge da realizzarsi piuttosto in maniera assolutamente uniforme in condizione di stretta interpretazione)¹⁷⁷.

Dal complesso delle previsioni costituzionali che lo riguardano discende una caratterizzazione del Consiglio di Governo del TSP che trascende quella di mero organo giurisdizionale supremo. In special modo le norme che gli rimettono il potere di fissare intervenire in maniera vincolante in campo esegetico e di fissare pratiche giudiziarie uniformi colmando lacune normative ci restituiscono la

¹⁷² Nella pressoché sterminata letteratura italiana e comparata, di recente, cfr. R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Il Foro Italiano*, 2017, 113 ss.

¹⁷³ Così G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 96.

¹⁷⁴ In particolare, il Consiglio di Governo del Tribunale Superiore Popolare (TSP) prende decisioni e detta norme di obbligatoria attuazione per tutti i tribunali ed è titolare sia di una potestà regolamentare sia dell'iniziativa legislativa in materia di amministrazione della giustizia: artt. 148, terzo comma, e 164(g) Cost. 2019 e, in termini perfettamente coincidenti, artt. 121, terzo comma, e 88(e) Cost. 1976. Inoltre, su impulso e decisione del Consiglio di Stato, può impartire istruzioni di carattere generale ai tribunali: art. 122(m), Cost. 2019 che replica in termini immutati l'art. 90(h) Cost. 1976.

¹⁷⁵ Art. 148, terzo comma, cost 2019 e, in termini identici, art. 121, terzo comma, Cost. 1976. In senso conforme cfr. G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 96, la quale ben osserva che «La forza vincolante della pronuncia è eventuale ed indiretta, in quanto può esplicitarsi solo laddove sia recepita nelle istruzioni, queste certamente vincolanti, emanate dal Consiglio di Governo del Tribunale Superiore Popolare».

¹⁷⁶ In proposito cfr. G. Crepaldi, *Le fonti del diritto amministrativo cubano*, cit. 81 s., la quale ha cura di inquadrare l'antecedente storico più immediato nelle funzioni della Corte Suprema di cui al Trattato di costituzione dell'URSS del 30 dicembre 1922; modello che sulla scorta della «*vis expansiva* del diritto sovietico» si è poi imposto a tutta l'area dell'Europa orientale d'impronta socialista.

¹⁷⁷ Cfr. in proposito P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 645.

fisionomia di un organo non confinato negli spazi della stretta funzione nomofilattica, ma che è chiamato a svolgere un compito di integrazione e completamento del sistema¹⁷⁸ mediante interventi di natura innovativa nell'ordinamento¹⁷⁹. Un'attività esegetica «e creativa del diritto vigente» che esso esprime variamente attraverso accordi, istruzioni e dettami¹⁸⁰. Le determinazioni del Consiglio di Governo del TSP nel tempo, una volta superate concezioni contrarie ispirate al rispetto dell'ortodossia del sistema socialista, sono venute ad assumere la caratterizzazione di fonte formale del diritto nel giudiziario¹⁸¹.

Nodo cruciale che emerge in proposito è quello dell'indipendenza dei magistrati; nodo che non può essere sciolto in modo senz'altro positivo, sulla scorta non tanto delle già poco rassicuranti previsioni costituzionali sul punto¹⁸²

¹⁷⁸ Sul tema cfr. M. Ferrari Yaunner, *La interpretación jurídica, ideas generales y especificidades en torno al problema de las lagunas de la ley*, in A.M. Álvarez Tabío Albo, A. Matilla Correa (coords.), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, cit., 101 ss.

¹⁷⁹ Attraverso l'esame della prassi, si è avuta conferma empirica del Consiglio di Governo del TSP quale soggetto che sebbene in astratto sia chiamato a svolgere attività essenzialmente interpretativa di altre fonti, in pratica finisce per porre in essere nuove norme: cfr. G. Crepaldi, *Le fonti del diritto amministrativo cubano*, cit. 82.

¹⁸⁰ In merito alla funzione "creatrice" di diritto del Consiglio di Governo, che attraverso i propri atti trascende «su función interpretativa para coadyuvar a la integración, actualización y armonización» dell'ordinamento, cfr., tra gli altri, C.J. Bruzón Viltres, L.B. Palacio Castillo, *Tres presupuestos para el reconocimiento de los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento jurídico cubano*, in *Revista Jurídica Piélagos*, n. 1, 2013, 66; A. Matilla Correa, *Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)*, cit., 33 ss. e, in lingua italiana, G. Crepaldi, *Le fonti del diritto amministrativo cubano*, cit. 96.

¹⁸¹ Argomenta intorno al carattere di "fuente formal" della giurisprudenza e conseguentemente del vincolo cogente della stessa C.J. Bruzón Viltres, *La jurisprudencia como fuente formal del derecho en Cuba*, in *Dikaion*, 28, n. 1/2019, 146 ss. e già prima *Id.*, *Jurisprudencia en Cuba: análisis de las consecuencias de su reconocimiento como fuente formal del ordenamiento jurídico*, in *Opinión Jurídica* (Colombia), vol. 12, n. 23, 2013, 167 ss. Il riconoscimento come fonte formale è strumentale alla valorizzazione del ruolo che gli atti del Consiglio di Governo assumono nel processo di garanzia dell'uniformità e completezza del sistema nel suo complesso: così G. Crepaldi, *Le fonti del diritto amministrativo cubano*, cit. 83, la quale altresì nota (*ibidem*, 84) che se, per un verso, a livello teorico il modello replicato dall'estinta URSS poteva riconoscere solo le fonti formali, per altro verso nei Paesi socialisti dell'ex blocco sovietico «l'affidamento di funzioni normative attraverso l'adozione di direttive ed istruzioni agli organi di vertice era molto comune»; in conclusione per l'A. (*ibidem*, 97) la giurisprudenza nell'ordinamento cubano può essere inquadrata al contempo tra le fonti normative indirette («perché solo attraverso le istruzioni del Consiglio di Governo del Tribunale Superiore Popolare si attribuisce alle sentenze carattere vincolante») e tra le fonti materiali («perché queste stesse pronunce costituiscono il contenuto di quelle regole definite per tutti e in modo obbligatorio dall'organo supremo del Tribunale Superiore Popolare»). In materia cfr. anche C.J. Bruzón Viltres, L. Palacio Castillo, *Una aproximación a la creación jurisprudencial del Derecho en Cuba a partir de los tres modelos de juez de F. Ost*, in *Revista de derecho* (Valdivia), vol. XXVII, n. 2, 2014, 21 ss. e A. Matilla Correa, *Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento)*, in AA.VV., *Temas de derecho administrativo cubano*, I, La Habana, 2006, 98.

¹⁸² La ANPP elegge il Presidente, il vicepresidente e tutti i membri del *Tribunal Supremo Popular*; il Presidente del *Tribunal Supremo Popular* può essere revocato su proposta del Presidente della Repubblica o a seguito di sospensione del Consiglio di Stato: artt. 109(f) e (h), 122(k), 128(f) e 149, primo comma. Alla fonte legislativa è rimessa la disciplina relativa sia alla forma dell'elezione sia alla definizione delle cause e dei procedimenti per la revoca o la cessazione dal servizio dei magistrati del *Tribunal Supremo Popular* e degli altri giudici (artt. 147 e 149, secondo comma) con la previsione per cui in ogni caso la facoltà di revoca di magistrati e giudici «corresponde al órgano que los elige» (art. 155).

quanto piuttosto in considerazione dell'estrazione elettiva del corpo giudiziario¹⁸³ e del già più volte ricordato ruolo pervasivo nel sistema del Partito unico.

10.2. (Segue): le disposizioni del Partito comunista cubano come "fonti indirette"

Il PCC, quale sola formazione politica ammessa e "Partito della Nazione cubana", riveste un ruolo cruciale nella vita del Paese collocandosi al crocevia di tutte le dinamiche politico-istituzionali¹⁸⁴.

Il nuovo testo costituzionale conferma l'inquadramento giuridico preesistente del PCC, in termini di formazione di stampo «martiano... marxista y leninista»¹⁸⁵ quale «vanguardia organizada de la nación cubana» e «fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado», rimarcandone ora esplicitamente anche la caratterizzazione di partito «único» e «fidelista» che fa perno sul carattere democratico e sul legame permanente con il popolo¹⁸⁶.

Siffatta caratterizzazione complessiva riceve, se possibile, maggior carica ideologica e pregnanza teorico-pratica dalla vicenda, nel procedimento di formazione

¹⁸³ Le garanzie d'indipendenza funzionale e di inamovibilità dei magistrati (che costituiscono non un potere ma solo «un sistema de órganos estatales»), sono debolissimamente affermate, consistendo in un mero rinvio alla legge e al principio di legalità (artt. 148, primo comma, e 150): è interessante notare che alla fonte legislativa è inoltre affidato il compito di stabilire la forma e la periodicità con le quali il *Tribunal Supremo Popular* rende conto dinanzi alla ANPP «de los resultados de su trabajo» (occasioni nelle quali, nell'ottica dell'unità del potere, il massimo organo rappresentativo popolare può fissare precisi indirizzi di politica giudiziaria che vincolano fortemente i magistrati a ragione della loro marcata "dipendenza sistemica"). Proprio nella disciplina costituzionale del potere giudiziario nei regimi socialisti sembra marcare con maggior evidenza l'allontanamento dai canoni del costituzionalismo liberale: P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 643.

¹⁸⁴ Le quali insistono sul profilo cardine del funzionamento dello Stato socialista: il principio della doppia dipendenza, in forza del quale ciascun organo del potere statale dipende orizzontalmente dal rispettivo corpo elettorale (organizzato mediante il Partito) e verticalmente dall'organo del livello superiore (anch'esso di fatto controllato dal Partito) «e ogni organo dell'amministrazione statale dipende orizzontalmente dall'organo parlamentare che lo ha eletto e verticalmente dall'organo superiore (fino al Governo centrale del Paese): v. M. Volpi, *Autorità e libertà. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., 51. Sullo specifico ruolo del PCC, in un quadro che era e sostanzialmente rimane di chiusura al pluralismo partitico e politico, da ultimo, cfr. M.A. Orlandi, *Il partito comunista nella nuova Costituzione cubana*, cit., spec. §§ 3 e 6.

¹⁸⁵ Il riferimento al carattere *martiano* del PCC risale a una novella costituzionale del 1992 alla quale era sottesa la finalità di saldare, mediante il richiamo a José Martí, figura di spicco delle lotte anticoloniali nel XIX secolo, anticolonialismo e antimperialismo: P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 654. Sulle ricadute costituzionali del carattere *martiano* cfr., tra gli altri, A. Matilla Correa, *José Martí en la letra de la Constitución cubana*, in *Revista Académica*, Faculdade de Direito do Recife, vol. 86, n. 2, 2014, 12 ss. In lingua italiana cfr. I.M. Cannataro, *Il Pensiero politico di José Martí, Scritti scelti*, Soveria Mannelli, 2014.

¹⁸⁶ Art. 5 sia del nuovo testo che della Costituzione del 1976. In chiave ottativa e, in definitiva moralistica, il nuovo testo costituzionale (*in fine* dell'art. 5) affida altresì al Partito comunista la missione di lavorare al fine di «preservar y fortalecer la unidad patriótica de los cubanos y por desarrollar valores éticos, morales y cívicos». In ideale e pratico collegamento con le finalità sottese al riconoscimento del descritto ruolo centrale del PCC, l'art. 6 del nuovo testo (non distaccandosi troppo dai contenuti dello stesso articolo presente nella Costituzione del 1976), enfatizza il ruolo della *Unión de Jóvenes Comunistas*, quale «vanguardia de la juventud cubana» nel contribuire alla formazione delle più giovani generazioni nei principi rivoluzionari e nel promuovere la partecipazione per la edificazione del socialismo.

del nuovo testo costituzionale, dal reinserimento nel Preambolo e nell'articolato, dopo l'iniziale esclusione, della ratifica del comunismo come aspirazione¹⁸⁷.

Non sembra per tanto affatto messo in discussione o minimamente scalfito il potere di decisiva influenza riservato al (*rectius*: autoattribuitosi dal) Partito Comunista nell'intera compagine statale cubana non solo con riguardo all'organizzazione di questa, ma anche e soprattutto, per quel che qui più rileva, in riferimento al suo funzionamento e, in ultima analisi, in relazione all'elaborazione di norme giuridiche.

Diversificate sono le modalità di intervento del PCC sul versante della produzione giuridica: dalle meno formalizzate (che si esplicano attraverso semplici esternazioni dei suoi vertici o di chi comunque occupa nell'organigramma del partito posizioni di rilievo: più o meno rituali o solenni ovvero ufficiali, destinate comunque ad avere un effetto condizionante su soggetti investiti di pubbliche funzioni) all'emissione di specifici atti in forma di accordi, direttive e risoluzioni. Resta fermo che a siffatti atti non può essere riconosciuto il carattere di fonti formali e dirette (e quindi assistite da immediata precettività). Tuttavia, il ruolo guida del Partito costituzionalmente consacrato e materialmente saldo nell'architettura istituzionale cubana, sorretta dal ruolo strategico delle forze armate, fa sì che «le fonti formali dello Stato... sono spesso la formalizzazione di pronunciamenti del Partito Comunista, determinandosi così uno sdoppiamento tra la forma (data dall'ordinamento dello Stato) e la sostanza (definita dal Partito)»¹⁸⁸. Di talché anche nella nuova impalcatura costituzionale le fonti dirette e la loro interpretazione e applicazione risultano soggetti agli orientamenti politici stabiliti dal PCC¹⁸⁹.

11. Riflessioni di chiusura

La nuova Costituzione del Paese caraibico delinea un esteso sistema di fonti, caratterizzato quanto alle sue dinamiche da uno scarto tra il dato formale e la realtà. Al riguardo decisiva importanza rivestono importanti profili della forma di Stato declinata ancora in senso marcatamente socialista: dal principio dell'unità del potere politico al principio del centralismo democratico, passando per la connessa impostazione organizzativa di tipo piramidale con formale subordinazione al popolo e innervata dall'obbligatorietà delle decisioni degli organi superiori per quelli inferiori.

¹⁸⁷ V. in proposito la redazione del Preambolo e dell'art. 5 nella bozza iniziale (del 30 luglio 2018) del testo sottoposto a dibattito in comparazione con le parti corrispondenti nella versione finale del *Proyecto de Constitución* (del 5 gennaio 2019).

¹⁸⁸ Così G. Crepaldi, *Le fonti del diritto amministrativo cubano*, cit. 94.

¹⁸⁹ In proposito, cfr. M.A. Orlandi, *Il partito comunista nella nuova Costituzione cubana*, cit., la quale correttamente rileva come il partito (attraverso il dominio politico dell'Assemblea nazionale e del Consiglio di Stato) si avvalga in tale opera sia del sindacato di costituzionalità (esercitato dall'ANPP) sia dell'attività del *Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo*, e quanto a quest'ultimo si interroga, con apparente scetticismo, circa la reale portata (e dunque sulle eventuali ripercussioni a favore dell'indipendenza del potere giudiziario) della mancata riproposizione nel nuovo testo costituzionale della previsione (ex art. 121, Cost. 1976) del carattere gerarchicamente subordinato del *Consejo* all'ANPP e al Consiglio di Stato (organi, come detto, politicamente controllati dal PCC).

Ad una comparazione analitica delle disposizioni relative al sistema delle fonti di portata limitata risultano le differenze sostanziali tra i due testi costituzionali cubani del 1976 e del 2019: a fronte della conferma della caratterizzazione di fondo della forma di Stato, la discontinuità quanto al sistema delle fonti non può che essere relativa. Restano, per tanto, quasi immutati i “vizi” (svariati) e le “virtù” (poche) della disciplina del sistema delle fonti.

11.1. (Segue): alterazioni possibili della Costituzione materiale e sistema delle fonti

È tuttavia conveniente interrogarsi se le trasformazioni introdotte su alcuni specifici versanti della disciplina costituzionale con soluzioni di problematica coerenza con gli stigmi della rivoluzione socialista (quali, in particolare, le aperture del sistema economico, il favore accordato a un più ampio riconoscimento di libertà e diritti fondamentali, la razionalizzazione della forma di governo) siano in grado di introdurre alterazioni informali e prospettiche al reticolo delle relazioni intercorrenti tra le forme di produzione giuridica.

552

In questa chiave attirano l'attenzione in specie misure trasfuse nel testo nell'ambito della “costituzione economica” che risultano non pienamente in linea con gli assunti del modello socialista della forma di Stato. Indubbiamente sottese a tali opzioni figurano generali ragioni legate agli imponenti processi di globalizzazione economico-finanziaria in atto negli ultimi decenni, che hanno spinto molti Paesi socialisti (con capofila la Cina) a introdurre più o meno accentuate forme di economia di mercato. Ma in proposito hanno agito con forza anche motivazioni specifiche connesse alla drammatica crisi che, specie dalla dissoluzione dell'URSS, affligge la fragile economia cubana¹⁹⁰.

Non può che generare adesione la riflessione per cui le aperture della nuova disciplina costituzionale al mercato e al capitalismo appaiono contenute e comunque non ragionevolmente in grado di sostenere di per sé la consacrazione del superamento dell'economia socialista a favore di quella di mercato¹⁹¹.

Allo stesso tempo, le novità introdotte dalla Costituzione del 2019 rispetto al previgente testo, per quanto non in grado di dar corpo all'idea di una discontinuità netta dell'ordinamento costituzionale nel suo complesso¹⁹², non

¹⁹⁰ Invero, l'URSS nel tempo era assunta a fondamentale partner commerciale dell'isola: al punto che già nell'immediatezza della scomparsa del regime sovietico, la revisione costituzionale del 1992 consente (mediante novellazione dell'art. 23 Cost.) la creazione di società miste parzialmente partecipate da capitali stranieri: sul punto cfr. P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit. 654 s. Difficoltà economiche che da ultimo attanagliano l'economia cubana in maniera ancora più forte per l'effetto combinato, da un lato, del sostanziale collasso dell'economia del Venezuela (che, sotto la guida di Chávez, prima, e di Maduro, poi, aveva preso il posto dell'URSS quale principale spalla in campo economico di Cuba) e, dall'altro lato, dell'orientamento favorevole al mantenimento di rigide sanzioni economiche da parte degli USA di Trump.

¹⁹¹ Di aperture troppo deboli a tal fine ragiona L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, cit. , XVI.

¹⁹² A tacer d'altro e in un'ottica di graduale evoluzione dell'ordinamento considerato, punti di debolezza estrema della carica innovativa della *lex fundamentalis* cubana del 2019 possono essere individuati nel mancato accoglimento dell'emendamento relativo all'elezione a suffragio universale diretto del Presidente della Repubblica (per il quale si è alla fine optato per l'elezione di secondo grado da parte dell'ANPP) e nella particolare timidezza con la cui si è

possono essere derubricate a semplice operazione di “*maquillage* costituzionale”, di guisa che riflessi sull’assetto delle fonti normative appaiono consequenziali.

Infatti, oltre alle innovazioni che possono interessare la normativa di attuazione di dette previsioni costituzionali, può mutare l’attitudine esegetica della giurisprudenza e, ancor prima, l’approccio culturale degli operatori giuridico-politici in senso lato.

La Costituzione prefigura in sintesi un nuovo contratto sociale non già, come avviene nel Costituzionalismo liberal democratico tra i cittadini (la logica del “*compact*”), ma tra lo Stato e i suoi cittadini (o se si preferisce tra lo Stato-apparato – *recte*: il partito-Stato – e lo Stato-comunità), in larga misura da completare mediante le numerose leggi attuative richiamate dalla Costituzione stessa.

Al riguardo, in prospettiva dinamica, bisogna tenere conto della possibile azione di almeno due fattori. Per prima cosa, la *vis expansiva* delle stesse alterazioni alla Costituzione economica materiale che aprono una breccia nel modello originario di economia chiusa, pianificata e ispirata al modello di sviluppo sovietico e indicano la via verso un modello di economia mista. In secondo luogo, il notevole carico di aspettative ingenerato dal varo della nuova costituzione di cui specchio fedele sono, per un verso, la quanto mai estesa partecipazione popolare registratasi nell’*iter* di definizione del nuovo testo costituzionale e, per altro verso, l’«esito del referendum, che ha visto un’approvazione sì massiccia, ma non così granitica come in passato»: circostanze queste che lasciano prefigurare in un maggior protagonismo genuinamente consapevole della società cubana alla dinamiche istituzionali¹⁹³. A corroborare un simile ordine di idee concorrono, in una sorta di circolo virtuoso alimentato da mutuo impulso dell’uno sull’altro, l’alto valore simbolico assunto dall’approvazione di una nuova Costituzione (che dovrebbe di per sé far propendere per il superamento o per una metamorfosi dell’identità costituzionale preesistente) e la forte attenzione di gran parte del tessuto sociale cubano (già riscontrata nel procedimento elaborativo della Carta costituzionale) alle novelle relative in particolare alla sfera economica e alla dimensione delle libertà e dei diritti fondamentali (attivismo sociale in rapporto alla vita istituzionale che stride con la ferma politica interna di repressione del dissenso politico).

È in questa nuova dimensione giuridico-politica, apparentemente riflesso e catalizzatore di un mutamento a livello di Costituzione materiale – o quanto meno l’avvio (progressivo) del mutamento di elementi di detta Costituzione materiale – che si possono innescare scenari evolutivi per il sistema delle fonti del diritto. Da opposto angolo prospettico, risulta quindi che eventuali modificazioni di aspetti della Costituzione materiale trovano tendenzialmente riscontro, pur a fronte di invarianza di previsioni costituzionali formali, in alterazioni a livello di Costituzione sostanziale e di diritto vivente in materia di assetto delle fonti normative.

proceduto a metter mano al fondamentale aspetto dell’effettiva garanzia dei diritti fondamentali: in proposito cfr., da ultimo, G.F. Ferrari, *I diritti nel modello socialista cubano*, nel corrente numero di questa *Rivista*.

¹⁹³ L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, cit. , XX.

11.2. (*Segue*): se le fonti non fanno sistema

Come si è cercato di illustrare, l'esame del testo della Costituzione di Cuba del 2019 restituisce all'osservatore difficoltà significative nella lettura organica del sistema delle fonti, anche se si coglie in maniera netta il tentativo del costituente cubano di dar luogo in materia a un intervento razionalizzatore rispetto alla situazione conosciuta sino al passato prossimo, come dimostra l'introduzione nel nuovo testo costituzionale di una partizione (il *Capítulo VIII*) rubricata "*De las Disposiciones Normativas*". Tentativo però non coronato da particolare successo: il principale punto critico resta la posizione della legge: alla "centralità" dello strumento legislativo formale (per via della derivazione dall'organo costituzionale supremo, la ANPP¹⁹⁴, e della sovrabbondanza nel testo di quelle che apparentemente si presentano come riserve di legge) non sembra corrispondere una sua vera e propria *supremitas* tra le fonti infracostituzionali.

La tipizzazione delle fonti-atto solo parziale quanto insufficiente e una somma di fattori di contesto (dal perdurante rifiuto del principio della separazione dei poteri a vantaggio del principio di unità del potere alla mancanza del sindacato giurisdizionale di legittimità costituzionale) consegnano inesorabilmente ad una situazione con elevato grado di entropia il sistema delle fonti delineato dalla nuova Costituzione cubana. Specularmente a essere messi in tensione sono i rapporti tra gli organi costituzionali che valgono a definire la forma di governo.

Dalla lettera della nuova Costituzione, per tanto, non è possibile inferire automaticamente alcuna immagine irenistica di un sistema delle fonti effettivamente organizzato (anche solo dal punto di vista del solo principio gerarchico, considerando il principio della competenza sostanzialmente inapplicabile perché troppo connesso con la logica di funzionamento di sistemi liberaldemocratici a loro volta fondati su molteplici e autonomi centri di produzione normativa: si deve dar atto, infatti, di una cornice ordinamentale priva di effettive garanzie per l'osservanza in pratica dei diversi rapporti gerarchici che possono evincersi da una lettura ragionata del testo costituzionale).

In particolar modo l'indeterminatezza delle correlazioni esistenti tra le varie fonti "primarie" (legge, decreto-legge e decreto presidenziale)¹⁹⁵ anima il dubbio che si possa parlare di un sistema unitario delle fonti ovvero che si possa considerare esistente un sistema delle fonti in senso proprio.

Anche a proposito dell'individuazione di taluni equilibri strumentali all'assestamento del "sistema" delle fonti del diritto molto importante può risultare nella pratica l'attitudine esegetica dei giudici, soprattutto in considerazione delle novità introdotte sul terreno delle libertà e dei diritti fondamentali (che aprono

¹⁹⁴ Si è icasticamente rilevato che «la Costituzione proclama il principio della sovranità popolare, che, secondo il tipico principio socialista dell'unità del potere, si manifesta e si esercita nell'Assemblea nazionale, dalla quale derivano tutti gli altri organi in cui il potere statale è concentrato»: P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 654.

¹⁹⁵ In questo contesto (nel quale in pratica non è agevole collocare le fonti in rapporto di gerarchia e quasi per nulla in rapporto di competenza) ben difficilmente può operare con affidabilità la riserva di legge, intimamente connessa sin dalla sua genesi nel costituzionalismo liberale dei moderni con la separazione dei poteri.

nuovi considerevoli spazi di intervento per i magistrati). Tuttavia, il ruolo della giurisprudenza appare zavorrato pesantemente dalla «derivazione dei giudici dalla scelta degli organi di governo [che] rischia di svuotare di significato le numerose prescrizioni a garanzia dei diritti dei singoli»¹⁹⁶. Come visto, in aderenza ai canoni dei sistemi socialisti (e secondo quanto già fissato nel precedente testo costituzionale: artt. 125 e 126) i giudici risultano «politicamente responsabili e revocabili da parte degli organi che li eleggono ai vari gradi di giurisdizione»¹⁹⁷. La «strutturale dipendenza» dei giudici dal potere politico (nei cui confronti rispondono del proprio operato) è uno dei canoni in cui più è evidente la sostanziale prevalenza del partito sullo Stato¹⁹⁸.

In ultima istanza, le soluzioni per razionalizzare e ordinare il sistema delle fonti passano dai nodi – tra loro correlati – del ruolo del PCC e della contingente declinazione in concreto del principio della “legalità socialista”.

Il PCC che – quale unico partito attivo che, in prospettiva giuridico-formale, gode del mandato costituzionale di filtrare i bisogni in ragione delle risorse disponibili in qualità di interprete primo della volontà della società cubana nell’edificazione e difesa del socialismo (art. 14) e nel progresso verso il comunismo (art. 5), e, dal punto di vista materiale, è in grado di esercitare un rigido controllo sulla massima parte delle altre organizzazioni sociali (politiche, culturali o economico-professionali) operanti nella realtà cubana – finisce per essere il «verdadero órgano de gobierno que domina todo el poder ... con su férreo control sobre todos los espacios de autoridad»¹⁹⁹. Si è posto in luce, tra l’altro, come le determinazioni del PCC assumano il carattere di “fonti materiali” (e in buona misura di indiretta conformazione) del diritto statale e quindi dell’ordinamento: rivestendo «le decisioni del partito carattere prevalente rispetto alle fonti “formali”»²⁰⁰, non solo «La decisione pubblica... si conforma alle modalità di azione che [il PCC] ritiene più opportune» per l’allocazione delle risorse e il soddisfacimento dei bisogni²⁰¹, ma lo stesso sistema delle fonti ne resta profondamente condizionato poiché le antinomie possono aver rilievo solo nella misura in cui ciò risulti aderente alle dette modalità d’azione di volta in volta prescelte in seno al partito.

Il vettore teorico privilegiato della preminenza del PCC è il canone della “legalità socialista”, «che svolge una funzione diversa e per certi versi opposta al quasi omologo principio di derivazione liberale» per cui, nonostante l’assonanza terminologica, disveste in buona misura il «valore garantista» che gli è proprio negli ordinamenti di matrice liberale²⁰². Quello della legalità socialista costituisce

¹⁹⁶ L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, cit., XVIII.

¹⁹⁷ P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 655.

¹⁹⁸ P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 645.

¹⁹⁹ D. Sabsay, *Comentarios sobre la nueva constitución de Cuba*, in *análisislatino.com*, 31 marzo 2019, consultabile all’indirizzo internet www.analisislatino.com/Dialogo-Latino-Cubano/?id=11925, il quale a proposito del regime cubano nel contesto latinoamericano conclude lapidariamente che «Se trata de una verdadera reliquia».

²⁰⁰ P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 645.

²⁰¹ G. Crepaldi, *Le fonti del diritto amministrativo cubano*, cit., 94 s.

²⁰² P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 644.

principio che, in prospettiva storico-comparata, più di altri ha informato di sé l'intero assetto del sistema delle fonti del diritto socialista: nell'esperienza sovietica «formalmente la legge, infatti, era la fonte principale del diritto..., ma il principio di legalità socialista comportava una sostanziale confusione tra il concetto di legge in senso formale e quello di legge in senso materiale, permettendo di considerare “legge” (e dunque legalità) qualsiasi atto di contenuto generale e astratto coerente con le esigenze rivoluzionarie (dapprima) e di difesa e mantenimento del regime (poi), così come interpretate dal Partito comunista (o da qualche organo costituzionale o dalla procura)»²⁰³.

Dall'analisi svolta, due temi fondamentali di riflessione risaltano: per un verso, che è in atto un processo di transizione politico-istituzionale e, per altro verso, che il “sistema delle fonti” del nuovo ordinamento cubano è tale più in termini formali che sostanziali. In attesa di verificare se i cambiamenti prodottisi a livello positivo abbiano una rispondenza e un possibile volano per ulteriori evoluzioni a livello di Costituzione materiale sembra che il sistema delle fonti soggiaccia ad un unico vero principio: quello dell'effettività²⁰⁴. Più precisamente, l'effettività come inespresso ma reale criterio ordinatore del sistema delle fonti, orientato nel pratico declinarsi dalle determinazioni degli apparati del partito unico.

In conclusione, la complessità, le incertezze, i limiti e le aporie del sistema delle fonti sono il riflesso della particolare “transizione” che sta vivendo l'ordinamento cubano, sospeso tra il passato prossimo (che non si può abbandonare repentinamente o superare bruscamente) e un immediato futuro tutto da decifrare. La composizione in sistema effettivo delle fonti è cartina di tornasole per l'ulteriore avanzamento del processo di transizione.

Romano Orrù
Dip.to di Scienze Politiche
Università degli Studi di Teramo
rorru@unite.it

²⁰³ P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 645 s.

²⁰⁴ In un contesto nel quale ciascun attore istituzionale può giocare ruoli diversi e imposti in funzione di fattori politici, l'affannarsi per cogliere quale sia il punto di vista “esatto” intorno alla struttura delle fonti cubane fa venire in mente il “così è (se vi pare)” di Luigi Pirandello, per cui in relazione a una data situazione non esiste un'unica verità, ma tante verità in funzione dei soggetti che con il tema entrano in relazione; la relatività come criterio guida in determinate situazioni campeggia nelle parole proferite da Lamberto Laudisi: «Perché Io sono realmente come mi vede lei. – Ma ciò non toglie, cara signora mia, che io non sia anche realmente come mi vede suo marito, mia sorella, mia nipote e la signora qua – ... Vi vedo affannati a cercar di sapere chi sono gli altri e le cose come sono, quasi che gli altri e le cose per se stessi fossero così o così» (tra le moltissime edizioni v. L. Pirandello, *Così è (se vi pare)*, La Maddalena, Aonia, 2011, 14).

Il principio di partecipazione popolare nella nuova costituzione cubana

di Lucia G. Sciannella

Abstract: The Principle of Popular Participation in the new Cuban Constitution – This article to consider the current process of constitutional revision in Cuba, a traditional Marxist-Leninist State in the process of self-transformation. In recent years the Cuban government has launched a vast constitutional reform process to modify the 1976 Constitution (last revision in 2002). In this case, the Cuban Communist Party and the state institution attempted to invoke the mechanics of popular participation to attempt to guide such participation. Despite these efforts, popular participation in the 2019 Cuban Constitution reform process has taken on unique elements. In particular, the most important aspect consists in the fact that this popular participation took place largely outside the structures of the Communist Party and state bodies. This article examines the challenges, contradictions and potential elements of this new form of "deliberative democracy", which seems to concern not only the Cuban state, but also the Chinese one.

557

Keywords: Constitution; Popular Participation; Socialism; Deliberative Democracy; Marxism-Leninism.

1. Premessa

Obiettivo del presente contributo è indagare sul riconoscimento del principio di partecipazione popolare nella recente Costituzione cubana, entrata in vigore il 10 aprile 2019, a seguito di un lungo e articolato processo riformatore¹.

Per poter approfondire l'oggetto di indagine è preliminarmente necessario inquadrare in un'ottica più generale il nuovo impianto costituzionale, in quanto esso viene a collocarsi in un contesto politico-istituzionale di profondo mutamento². Difatti, l'ordinamento cubano, solitamente ritenuto una *species* del più ampio *genus* dei sistemi marxisti-leninisti³, ha dimostrato – soprattutto a partire dal 2011 – di essere particolarmente attento nell'incorporare aspetti degli sviluppi

¹ Cfr. L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, in questa *Rivista*, 1/2019.

² Sul concetto famiglia giuridica di stampo marxista-leninista, cfr. V. Barsotti, V. Varano, *La tradizione giuridica occidentale: testo e materiali per un confronto civil law/common law*, Torino, 2018, 38; L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 185.

³ Carattere ed evoluzione del partito marxista-leninista cubano sono descritti da I.L. Horowitz, *Cuban Communism*, New Jersey, 1970, 7 ss. Si vedano, altresì J. Arnault, *Cuba et le marxisme. Essai sur la Révolution cubaine*, Paris, 1962, 202 ss.; O. Pappagallo, *Il PCI e la rivoluzione cubana. La "via latino-americana al socialismo tra Mosca e Pechino (1959-1965)*, Roma, 2009, 157 ss.

teorici del marxismo post-sovietico⁴, come ben dimostra l'originale dinamica evolutiva di cui la nuova Costituzione ne rappresenta una diretta derivazione⁵.

L'elemento di maggiore caratterizzazione di tale nuovo contesto sembra doversi rinvenire in un mutato ruolo dei cittadini sul piano del coinvolgimento nei processi decisionali. Basti pensare, come tra poco si vedrà, che la Carta costituzionale non solo è stata sottoposta a *referendum* popolare ma è stata oggetto di un ampio dibattito svoltosi nel territorio, con il coinvolgimento delle organizzazioni di massa e della popolazione, attraverso un processo di consultazione non solo tollerato ma fortemente voluto e supportato dall'apparato statale, anche attraverso l'uso di Internet.

La tendenza in atto non sembra, in aggiunta, rappresentare un *unicum* nell'ambito degli ordinamenti di matrice marxista-leninista, in quanto la definizione di un nuovo rapporto tra masse popolari e nucleo avanguardista ha conosciuto uno dei mutamenti più significativi in un altro ordinamento di matrice marxista-leninista che è quello cinese, ove il principio di partecipazione popolare è racchiuso in quel concetto di "collettività radicale" espresso da Mao Zedong durante la rivoluzione culturale⁶. In Cina, ad una prima evoluzione ha poi fatto seguito una ridefinizione altrettanto radicale dell'apparato avanguardista che ha cercato di incanalare la partecipazione popolare attraverso un insieme organizzato e proattivo di organi esponenziali delle masse popolari, implementati sia a livello locale che statale. Tutto ciò ha continuato a caratterizzare i successivi processi di riforma della Repubblica popolare cinese, come ben testimonia l'istituzionalizzazione dell'uso del termine "partecipazione pubblica" («*gongzhong canyu*») ⁷.

Sotto il profilo qui indagato, la storia pare, dunque, aver determinato una certa convergenza di due sistemi costituzionali che, come noto, presentano forti elementi di diversità. Ora sembra – come si vedrà in seguito – che una concezione rinnovata della comune matrice marxista-leninista abbia prodotto un ravvicinamento che trova il punto di convergenza nella valorizzazione del principio di partecipazione popolare.

Cuba, solitamente considerata in una posizione di "arretratezza" rispetto ad altri ordinamenti socialisti, a partire dalla celebrazione del VI Congresso del *Partido Comunista Cubano* (PCC) dell'aprile 2011, ha abbozzato le linee teoriche di

⁴ V. ampiamente, P. Carrozza, *Il diritto socialista*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 583 ss.

⁵ In tema di sistema comunista cinese, cfr. L. Cata Backer, *Party, People, Government, and State: On Constitutional Values and the Legitimacy of the Chinese State-Party Rule of Law System*, in *Boston University International Law Journal*, 2012, 331 ss.

⁶ Dal punto di vista concettuale, in Cina, l'evoluzione della teoria leninista verso la partecipazione popolare si lega, almeno nella fase iniziale di implementazione della Repubblica Popolare cinese, allo sviluppo della nota teoria della "*mass-line*" («dal popolo al popolo»), in cui il popolo è strumento politico per l'esercizio della *leadership*, soprattutto attraverso consultazioni selettive con gruppi di fiducia degli apparati di governo, accademici e altri gruppi identificati, integrati da "indagini sul campo" organizzate per accertare la "volontà" del popolo. Si veda, da ultimo, J. Quan, L. An, *The Mass Line Is The Core Ideas and Values of the Communist Party of China*, in *Journal of Politics and Law*, vol. 11, 1/2018, 38 ss.

⁷ V., *infra*, § 6.

sviluppo di un rinnovato concetto di costituzionalismo socialista che, come già accennato, trova la sua chiave di lettura in un inedito, quanto originale, principio di partecipazione popolare.

Ciò rappresenta, dunque, uno dei principali elementi di novità del processo costituente, che porta a dover indagare in merito alla natura e al grado di effettività degli strumenti partecipativi riconosciuti all'interno del nuovo contesto costituzionale, al fine di verificare il grado di incidenza degli stessi sugli sbocchi futuri di tale ordinamento⁸.

Attesa la centralità che nel contesto ordinamentale indagato ricopre il dato politico-fattuale, è necessario far precedere l'indagine teorica da una disamina intesa a ripercorrere l'evoluzione del costituzionalismo cubano, perché – soprattutto per il sistema cubano – vale l'assunto per cui la «*historia constitucional refleja, pues, los cambios producidos en el sistema político; a su vez, las constituciones, al articular el conjunto del sistema jurídico, disciplinan y condicionan el propio proceso de cambio*»⁹.

2. Il contesto costituzionale cubano: una retrospettiva storica

Nell'ordinamento cubano, l'utilizzo di strumenti di partecipazione popolare è stato irrilevante per un lungo periodo, nonostante, l'attenzione che ad essi aveva dedicato la Costituzione del 1940¹⁰. Quest'ultima, difatti, pur incentrata su un modello democratico-rappresentativo, esaltò con particolare enfasi il principio del decentramento territoriale, prevedendo, a tale livello di governo, svariati istituti partecipativi, i quali però non conobbero mai attuazione.

L'avvento della rivoluzione castrista, nel 1959, inaugurò, come noto, il periodo di «*provisionalidad revolucionaria*»¹¹, il cui quadro ordinamentale fu segnato

⁸ L. Catá Backer, F. Spiano, J. Korman, *Popular Participation in the Constitution of the Illiberal State. An Empirical Study of Popular Engagement and Constitutional Reform in Cuba and the Contours of Cuban Socialist Democracy 2.0*, in *Emory International Law Review*, 2019, sostengono, a tal proposito, che le ultime modifiche intervenute nell'apparato statale cubano stanno delineando un sistema che può essere definito «Cuba's Socialist Consultative Democracy 2.0».

⁹ José Asensi Sabater, *Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una introducción*, Barcelona, 1996, p. 77.

¹⁰ Cfr., *ex multis*, C. M. Rodríguez Arechavaleta, *La democracia republicana en Cuba, 1940-1952. Actores, reglas y estrategias electorales*, Ciudad de México, 2017.

¹¹ Come noto, la rivoluzione prese avvio il 26 luglio 1953 con l'assalto alla caserma Moncada in Santiago de Cuba, in cui il giovane Fidel Castro Ruiz venne catturato e, subito dopo, condannato per attentato allo Stato e ai poteri costituzionali. Il sostanziale fallimento dell'operazione produsse però risultati significativi sul piano politico, in quanto si affermò la *leadership* di Castro, formalmente sancita nella nascita del «Movimiento del 26 luglio», spesso abbreviato in «M 26-7». Castro venne presto liberato dal carcere a seguito di un'amnistia voluta dallo stesso Batista. Dopo un breve soggiorno negli Stati Uniti, rientrò clandestinamente a Cuba e avviò un'azione di guerriglia con «Che» Guevara e Camilo Cienfuegos. Le azioni condotte indebolirono il regime di Batista il quale, la notte di capodanno del 1959, abbandonò l'isola, consentendo al gruppo rivoluzionario di dirigersi verso la capitale senza incontrare alcuna resistenza. Il 13 febbraio 1959 Castro assunse la carica di Primo Ministro, a seguito delle dimissioni dell'avvocato José Miró Cardona, che aveva precedentemente guidato il Fronte civico rivoluzionario fondato a Caracas. Il nucleo rivoluzionario confermò, in un primo momento, la piena vigenza della Costituzione del 1940, «come norma fondamentale dello Stato di diritto». In questo stesso atto si stabilì però che la

dal superamento, di fatto, della Carta del 1940 e l'adozione di un *corpus* normativo contenuto nella c.d. “*Ley Fundamental*”, che resse il governo del Paese sino all'adozione della Costituzione del 1976.

L'approccio iniziale del governo rivoluzionario alla questione della legittimazione del ristretto gruppo avanguardista che aveva assunto la guida dell'isola, fu quello di enfatizzare l'esercizio della democrazia diretta, che, in quel contesto assunse la forma assembleare e plebiscitaria, con un forte protagonismo di un popolo in uno stato di permanente rivoluzione.

Una prima istanza di azione popolare diretta si inverò nella grande manifestazione tenutasi all'Avana, il 2 settembre 1960. Esso rappresentò, a tutti gli effetti, l'atto fondativo dell'assemblea generale del popolo cubano, come emerse, in maniera chiara, dalle parole pronunciate da Fidel Castro in quella che è passata alla storia come “Prima Dichiarazione dell'Avana”. Nelle parole di Castro, «L'Asamblea General Nacional del Pueblo de Cuba, suceso inédito en los anales de Latinoamérica, fue legítimamente constituida como fuente de derecho democrático, 2 de septiembre de 1960»

Nell'ottica del gruppo rivoluzionario, l'assemblea popolare doveva essere un segnale forte nei riguardi dell'immediato passato e contro la tradizione di ciò che Castro chiamava “assemblea dei sergenti”, per indicare il previgente assetto istituzionale del regime Batista. Fu lo stesso Fidel Castro a esplicitare il significato di quell'assemblea «En primer lugar, ¿por qué es esta una asamblea general del pueblo? ¿Qué quiere decir esto de una asamblea general del pueblo? Quiere decir, en primer lugar, que el pueblo es soberano, es decir que la soberanía radica en el pueblo y que de él dimanan todos los poderes (APLAUSOS). El pueblo de Cuba es soberano. Nadie podría discutir que aquí está representada la mayoría del pueblo; nadie podría discutir que aquí está representado el pueblo [...] Los cubanos podemos hoy hablarle a América; los cubanos podemos hoy hablarle al mundo. Aquí no se ha reunido un grupito de “sargentos” políticos; aquí no se ha reunido un puñadito de mercenarios; ¡aquí se ha reunido hoy el pueblo!»¹².

Su questa stessa linea, con la seconda assemblea generale dell'Avana del 4 febbraio 1962 – convocata in risposta all'azione intrapresa dall'OAS il giorno successivo alla firma, da parte del Presidente Kennedy dell'Ordine esecutivo n. 3447 che stabiliva quello che poi è passato alla storia come “embargo cubano” – si consolidò in via definitiva la concezione castrista della partecipazione popolare. Nelle sue parole, l'assemblea convocata si riuniva «por segunda vez, con carácter

piena vigenza della Carta non doveva pregiudicare il compimento dei postulati rivoluzionari, formalizzando in tal modo un mutamento sostanziale del quadro costituzionale previgente. Non a caso, il primo atto della rivoluzione servì per legittimare il Consiglio dei Ministri (rivoluzionario) come unico organo di governo con potestà legislativa e di riforma costituzionale, così come poi venne attuato con la promulgazione della *Ley Fundamental*. Su questi aspetti, v., diffusamente, G. Pierre-Charles, *Génesis de la Revolución Cubana, Argentina*, Buenos Aires, 2003, 15 ss.; H. Cancino, *El discurso ideológico de la Revolución cubana. Para un estudio de la raíces histórico-ideológicas de la revolución*, in *Historia: Debates e Tendencias*, vol. 10, 2010, 73-86.

¹²La prima Dichiarazione dell'Avana è consultabile al seguente [Link: www.cuba.cu/gobierno/discursos/1960/esp/f020960e.html](http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1960/esp/f020960e.html).

de órgano soberano de la voluntad del pueblo cubano [...] y se reúne para dar cabal respuesta a la maniobra, a la conjura, al complot de nuestros enemigos en Punta del Este»¹³.

Analogamente alla prima, la seconda Dichiarazione dell'Avana risultava composta da una lunga sequela di affermazioni pronunciate dallo stesso Castro, cui faceva seguito la proclamazione della formula di approvazione per acclamazione del popolo. Fidel Castro e il gruppo rivoluzionario avevano respinto i principi della rappresentanza politica e del sistema di voto, in quanto ritenuti espressioni del potere borghese e a ciò contrapposero, appunto, il concetto di “processo decisionale collettivo”, ottenuto, appunto, attraverso l'acclamazione diretta da parte del popolo.

Nel loro insieme, le due assemblee nazionali dell'Avana furono importanti nella misura in cui definirono un sostrato ideale che avrebbe poi fortemente condizionato il processo evolutivo del socialismo cubano. Sul piano sostanziale, entrambe le assemblee avevano visto la presenza di oltre un milione di cittadini cubani. Esse non furono, dunque, concepite come mere riunioni a scopo propagandistico. Agli occhi del gruppo avanguardista e dei partecipanti, in quella piazza si era espressa la volontà sovrana dell'intera Nazione e, in forza di ciò, aveva adottato decisioni giuridicamente vincolanti.

Il governo rivoluzionario aveva così legittimato la propria autorità nella partecipazione diretta del popolo, vedendo in essa l'unica valida alternativa alla rappresentanza politica, ritenuta invece vulnerabile e poco affidabile. Da questa prospettiva, le due assemblee dell'Avana dei primi anni Sessanta hanno, di fatto, incarnato il potere costituente e, in forza di ciò, derogato al principio del voto popolare eguale, libero e segreto pur iscritto nella *Ley Fundamental*¹⁴.

Passando però dal piano ideale alla concreta azione di lotta e di rivoluzione, le assemblee di piazza dei primi anni Sessanta dovevano essere organizzate dal nucleo attivo della rivoluzione e il concetto liberal-democratico di “responsabilità” doveva essere declinato come “responsabilità” della sola parte attiva della rivoluzione verso ciascuno dei suoi componenti. Il nucleo rivoluzionario aveva, dunque, il compito di guidare il popolo lungo un percorso già ben individuato, agendo per suo conto. È all'interno del concetto di “responsabilità” che le assemblee popolari acquisirono la loro importanza di sedi in cui esprimere accordi su metodi concreti dell'azione rivoluzionaria¹⁵. Tale sperimentazione raggiunse il suo apice alla fine degli anni Sessanta, nella costruzione dei prototipi di assemblee

¹³ La seconda Dichiarazione dell'Avana è consultabile al seguente Link: www.cuba.cu/gobierno/discursos/1962/esp/f040262e.html.

¹⁴ Art. 97, *Ley Fundamental* (archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2525/38.pdf).

¹⁵ Inoltre, il *demos* non era costituito solo da coloro che possedevano la cittadinanza legale cubana ma veniva riconosciuta in capo a tutti coloro che si dichiaravano appartenere a un gruppo sociale che incarnava lo spirito della rivoluzione cubana. Tale nozione attraverso le linee dei confini nazionali e finì per includere cittadini di ogni nazionalità e di ogni provenienza. I plebisciti di massa svoltisi all'Avana funsero da modello nell'area latinoamericana. Basti pensare che la seconda Dichiarazione dell'Avana venne adottata dal movimento rivoluzionario orientale dell'Uruguay. Cfr. E. Rey Tristán, *La Izquierda Revolucionaria uruguayana: 1955-1973*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Sevilla, 2005.

rappresentative nelle province, nonché – nei primi anni Settanta – in taluni esperimenti partecipativi collegati al coinvolgimento dei cubani nel processo decisionale, mediante l'organizzazione di dibattiti aperti e incontri organizzati per discutere dei progetti di legge¹⁶. Furono gli anni in cui prese forma in maniera evidente la “*sociedad civil*” cubana, composta dalle nuove organizzazioni di massa (*Comité de Defensa de la Revolución* e *Federación de Mujeres Cubanas*), dai nuovi ruoli assunti da organizzazioni già esistenti (sindacati e studenti), ma soprattutto da ampi settori sociali che prima erano chiamati a ruoli meramente passivi o marginali ma che in tale rinnovato contesto vennero coinvolti pienamente nella causa rivoluzionaria¹⁷. Al contempo, la quasi totalità della popolazione venne inclusa in una rete moderna di servizi pubblici, modelli di consumo, processi educativi, esercizi di cittadinanza, riuscendo a conseguire una “socializzazione” del potere, inedita in molte altre realtà ordinamentali¹⁸.

562

Fu così dato vita a un movimento di forte espansione e di rafforzamento della società civile, la quale si trovò ad assumere funzioni e caratteristiche proprie di un “potere dello Stato”, frutto di una vera e propria osmosi tra il popolo cubano e la sua *leadership* rivoluzionaria. In questo contesto, mentre l'avanguardia politica assumeva funzione di comando di particolare ampiezza, anche in ragione della necessità di articolare un'azione forte per contrastare gli attacchi esterni, vennero a definirsi, all'interno dell'isola, spazi di azione e di socializzazione inediti, caratterizzati da livelli di partecipazione profondi e massivi¹⁹.

Nell’*Informe Central*” presentato al Primo Congresso del PCC, nel 1975, nell’ambito della presentazione di un esaustivo “*Análisis Histórico de la Revolución*”, Fidel Castro non compì alcun gesto di riconoscimento acritico verso l’Unione Sovietica, né tantomeno una critica all’avventurismo dei primi anni della rivoluzione, bensì condusse un’interessante riflessione sulla natura e sul ruolo delle Organizzazioni di massa. A suo giudizio, queste ultime rappresentavano l’aspetto

¹⁶ Nel passaggio dall’azione rivoluzionaria alla costruzione di un prima struttura di potere, il gruppo avanguardista si mosse altresì nella direzione di consentire la partecipazione diretta all’azione di governo solo a coloro ritenuti vicini alla causa rivoluzionaria. Ciò comportò che l’esercizio della sovranità venne a coincidere, in pratica, con individuati gruppi delle masse popolari – a partire dai c.d. “*Comités de Defensa de la Revolución*” (CDR) – in cui venne raggruppata la popolazione del Paese. Secondo alcuni, difatti, «el tránsito acelerado de una breve experiencia de democracia directa a una primera institucionalización de tipo comunista, en la isla, se dio acompañado de la creación de un conjunto de organizaciones de masas – comités, vecinales, asociaciones, campesinas, juveniles, femeninas, sindicatos... – que vertebró estatalmente la sociedad civil cubana». (così H. Garcini, *La Constitución socialista de 1976*, in *Revista cubana de derecho*, 1976, 103).

¹⁷ J.L. Acanda, *Sociedad Civil y Hegemonía*, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, la Habana, 2002.

¹⁸ Cfr. H. Aguilar, *Cuba, conciencia y revolución, el proceso de una reflexión sobre el proceso cubano*, Miami, 1972, 55 ss.

¹⁹ Secondo alcuni, difatti, «el tránsito acelerado de una breve experiencia de democracia directa a una primera institucionalización de tipo comunista, en la isla, se dio acompañado de la creación de un conjunto de organizaciones de masas – comités, vecinales, asociaciones, campesinas, juveniles, femeninas, sindicatos... – que vertebró estatalmente la sociedad civil cubana» (R. Rojas, *La Soledad Constitucional Del Socialismo Cubano*, in *Claves de razón práctica*, 2011, 44–51).

più fecondo del processo rivoluzionario cubano, forze organizzate del popolo che dirigevano e orientavano l'avanguardia politica²⁰.

Certamente, la realtà era molto più articolata di quanto potesse essere rappresentata dalle parole di Castro e, ovviamente, influenzata dal contesto storico, ma indubbiamente il ruolo delle organizzazioni di massa rimase significativo, nonostante i rapidi mutamenti che di lì a poco incisero profondamente sul processo rivoluzionario cubano.

Difatti, a partire dai primi anni Settanta, il processo di affermazione delle organizzazioni di massa proseguì in un contesto fortemente compromesso, caratterizzato dai drastici processi di nazionalizzazione, dagli attentati, dalle pressioni dei collettivi sociali contro la dinamica delle riforme, dalla politica sempre più belligerante degli USA e dei suoi alleati, da un fitto calendario di mobilitazione sociale e popolare. In questo contesto, la “partecipazione” finì presto per incanalarsi in un rigido apparato organizzativo, dominato dalla figura del “rivoluzionario”. Le organizzazioni di massa divennero la matrice del nuovo tessuto socio-politico, incarnazione dell'egemonia avanguardista. Esse risposero alla volontà di quest'ultimo, di portare avanti una funzione educativa e di diffusione dei meccanismi di legittimazione e di consenso, soprattutto – come tra poco si vedrà – nella fase di istituzionalizzazione del processo rivoluzionario²¹.

Molti autori individuano nel fallimento dell'imponente programma agricolo lanciato nel 1970, che avrebbe dovuto portare la produzione dello zucchero a dieci milioni di tonnellate annue e, soprattutto, nel discorso pronunciato da Castro il 26 luglio dello stesso anno, lo spartiacque del processo rivoluzionario cubano, che aprì la strada all'istituzionalizzazione della rivoluzione stessa²². Il nucleo avanguardista comprese che era giunto il momento di spersonalizzare il regime politico e costruire un apparato istituzionale in grado di guidare l'azione politica. Nel novembre 1972 fu istituito un comitato esecutivo in seno al Consiglio dei Ministri, composto dal primo ministro e da nove ministri delegati, a ciascuno dei quali venne assegnata la responsabilità di guidare, controllare e coordinare un gruppo di ministeri delle attività tra loro collegate. Nel giugno 1973 fu approvata una legge che trasformava la magistratura in un sistema subordinato al Consiglio dei ministri, sotto il controllo di una Corte Suprema del popolo, cui partecipavano, su un piano di parità, giudici togati e giudici popolari.

Oltre a questi cambiamenti che interessarono il livello superiore della sovrastruttura politica, nel settembre 1974 la provincia di Matanzas, vicino all'Avana, fu posta sotto l'amministrazione di organi del potere popolare, i cui componenti furono eletti a suffragio universale diretto. Come sottolineato da più

²⁰ *Informe Central*, 1990, 160-161.

²¹ Cfr. J. Macías, *La sociedad civil en la revolución cubana (1959-2012)*, Bilbao, 2016, 24 ss.

²² Il discorso di F. Castro pronunciato in occasione del XVII anniversario dell'assalto al palazzo Moncada, tenuto in Plaza de la Revolución, L'Avana il 26 luglio 1970, è consultabile al seguente Link: www.fidelcastro.cu/es/discursos/discurso-pronunciado-en-la-concentraci3n-conmemorativa-del-xvii-aniversario-del-asalto-al.

parti, la creazione del potere popolare a Matanzas rappresentò il primo passo verso la costituzione di istituzioni rappresentative²³.

Dalla costituzione delle assemblee popolari all'approvazione della Costituzione del 1976, venne avviata l'operazione di istituzionalizzazione del sistema rappresentativo, rivisitato alla luce della dottrina leninista. Pertanto, la visione del potere strutturato su un duplice livello, con un livello superiore incarnato dal partito d'avanguardia, chiamato a rappresentare la volontà politica della nazione, un livello inferiore, in cui le masse sarebbero state ricostituite in moduli rappresentativi, in modo da essere gestiti in maniera efficace, come emerse dall'istituzionalizzazione dell'*Asemblea Nacional de Poder Popular* (ANPP)²⁴.

Altri mutamenti sono poi intervenuti in questa fase, tutti fortemente contigui all'esperienza sovietica. Un ruolo decisivo in questo senso fu svolto dall'introduzione del ruolo del partito unico, nato negli anni Sessanta dalla fusione del "Movimento 26 luglio" con il partito socialista popolare e il nucleo rivoluzionario.

Insomma, gli anni Settanta furono caratterizzati dal superamento di quella sperimentazione creativa e spontaneità idealistica che avevano caratterizzato in modo del tutto peculiare l'esperienza rivoluzionaria. Il passaggio successivo fu dominato dalla sovietizzazione della società cubana, con una particolare enfasi sul processo di pianificazione centralizzata, formalmente sancito nella Carta costituzionale del 1976.

564

3. Dal periodo di "provisionalidad" alla Costituzione del 1976

Il processo costituente che portò all'approvazione della Costituzione del 1976 prese avvio già alla fine degli anni Sessanta, su iniziativa del partito comunista. Una prima bozza venne elaborata da una commissione *ad hoc*, composta da membri del PCC e del Comitato esecutivo del Consiglio dei Ministri. Il progetto costituzionale venne sottoposto al dibattito pubblico, mediante lo strumento della "consulta popular"²⁵. Sotto quest'ultimo aspetto, come evidenziato da qualcuno, tale prassi «venía desarrollándose desde antes del proceso constituyente, y una vez aprobada la Constitución se mantuvo durante algún tiempo, aunque no con la sistematicidad requerida»²⁶.

Nel 1975, in occasione della celebrazione del primo Congresso del partito comunista cubano, l'assemblea approvò la nuova bozza del testo costituzionale e

²³ Cfr. O. Zanetti, *Historia mínima de Cuba*, El Colegio de México, México, 2013, 126.

²⁴ J. I. Dominguez, *Cuba: Order and Revolution*, Harvard University Press, 1978.

²⁵ La discussione popolare si svolse tra il 10 aprile e il 16 settembre 1975. La bozza della Carta venne pubblicata dalla stampa e diffusa dalle organizzazioni di massa e dagli organismi di governo, a partire dai comitati per la difesa della rivoluzione, svolgendo incontri e sedute pubbliche nelle fabbriche, nelle scuole, nelle università e nei sindacati, con la partecipazione di oltre sei milioni di cubani. dai vari dibattiti, tuttavia, emersero solo poche proposte di modifica, che non intaccarono in maniera sostanziale il *corpus* del progetto. R. Gómez Manzano, *Constitución y Cambio Democrático en Cuba*, in *Cuba in Transition*, vol. VII, 1997.

²⁶ Così M.L. Zaldívar Abad, *Poder y proceso constituyente en Cuba (1974-1976), ¿primigenia plataforma participativa hacia un nuevo constitucionalismo latinoamericano?*, in A. Mattilla Correa, *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 31.

deliberò in merito alla sottoposizione della stessa a *referendum* popolare, mediante «voto universal, libre y secreto de los ciudadanos», stabilendo altresì che la stessa fosse organizzata «de modo que todos los ciudadanos con derecho al sufragio tengan la oportunidad de votar en él, para lo cual deben establecerse colegios electorales no solo en razón del domicilio, sino también del lugar donde se encuentren los electores...»²⁷.

Il “*referendum* costituzionale” – che incluse anche la “*Ley de Tránsito Constitucional*” – si svolse il 15 febbraio 1976, registrando la partecipazione di 5.602.973 cubani. I voti favorevoli furono 5.473.534 (97,69%) e 54.070 (0,97%) i voti contrari.

Tale consultazione – che fornì un canale alternativo ai raduni di massa dei primi anni della rivoluzione, dando al popolo uno strumento per formalizzare il proprio sostegno al progetto costituzionale – venne qualificata come “*referendum*” dalla stessa legge istitutiva²⁸, anche se, secondo alcuni, costituì, di fatto, un plebiscito vincolante²⁹.

Dal punto di vista sostanziale, la Carta del 1976 cristallizzava i principi di base del marxismo-leninismo, ponendosi in linea di continuità con il c.d. “costituzionalismo socialista” di ispirazione sovietica, pur estrinsecando, in alcuni suoi passaggi, elementi di stretta connessione con la pregressa esperienza costituzionale cubana³⁰.

In questo quadro ideale di riferimento, il fine ultimo perseguito da Castro e dal gruppo avanguardista fu quello della “spersonalizzazione” del potere, fino a quel momento incarnato nella figura del “*leader maximo*”. Ciò richiese la creazione di un apparato istituzionale destinato a rimpiazzare le pratiche in uso durante il periodo di *provisionalidad*, nonché lo sviluppo di procedure destinate a normare i processi decisionali.

Il perno ideale e formale attorno cui fu progettato il nuovo impianto costituzionale fu senz’altro il principio di “*Poder Popular*”, concepito come “un’organizzazione strutturale dello Stato”³¹. Tale assunto trovava concretizzazione all’art. 4, secondo cui «en la República de Cuba *todo el poder pertenece al pueblo trabajador* que lo ejerce por medio de las Asambleas del Poder popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, o bien directamente [...]”. Venivano, in tal modo, enucleati i principi del modello politico socialista e del sistema del *Poder Popular*, che si concretizzavano nella creazione di una serie

²⁷ Congreso Del Pcc: *Tesis Y Resoluciones Sobre La Constitución Y Ley De Tránsito Constitucional*, Granma, 1975.

²⁸ Ley n. 12229/1975.

²⁹ D. Altman, *Democracia directa en el continente americano: autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?*, in *Política y Gobierno*, XII(2), 2005, 203 ss.

³⁰ Difatti, deve evidenziarsi che molti dei principi contenuti nella Costituzione del ’76 si ispirarono alle precedenti Costituzioni, in particolare alla Carta del 1940. Inoltre, parte delle norme costituzionali provenivano dagli atti adottati durante la *Provisionalidad* e, in particolare, la legge di riforma agraria del 1959, nonché la prima e la seconda Dichiarazione dell’Avana, ritenuti dal partito comunista di rango costituzionale.

³¹ In merito, cfr. Y. Guzman Hernández, *Los mecanismos de democracia directa en Cuba: diseño normativo y práctica*, in *Perfiles latinoamericanos: Revista de la Sede Académica de México de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, 2017, 117.

di organi e strumenti di azione politico-istituzionale fondati sui principi di partecipazione e di rappresentanza. Difatti, i canali attraverso i quali si poteva esprimere la volontà popolare non si limitavano alla partecipazione indiretta attraverso l'ANPP, ma includevano istituti di democrazia diretta, quali la “*consulta popular*”³², l’iniziativa legislativa³³ e il *referendum*³⁴ e, altresì, un originale meccanismo di partecipazione del popolo in seno alle organizzazioni di massa e alle assemblee locali del *Poder Popular*³⁵.

In ciò risiedeva senz’altro uno degli elementi di maggiore originalità del socialismo cubano, che si giustificava, agli occhi di Castro, alla luce della necessità di supportare il PCC nel suo ruolo di *leadership* e, soprattutto, di evitare ogni pericolosa forma di concentrazione di potere nell’ANPP³⁶.

4. Dal processo di “*rectificación*” alla fine dell’era castrista

Tuttavia, in linea con il pensiero marxista-leninista secondo cui le Costituzioni esprimevano soprattutto la forza di mere “dichiarazioni di principio”, la Carta del 1976 mostrò ben presto scarsa utilità pratica, sostanzialmente bloccata tra la spinta a decentralizzare il potere e, al contempo, la tendenza a rafforzare il ruolo e i poteri del gruppo avanguardista.

³² Ai sensi dell’art. 75, lett. b), la “*consulta popular*” poteva essere utilizzato dall’Assemblea nazionale popolare «cuando lo estime procedente en atención a la índole de la legislación de que se trate», restando tuttavia nella piena potestà dell’Assemblea recepire o meno l’esito della consultazione.

³³ L’iniziativa legislativa popolare, prevista all’art. 88, lett. g), Cost., si concretizzava nel diritto di presentare o un semplice invito all’assemblea legislativa di legiferare su una determinata materia (“*iniciativa simple*”) o un vero e proprio progetto di legge (“*iniciativa formulada*”). L’iniziativa spettava ai cittadini, in numero di diecimila elettori e, ai sensi dell’art. 88, lett. d), Cost., alle organizzazioni di massa.

³⁴ L’art. 75u. della Costituzione del 1976 prevedeva il *referendum* “dall’alto”, in quanto si affidava alla sola Assemblea nazionale popolare la potestà di disporre la convocazione in tutti i casi in cui avesse reputato necessario “sentire” il corpo elettorale. Inoltre, l’art. 137 Cost. prevedeva il ricorso al *referendum* nell’ambito della procedura di revisione costituzionale, in caso di riforma totale del testo o se la modifica incidesse sulle competenze dell’Assemblea Nazionale Popolare, del Consiglio di Stato e sul catalogo dei diritti.

³⁵ La base della piramide del potere politico era rappresentata dal municipio. Le assemblee municipali erano le uniche elette a suffragio universale diretto. Tutti i restanti organi (provinciali e nazionale) erano designati mediante elezione di secondo grado, dai delegati delle assemblee municipali. Il processo elettorale municipale era particolarmente lungo e complesso, in quanto si snodava in una prima fase di designazione dei candidati per ciascuna circoscrizione elettorale in cui si articolava il singolo municipio (dovevano designarsi non meno di due e non più di otto candidati per circoscrizione). Tale designazione veniva compiuta da tutti gli elettori che avevano compiuto i sedici anni d’età, residenti nella circoscrizione, nell’ambito di assemblee appositamente convocate, mediante alzata di mano. In una seconda fase, si procedeva all’elezione dei delegati. A seguito della votazione, la rispettiva Commissione Elettorale Municipale procedeva alla proclamazione degli eletti tra coloro che avessero conseguito la maggioranza assoluta dei voti. Nel caso in cui nessun candidato avesse raggiunto tale percentuale di voto, era previsto un ballottaggio tra i due candidati più votati. Nella prima elezione generale realizzata il 10 ottobre 1976, si presentarono più di 30.000 candidati, da cui furono eletti i 10.725 delegati che andarono a comporre le 169 assemblee municipali.

³⁶ J.P. García Brigos, *Gobernabilidad y democracia: los órganos del poder popular en Cuba: reflexiones para un análisis a veinte años de su constitución*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1998.

Già a partire dai primi anni Ottanta, si registrarono mutamenti significativi nella linea politico-istituzionale cubana. Il processo c.d. di “*rectificación*” – lanciato da Castro nel III *Informe* del PCC – diede avvio ad una nuova fase del governo dell’isola caraibica, incentrata sulla critica al socialismo sovietico e sul ritorno a una visione originaria del *Poder Popular*, fortemente ancorata alle peculiarità di quell’ordinamento³⁷.

Con questo nuovo programma, Castro intese individuare risposte nuove alle mutate condizioni storico-politiche interne e internazionali, esaltando una nuova “via al socialismo” che, nell’ordinamento cubano, doveva necessariamente passare per una rinnovata fase di protagonismo della “*sociedad civil*” dell’isola. Quest’ultima era venuta sempre più affermandosi sulla base di una forte differenziazione di interessi e di prospettive politico-sociali, che sembrava evidenziare la progressiva perdita di importanza dello spirito rivoluzionario e con essa, di un reale potere di influenza da parte del partito comunista³⁸.

In questo contesto, obiettivo di Castro fu quello di chiudere in fretta la “parentesi” sovietica degli anni Settanta e di avviare una nuova azione politica plasmata sulla rivalorizzazione di nuovi attori, tra cui le organizzazioni di massa e la società civile.

La caduta del regime sovietico, a fine anni Ottanta, diede a Castro l’occasione per l’avvio di una nuova e incisiva azione di cambiamento, che trovò concretizzazione – nel 1992 – in una significativa riforma costituzionale.

La sostanziale riformulazione del modello socialista del 1992 portò al superamento del principio – rimasto oltretutto inesperto nella Carta del 1976 – di “dittatura del proletariato” affine al regime sovietico e, di conseguenza, del tema dell’unità del potere e del centralismo democratico. Alla luce di questo spirito, la riforma costituzionale del 1992 portò a un’autentica e originale riformulazione delle funzioni dello Stato socialista cubano, nonché dei poteri affidati all’ANPP, al Governo e all’amministrazione locale.

La nuova *Ley Electoral* – approvata in concomitanza alla riforma costituzionale – comportò un deciso ripensamento dell’articolazione territoriale del potere, mediante l’introduzione dell’elezione diretta delle assemblee provinciali e di quella nazionale, stabilendo, altresì, una procedura di nomina per i candidati a tutti i livelli attraverso le “*Comisiones de Candidaturas*”. Queste ultime hanno rappresentato un elemento di particolare significato sul fronte della partecipazione

³⁷ Cfr. C. Mesa-Lago, *El proceso de rectificación en Cuba: causas, políticas y efectos económicos*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 74, 1991, 32 ss.

³⁸ Secondo alcuni, «Podría plantearse la cuestión de si las organizaciones de masas tienen una personalidad propia y distinta, o si ellas conforman, en la práctica, sólo una cara diferente de una única voluntad política, el PCC. Se sabe que los Comités de Defensa de la Revolución (CDR) son controlados por el PCC; pero muchas de las otras organizaciones parecen sensitivas y reacias a servir como meras fachadas. Debe tenerse presente que la participación popular fue organizada en Cuba desde la cumbre, como una necesidad de apoyo popular por la élite revolucionaria – una clara élite de clase media – y sin la intervención del antiguo PCC. Este último, en su versión 1965, fue una especie de subproducto del esfuerzo que alentaba la participación» (così J. Tapia-Valdés, *Cuba Constitutional*, in *Nueva Sociedad*, n. 28, 1977, 97).

politica, in qualità di anello di congiunzione tra l'elettorato e gli organi rappresentativi.

Ciò consentì un cambio importante di paradigma attraverso cui l'azione dello Stato veniva a definirsi mediante la partecipazione di diversi soggetti, associazioni o gruppi in una sorta di "pluralismo socialista"³⁹.

Se la Costituzione del 1992 ebbe il merito di offrire alla *sociedad civil* cubana la percezione di un'apertura significativa del regime alle esigenze di una società profondamente mutata, possibilità rimasta aperta anche dopo la riforma del 2002, un vero punto di svolta è stato segnato a seguito delle scelte compiute a partire dalla conclusione dalle dimissioni di Castro nel 2006 e dalle dinamiche di mutamento che sono derivate.

4. Le riforme dell'era post-castrista e la nuova fase del socialismo cubano

Nell'ultimo decennio, l'ordinamento cubano, sotto la spinta di un forte processo di attualizzazione del modello sociale ed economico, ha avviato ciò che può essere chiamato un nuovo ciclo costituzionale. Tale processo trova il suo punto di partenza nel significativo mutamento del contesto politico e di *leadership*, che ha poi indubbiamente influenzato lo svolgimento e l'esito del recente processo costituente.

Il punto di avvio della fase costituente può essere individuato nell'ampia partecipazione al dibattito critico sul socialismo lanciato nella seconda metà del 2007, fortemente voluto dall'allora Presidente *ad interim* del Consiglio di Stato, Raúl Castro⁴⁰.

Il dibattito si è svolto in tutte le organizzazioni di base e di massa (sindacati, contadini, studenti, donne, quartieri) e dell'Unione dei giovani comunisti, nei gruppi di lavoro di tutte le società e istituzioni del paese e nelle comunità. In pochissimi mesi, si sono svolte 251.687 riunioni organizzate nell'intero Paese, cui hanno partecipato circa 5 milioni di cubani. Sono stati registrati 3.255.344 interventi, il cui 48,8% ha evidenziato criticità e avanzato, al contempo, proposte in merito agli sviluppi del socialismo cubano⁴¹.

Recependo le molteplici istanze provenienti dal basso, nel 2008 si sono svolte le elezioni dei delegati dell'APP e dei deputati dell'ANPP. Subito dopo le elezioni, il 24 febbraio 2008 Raúl Castro è stato eletto presidente del Consiglio di Stato e, in tale veste, ha ribadito il suo impegno a intraprendere i necessari cambiamenti strutturali e funzionali dell'assetto politico ed economico del Paese, conformemente a quanto emerso dalle consultazioni popolare.

Nel 2009 è stata annunciata l'apertura del VI Congresso del Partito Comunista Cubano. Nelle parole di Raúl Castro, il Congresso è stato chiamato a «definir con la más amplia participación popular la sociedad socialista que aspiramos y podemos construir en las condiciones actuales y futuras de Cuba [...]».

³⁹ Cfr. F. Pérez Millán, *Motivos para una reforma*, in *Revista cubana de derecho*, 7/1992, 3-29.

⁴⁰ Cfr. J. Chofre Sirvent, *El derecho y la constitución de Cuba ante los desafíos sociales y económicos del siglo XXI*, in A. Pozo, S. Gratius, *Nueva etapa entre Cuba y la UE*, 2017, 57 ss.

⁴¹ Cfr. L. González Díaz, *Victoria de la vergüenza: el pueblo demandó más revolución y mejor socialismo*, La Habana, 2007.

Sulla base di tali premesse, a partire da novembre 2010, l'intera popolazione è stata invitata ad analizzare i progetti di linee guida riguardanti la pianificazione degli interventi in materia economico-sociale. Tra il 1° dicembre 2010 e il 28 febbraio 2011, si sono tenute oltre 163.000 riunioni in tutto il Paese, in cui hanno preso parte 8.163.838 cubani e, tra questi, oltre 3.000.000 ha offerto un contributo diretto alla discussione. Alla luce delle proposte emerse durante le consultazioni popolari, il 68% delle 291 linee guida contenute nel progetto iniziale è stato riformulato e ben 36 sono state quelle aggiunte⁴². A seguito di tale revisione, – che Raul Castro ha definito un «verdadero y amplio ejercicio democrático»⁴³ – il testo è stato sottoposto alla discussione e all'approvazione dei componenti del VI Congresso del Partito Comunista Cuba, svoltosi tra il 16 e il 19 aprile 2011, dinanzi a oltre 1000 delegati, scelti dai 800.000 membri del partito⁴⁴.

In sede congressuale, il partito comunista cubano ha approvato, in via definitiva, i c.d. *Lineamientos de la política económica y social del partido y la Revolución*⁴⁵, i quali hanno rappresentato una prima puntuale concettualizzazione di un nuovo modello di sviluppo, diretto a coinvolgere non solo l'aspetto più propriamente economico, ma anche ogni altro ambito della vita associata dell'ordinamento cubano⁴⁶.

In tali sedi, sono state avanzate proposte concrete che hanno comportato poi la modifica del 68% del contenuto del documento politico. Le linee guida approvate

⁴² In merito, cfr. S. Faber, *Cuba Since the Revolution of 1959. A Critical Assessment*, Chicago, 2011, 281-282.

⁴³ Dal 1° dicembre 2010 al 28 febbraio 2011, 8.913.838 cubani hanno preso parte alle 163.000 riunioni promosse dalle organizzazioni di massa nei centri di lavoro nelle scuole e nelle comunità territoriali. Tutti i 3 milioni di interventi registrati dai promotori sono stati poi sottoposti all'attenzione dell'ANPP nella seconda metà di dicembre 2010. Recependo gran parte delle modifiche emerse dalle «*Consultas Populares*», l'ANPP ha provveduto a rivedere il contenuto di ben 181 – su un totale di 291 – «Linee guida». Significative sono state le parole di commento pronunciate da Raúl Castro, secondo cui i «resultados del debate, por los recopilados constituyente un formidable instrumento de trabajo, para la dirección del Gobierno y del Partido a todos los niveles, así como una suerte de referéndum popular respecto a la profundidad, alcance y ritmo de los cambios que debemos introducir. Era un verdadero y amplio ejercicio democrático, el pueblo manifestó libremente sus opiniones, esclareció dudas, propuso modificaciones, expresó libremente sus insatisfacciones y discrepancias y también sugirió abordar la solución de otros problemas no contenidos en el documento». Inoltre Castro ha precisato che «Una vez más se pusieron a prueba la confianza y unidad mayoritaria de los cubanos en torno al Partido y la Revolución, unidad que no niega diferencias de opiniones, sino que se fortalece y consolida con ellas. Todos los planteamientos, sin exclusión alguna, fueron incorporados el análisis, lo que permitió enriquecer el proyecto que se somete a la consideración de los delegados al Congreso» (R. Castro, *Informe central al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba*, La Habana, 1604-2011, in www.latinreporters.com/cubaRaulCastroPCCInforme16042011.pdf).

⁴⁴ Partido Comunista de Cuba, Comité Central, *Lineamientos de la Política económica y social del partido y la Revolución para el período 2016-2020*, consultabile al Link www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Lineamientos%202016-2021%20Versi%C3%B3n%20Final.pdf.

⁴⁵ Partido Comunista de Cuba, *Lineamientos de la política económica y social del partido y la Revolución* [Guidelines for the political economy and social policy of the party and the Revolution] July 2017, available at www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Lineamientos%202016-2021%20Versi%C3%B3n%20Final.pdf.

⁴⁶ Sul punto, cfr. L. Catá Backer, *Cuba's 6th Party Congress and the Lineamientos (Guidelines) For Structural Change In Cuba*, 2011, consultabile al Link at lcbackerblog.blogspot.com/2011/05/cubas-6thparty-congress-and.html.

dal VI Congresso, discusse e approvate dall'assemblea nazionale, hanno toccato vari temi e abbozzato 311 proposte di riforma economico-sociale⁴⁷.

Tutto ciò ha inaugurato una tendenza che ha profondamente condizionato il successivo processo costituente⁴⁸, come altresì dimostra la prima conferenza nazionale del partito comunista cubano, che si è svolta subito dopo, il 28 e 29 gennaio 2012. I lavori sono stati avviati con la pubblicazione – il 14 ottobre 2011 – del Progetto di documento di base, che è stato discusso dai militanti del partito e dell'Unione dei giovani comunisti (UJC)⁴⁹. Era la prima volta che veniva svolta una conferenza nazionale del partito e la sua celebrazione, all'inizio del 2012, per discutere di questioni relative ad alcuni dei necessari cambiamenti politici nel paese, gli conferiva un valore aggiunto⁵⁰.

Sulla base di tale primo documento, nel luglio 2017, il VII Congresso del Partito comunista cubano ha approvato la *Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*⁵¹ e il *Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030: Propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos (PNDES)*. Entrambi i documenti – di importanza strategica per il futuro del Paese – non sono il risultato di un impegno esclusivo del PCC, bensì frutto, anche in questo caso, di un'elaborazione collettiva, a seguito di un'ampia partecipazione cittadina⁵². Il partito ha garantito l'accesso di tutti alla documentazione, predisponendo la stampa di 680.800 copie dei due documenti, da distribuire alla popolazione e alle organizzazioni collettive, e ulteriori 200.000 copie destinate alla vendita. Per la prima volta, i documenti sono stati diffusi in Internet, utilizzato il portale del "Granma" e di "Cubadate". Ciò ha facilitato senz'altro l'accesso in una società sempre più digitalizzata e ha altresì consentito di raggiungere i cubani residenti all'estero.

⁴⁷ Partido Comunista de Cuba, *Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución*, in cubadebate.cu.

⁴⁸ Cfr., *ex multis*, S. Faber, *Tendencias políticas en la Cuba de hoy*, 07-11-2014, in www.antonioscato.altervista.org; E. Duharte Díaz, *Reformas y probables tendencias de desarrollo del sistema político cubano*, in *Temas, cultura ideología y sociedad*, n. 73, 2013, p. 129; J. A. Blanco, *Cuba en el siglo XXI. Escenarios actuales, cambios inevitables, futuros posible*, in *Nueva Sociedad*, n. 242, 2012.

⁴⁹ Cfr. Partido Comunista de Cuba, *Primera Conferencia Nacional, Proyecto documento base para la primera conferencia nacional del partido*, in cubadebate.cu.

⁵⁰ La Conferenza ha ratificato un insieme di principi e valori fondamentali riguardanti il sistema costituzionale cubano. Tra questi, sono stati richiamati il centralismo democratico, la direzione collettiva, la responsabilità individuale, l'unità nazionale attorno al partito unico e alla rivoluzione, la partecipazione popolare attiva. Riguardo quest'ultimo punto, numerosi obiettivi hanno ratificato la necessità di rafforzare il legame permanente con le masse, di incoraggiare la partecipazione al processo decisionale e all'esecuzione di progetti che stimolano l'iniziativa dei cittadini (il documento è consultabile al Link www.cubadebate.cu/noticias/2011/10/14/descargue-proyecto-de-documento-que-discutira-conferencia-nacional-del-partido-pdf/attachment/tabloide-conferencia/#.XajOlugzBIU).

⁵¹ L. Catá Backer, *Reconceiving the Government of Western Marxist Leninist States*, in lbackerblog.blogspot.com/2016/07/larry-cata-backer-comment-to.html; F. Sapio, *Comment to the Cuban "Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista"*, 2016, in lbackerblog.blogspot.com/2016/06/flora-spaio-comment-to.html.

⁵² Su questi aspetti, cfr., in particolare, E. Duharte Díaz, *Actualización del modelo ¿solo económico? A propósito de las relaciones entre reformas políticas e irreversibilidad del socialismo en Cuba*, Universidad de La Habana, n. 279, 2015, 153 ss.

Dal punto di vista sostanziale, i documenti sono strettamente correlati. Se il primo esprime gli obiettivi che la società intende perseguire e sintetizzato nella definizione della “Visión de la Nación”, il secondo enuclea la strategia per raggiungerli.

Nella visione del gruppo dirigente, la partecipazione attiva e informata di milioni di cubani è ritenuta la via più importante per consolidare il consenso attorno allo sviluppo del paese. Come affermato dal Primo Segretario del PCC nel discorso di chiusura del VII Congresso, «*En un asunto de esta naturaleza es esencial lograr el apoyo consciente de la gran mayoría, para ello es imprescindible escuchar, razonar y tener en cuenta la opinión de la militancia y del pueblo en general*».

I documenti sono stati sottoposti a consultazione popolare dal 15 giugno al 20 settembre 2016, con l'intervento delle organizzazioni di massa, di cittadini, e di oltre 57.000 esperti, con 26.069 interventi, dai quali sono emerse 4.685 proposte (3.630 per il documento “*Conceptualización*” e 1.055 per il “*Plan*”). La maggior parte delle proposte hanno chiesto modifiche (3.526), mentre altre sollevato dubbi (896), oltre ad aggiunte ed eliminazioni⁵³.

I documenti approvati dai due Congressi del Partito Comunista Cubano hanno funto da base e da fonte di ispirazione per la Costituzione del 2019. Da un rapido raffronto tra i diversi testi, emerge che dei 224 articoli del nuovo testo costituzionale, ben 175 si basano sui principi e sulle priorità politiche stabilite nella tre documenti del 2017 (*Conceptualización, Lineamientos e Plan 2030*). In alcuni casi, la derivazione testuale delle disposizioni costituzionali dei tre progetti è diretta, mentre in altri casi, si è avuta una fusione dei contenuti dei progetti di riforma. Sotto altro profilo, gli stessi termini usati nella Costituzione del 2019 conservano una forte connessione semantica con i tre testi licenziati dal PCC.

L'elemento di maggiore interesse di tale fase progettuale è consistito, dunque, nel costante e ampio coinvolgimento popolare in ogni fase del progetto e relativamente a ogni singolo “pacchetto” di riforma proposto tra il 2011 e il 2018. Questa frequenza, ampiezza e profondità di impegno popolare nel ridisegnare il modello economico e sociale cubano non ha eguali nella storia dell'isola.

Le *Consultas Populares* svoltesi tra il 2011 e il 2016 segnano, dunque, una rottura profonda con il passato rivoluzionario e, in particolare, con gli incontri plebiscitari degli anni Sessanta, segnando la graduale evoluzione del modello ordinamentale cubano verso un «socialismo consultivo» o, in altri termini, verso

⁵³ I punti di maggiore interesse dei documenti in esame sono : a) l'elaborazione di un progetto di sviluppo economico, sociale, politico e culturale che – nel garantire l'indipendenza e sovranità economica e politica del paese – collochi gli esseri umani, senza alcuna discriminazione e in una relazione armonica con la natura e la biosfera, come suoi protagonisti e principali beneficiari; b) la costruzione di una democrazia popolare, integrale, partecipativa e socialmente rappresentativa radicalmente diversa dalle democrazie liberali; c) l'edificazione di un socialismo autoctono, distinto dai falliti esperimenti socialisti europei così come dai socialismi asiatici; d) l'istituzionalizzazione di un sistema internazionale di Stati democratici, multipolare e, dunque, di un nuovo ordine economico, politico, informatico e multiculturale; l'integrazione economica e politica della Repubblica cubana con gli altri Stati-nazione o plurinazionali dell'America Latina e dei Caraibi. Cfr. L. Suárez Salazar, *La “actualización” del socialismo cubano: otra mirada desde sus utopías*, in *Revista Estudios de Políticas Públicas*, 2016, 63-74.

una forma di «relazionamento della società con le istituzioni»⁵⁴, che, per la prima volta nella storia cubana, vede l'ingresso di forme partecipative e discorsive proceduralmente strutturate, in cui sono state previste fasi regolamentate di svolgimento della consultazione. L'iter procedurale ha previsto la pubblicazione delle bozze di documenti, la loro distribuzione sia in versione cartacea che elettronica; la successiva convocazione degli incontri in forma diffusa, nelle scuole, negli ospedali, nelle fabbriche e nei quartieri. Durante le riunioni, il singolo contenuto del documento è stato illustrato e, dunque, sottoposto a dibattito, da cui sono scaturite proposte di modifica, successivamente registrate e riassunte dagli organizzatori e, da ultimo, trasmesse agli uffici competenti per la loro analisi e selezione. A seguito dell'elaborazione, l'intera documentazione veniva trasmessa al comitato del partito e all'ANPP, per l'approvazione finale.

La proceduralizzazione delle consultazioni popolari è servita per offrire maggiore legittimazione e trasparenza all'intero processo, così da consentire al PCC di raggiungere almeno due diversi obiettivi. Il primo è stato quello di coinvolgere la popolazione nel suo complesso nell'articolato e strategico processo di creazione di un rinnovato modello di sviluppo economico e sociale dell'isola, che preservasse il socialismo ma, al contempo, fosse in grado di attualizzarne i principi alla luce delle esigenze poste dalla rivoluzione tecnologica. Il secondo obiettivo è stato la delineazione di un inedito modello di "marxismo-leninismo" che si ponesse in linea di continuità con il modello della "mass-line" cinese.

572

5. Il processo costituente cubano e la partecipazione popolare nell'era digitale

Il processo di riforma avviato dal sesto Congresso del PCC si è dipanato, dunque, in tre distinte fasi, che hanno avuto quale comune elemento di caratterizzazione il ricorso diffuso allo strumento delle "Consultas Populares": ogni singolo pacchetto di riforma proposto tra il 2011 e il 2018 è stato sottoposto a un ampio dibattito pubblico.

L'ultima fase di tale processo si è conclusa con l'approvazione della Costituzione del 2019. E, similmente alle fasi precedenti, anche quest'ultima è stata contrassegnata da un ampio e pervasivo coinvolgimento della popolazione⁵⁵.

Il 30 luglio 2018 il progetto costituzionale è stato pubblicato *online* sui siti Internet di "Granma", organo di stampa ufficiale del Comitato centrale del Partito

⁵⁴ U. Allegretti, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e Diritto*, 2006, 7-13.

⁵⁵ Il processo di scrittura del testo è, in verità, risalente nel tempo, in quanto una prima bozza è stata predisposta il 29 giugno 2014 da una commissione *ad hoc*, composta dal Presidente del Consiglio di Stato e dai ministri, dal Presidente e dal secondo segretario del partito, Machado Ventura, nonché di altri 30 membri. Quattro anni dopo e a seguito dell'approvazione dell'Ufficio politico, il Partito Comunista Cubano ha presentato un documento orientativo per l'esame da parte dell'assemblea nazionale. Su tale base, il 2 giugno 2018, l'Assemblea nazionale ha creato una Commissione che ha preparato il progetto di Costituzione (*Anteproyecto de Constitución: vision hacia el presente y el futuro de la patria. Aspectos principales del Anteproyecto de Constitución*, 13-07-2018, in www.granma.cu/cuba/2018-07-13/vision-hacia-el-presente-y-el-futuro-de-la-patria-13-07-2018-20-07-04; *Proyecto de Constitución a la consulta popular en Cuba: "Hay que prepararse"*, in cubadebate.cu, 02-08-2018).

comunista cubano, su vari siti Web e su “*CubaDebate*”. La versione cartacea del progetto – messa in vendita dal 31 luglio al prezzo di un Peso cubano – ha venduto in 10 giorni più di un milione di copie⁵⁶.

Su istanza dell’Assemblea nazionale, il progetto è stato sottoposto – dal 13 agosto al 15 novembre 2018 – a consultazione popolare. Il dibattito ha coinvolto cittadini cubani residenti, così come quelli residenti all’estero. I cittadini cubani hanno avuto l’opportunità di presentare il loro personale punto di vista sul progetto costituzionale in occasione di riunioni tenute nei luoghi di lavoro, istituti scolastici, ospedali e quartieri. Vi sono stati 1.706.872 interventi e sono state avanzate 783.174 proposte, 666.995 richieste di modifica, di cui 32.149 richieste di aggiunta di nuovi disposti, 45.548 richieste di eliminazione, 38.482 di dubbi. Vi sono state altresì 2.125 proposte da parte di cittadini cubani residenti all’estero. In quattro mesi si sono tenuti 133.681 incontri, che hanno coinvolto 8.945.521 (77,89% della popolazione cubana), su tutte le 15 province del Paese⁵⁷.

Un ulteriore elemento di interesse – a conferma del carattere tendenzialmente autonomo del dibattito – è dato dall’emersione di un tema che non era stato inserito nella bozza originaria del progetto, ma che è stato invece proposto e difeso strenuamente all’interno delle *Consultas Populares*, relativo alla richiesta di riconoscimento, a livello costituzionale, del “*same-sex marriage*”⁵⁸.

I cittadini cubani residenti all’estero hanno potuto partecipare al dibattito, inviando i commenti attraverso una piattaforma *online* ospitata dal sito del Ministero degli Affari esteri⁵⁹.

La presenza di Internet ha altresì consentito a molti di pubblicare opinioni e commenti sui profili dei *Social Network*. In queste piattaforme sono stati creati gruppi di discussione e aperti *forum* tematici che hanno così funto da *agora* virtuali. Pur non essendo agevole condurre un’analisi rigorosa dei vari commenti,

⁵⁶ *Vendidos más de un millón de tabloides con proyecto constitucionalista cubano*, RADIO CUBANA, August

12, 2018, available at www.radiocubana.cu/noticias-de-la-radio-cubana/243-noticias-reformaconstitucional/

23129-vendidos-mas-de-un-millon-de-tabloides-con-proyecto-constitucionalista-cubano

⁵⁷ *Analiza Pleno del Comitato centrale del Partido proyecto de Constitución de la República de Cuba*, in *Granma*, 12-12-2018, disponibile all’indirizzo [www.granma.cu/cuba/2018-12-12/analiza-pleno-del-comite-central-del-](http://www.granma.cu/cuba/2018-12-12/analiza-pleno-del-comite-central-del-partido-proyecto-de-Constitucion-de-la-republica-de-cuba-12-12-2018-21-12-18)

partido-proyecto-de-Constitucion-de-la-republica-de-cuba-12-12-2018-21-12-18.

⁵⁸ Come si evince dai dati statistici, la richiesta è emersa nel 66% dei dibattiti svoltosi a livello popolare. A tal proposito, sono state raccolte 192.408 proposte, di cui 158.376 hanno proposto di modificare l’art. 36 della Carta del 1976, mediante l’eliminazione del comma in cui viene fatto espresso riferimento al matrimonio “quale unione tra un uomo e una donna”. Dal dibattito era così emersa la proposta di modificare la norma previgente, inserendo nel progetto costituzionale un articolo in cui veniva introdotta una nuova definizione di matrimonio, inteso quale “unione tra due persone”. Ma in sede finale di approvazione, l’ANPP ha rigettato in parte la proposta popolare, inserendo un nuovo disposto in cui si prevede che il “matrimonio è un’istituzione sociale e giuridica” e rappresenta “una delle forme di organizzazione familiare” che si “basa sul libero consenso e sulla parità di diritti, doveri e capacità giuridica dei coniugi”, spettando poi alla legge determinare “il modo in cui è costituito e i suoi effetti”. L’ANPP si è comunque impegnata a proporre in merito – entro due anni – la realizzazione di una consultazione popolare e di un *referendum*.

⁵⁹ Il dibattito può essere letto al seguente *Link*: www.minrex.gob.cu.

si può osservare che, sotto il profilo dei contenuti, c'è stata una grande attenzione alle tematiche più strettamente connesse ai principi dello Stato socialista, al ruolo del partito comunista, all'ordinamento giudiziario e alle clausole di irrevocabilità.

Una piattaforma indipendente, che ha consentito di sviluppare un dibattito non ufficiale sul progetto costituzionale, è stata gestita da quattro accademici dell'Università dell'Avana sul sito Internet "*Postdata.club*". Fondata nel 2016 da tre giornalisti e un *Data Scientist*, tale piattaforma è dedicata al *Data Journalism*. Il 13 agosto 2018 ha lanciato una sezione in cui esprimere opinioni sul progetto costituzionale, sia nel suo insieme che sui singoli articoli. Il 13 agosto 2018 è stato creato anche un gruppo *Facebook*, chiamato "*Reforma constitucional de la Republica de Cuba*", composto da 2.154 membri. Dalla sua creazione fino al 20 novembre, le statistiche offerte da *Facebook* hanno mostrato che oltre 2000 utenti hanno partecipato al dibattito. Sono state create un totale di 1739 *post*, che hanno richiamato oltre 11.000 commenti e circa 20.000 reazioni⁶⁰, a dimostrazione dell'interesse e dell'importanza attribuiti al processo costituente⁶¹.

A conclusione del processo partecipativo, il Ministero ha ricevuto un totale di 2.125 proposte. Statistiche descrittive della natura e del contenuto delle consultazioni popolari sono state pubblicate sul sito dell'ANPP.

Il coinvolgimento del 77,89% dei residenti cubani nella consultazione popolare che ha preceduto il *referendum* costituzionale offre un dato inequivocabile circa il grado di partecipazione della società civile cubana al processo costituente, questa volta espresso anche attraverso l'utilizzo di Internet.

La Costituzione è stata sottoposta a *referendum* popolare il 24 febbraio 2019. L'86,6% di elettori cubani ha approvato la Carta costituzionale, mentre i voti contrari sono stati il 9%. Complessivamente, sono stati 7,8 milioni i cubani che hanno partecipazione alla consultazione referendaria, su 9,2 milioni di aventi diritto, con una partecipazione pari all'84%⁶².

Questi elementi distintivi segnalano, dunque, un mutamento in atto nel sistema marxista-leninista cubano, in cui il partito comunista sembra chiamato a esercitare il ruolo di avanguardia nell'ambito di un inedito e articolato sistema di partecipazione popolare.

⁶⁰ In merito al ruolo esercitato dai *Social Network* nel processo costituente si veda l'ottima ricostruzione di L. Catá Backer, F. Spiano, J. Korman, *Popular Participation in the Constitution of the Illiberal State. An Empirical Study of Popular Engagement and Constitutional Reform in Cuba and the Contours of Cuban Socialist Democracy 2.0*, in ssrn.com/abstract=3383172.

⁶¹ Un altro elemento interessante del gruppo *Facebook* è il carattere internazionale del dibattito. Secondo le statistiche di gruppo, i suoi membri provengono da 58 paesi. Nel complesso, il 58% partecipa da Cuba e il 42% dall'estero. Ciò dimostra che, nonostante le migliori condizioni di connettività che comunemente esistono al di fuori di Cuba, il dibattito non ha fatto molta presa al di fuori dei confini nazionali. In merito, si veda la dettagliata analisi di L. Catá Backer, F. Spiano, J. Korman, *Popular Participation in the Constitution of the Illiberal State. An Empirical Study of Popular Engagement and Constitutional Reform in Cuba and the Contours of Cuban Socialist Democracy 2.0*, cit. 68-69.

⁶² Deve sottolinearsi che se la campagna pubblicitaria per il "NO" è stata quasi del tutto assente sugli organi di stampa e i media statali, mentre l'Hashtag #YoVotoNo ha conosciuto una certa diffusione sui *Social Network*, anche in ragione dell'opposizione delle chiese evangeliche alla proposta di apertura al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Un dato interessante che conforta la tesi appena esposta può essere ricercato nel risultato referendario, dal quale emerge una percentuale di voti negativi – certamente non decisiva ai fini del risultato finale – ma che invece sembra acquisire un forte significato dal punto di vista del dato squisitamente politico, in quanto indice – rispetto al passato – di una maggiore dinamicità e pluralità di posizioni a livello del corpo elettorale, con relativo indebolimento della capacità di controllo diretto del partito sulla pubblica opinione. Come da qualcuno affermato, «These political tasks would have to be judged not by the extent of popular affirmation, but to the extent of the failure of such affirmation. Recall, again, that the object of the plebiscite was not to secure a majority vote (the liberal democratic model), but to gauge the extent that the PCC was able to effectively lead the population as well and the correct choices that the PCC made in that task. One can gauge that only by a deep analysis of those who failed to affirm»⁶³.

6. Gli strumenti di partecipazione “diretta” nella Costituzione del 2019

Passando ad elencare i singoli istituti di partecipazione, la Costituzione del 2019 ha apportato poche modifiche rispetto alla Carta del 1976, i quali sembrano soprattutto incidere sul piano di una maggiore visibilità e razionalizzazione degli stessi. A tal proposito, nel nuovo testo costituzionale è stato inserito – nel capitolo II intitolato “*Derechos*” – l’art. 80 Cost., che ha elencato gli strumenti partecipativi riconosciuti dalla Carta costituzionale, mediante i quali i cittadini cubani «*tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder del Estado*». In forza di tale assunto di principio, nel rispetto della Costituzione e delle leggi, essi possono: «a) *estar inscriptos en el registro electoral*; b) *proponer y nominar candidatos*; c) *elegir y ser elegidos*; d) *participar en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática*; e) *pronunciarse sobre la rendición de cuenta que les presentan los elegidos*; f) *revocar el mandato de los elegidos*; g) *ejercer la iniciativa legislativa y de reforma de la Constitución*; h) *desempeñar funciones y cargos públicos*, y i) *estar informados de la gestión de los órganos y autoridades del Estado*».

Il testo costituzionale ricomprende, dunque, nel principio della partecipazione tutti gli strumenti che vedono, in qualche forma, l’intervento popolare, senza operare distinzione alcuna in rispetto al ruolo che il popolo viene in essi ad esercitare. Ciò si coniuga con il concetto di unicità del *Poder Popular* e, dunque, di centralismo democratico, dal quale discende la peculiare concezione della strutturazione e dell’esercizio del potere politico.

La Costituzione del 2019 – in una linea di continuità con la Carta del 1976 – pone, quali canali diretti di partecipazione popolare, la partecipazione elettorale, l’iniziativa legislativa e costituzionale, il *referendum* e il plebiscito.

Quanto all’esercizio del voto, il capitolo I del Titolo IX, intitolato “Sistema elettorale”, all’art. 204, stabilisce – similmente a quanto già previsto nella Carta del

⁶³ Così L. Catá Backer, F. Spiano, J. Korman, *Popular Participation in the Constitution of the Illiberal State*, cit., 37.

1976 – che «todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes eligidos para integrar los Organos del Poder Popular, y a participar, con ese propósito, en la forma prevista en la ley, en elecciones periódicas y referendos populares, que serán de voto libre, igual y secreto».

La base teorica del sistema elettorale cubano è che l'essenza democratica non è solo nel voto, ma anche nella partecipazione della popolazione alla formazione delle candidature. Il 50% delle candidature per le Assemblee provinciali e per quella nazionale deve essere fatta tra i delegati già eletti alle assemblee municipali. Gli altri nominativi devono essere proposti dalle *Comisiones de Candidaturas*, insediate a livello municipale, provinciale e nazionale.

Ponendosi in linea di continuità con la previgente normativa, l'art. 153.1 della nuova Legge elettorale del 2019, prevede che di tali commissioni facciano parte i membri dell'Associazione nazionale piccoli agricoltori, dei Comitati di Difesa della Rivoluzione, della Federazione Donne Cubane, della Federazione Studentesca Universitaria e della Federazione degli Studenti Medi. A tali organizzazioni di massa appartiene la stragrande maggioranza dei quasi 8 milioni di cittadini di età superiore ai 16 anni aventi diritto di voto. Esse rappresentano un elemento di particolare significato sul fronte della partecipazione politica, quale vero e proprio anello di congiunzione tra l'elettorato e gli organi rappresentativi.

Ai sensi dell'art. 165 della legge elettorale, alla *Comision de Candidaturas Nacional* spetta il compito di individuare, tra l'altro, i candidati alla carica di deputati dell'ANPP, nonché i candidati alle cariche di presidente, vicepresidente, segretario e degli altri membri del Consiglio di Stato, nonché i candidati alla carica di Presidente e Vicepresidente della Repubblica.

Anche la campagna elettorale è rigidamente disciplinata e i candidati partecipano a incontri organizzati con gli elettori nei centri di lavoro, nell'ambito di pubbliche conferenze e altri luoghi pubblici. Questi incontri vengono effettuati con la partecipazione di tutti i candidati.

In ragione dell'entrata in vigore della nuova Costituzione, il 13 luglio 2019, l'ANPP ha approvato – all'unanimità – una nuova legge elettorale, che ha stabilito tre tipologie di elezioni: municipali, dove vengono eletti i delegati alle assemblee comunali, e per la scelta dei deputati dell'ANPP e, infine, per i governatori, nuova figura istituita dal testo costituzionale.

La procedura elettorale non muta per quanto concerne l'elezione dei delegati municipali, che sono scelti mediante suffragio universale diretto, mentre i componenti dell'ANPP continueranno ad essere scelti attraverso le "Commissioni delle Candidature".

La nuova legge elettorale vieta la possibilità di svolgere campagne elettorali e, dunque, di sostenere finanziariamente la partecipazione alle elezioni di singoli candidati. L'unica forma di pubblicità ammessa è l'allestimento, nei luoghi pubblici, di bacheche sulle quali viene affissa una breve biografia dei singoli candidati.

Tra gli strumenti di partecipazione diretta, la Costituzione, come già accennato, prevede l'istituto dell'iniziativa legislativa popolare, di cui all'art. 164,

lett. k), Cost. L'iniziativa spetta ai cittadini, in numero di 10.000 elettori, mentre non è più prevista l'iniziativa legislativa delle organizzazioni di massa⁶⁴, di cui all'art. 88, lett. d) della Costituzione del 1976⁶⁵. Come già previsto dai Regolamenti dell'ANPP, l'iniziativa legislativa popolare cubana richiede – da parte dei promotori – la predisposizione di un progetto di legge con una base ampia di dati relativi ai profili di fattibilità economica, sociale e legale. Il progetto, prima della sua presentazione, deve essere visionato con appositi organismi e agenzie che ne verificano la conformità alle norme costituzionali e regolamentari.

Una delle più importanti novità del testo costituzionale del 2019 è dato dall'introduzione dell'iniziativa legislativa popolare in materia costituzionale⁶⁶. Difatti, ai sensi dell'art. 227 Cost., l'iniziativa per modificare la Costituzione spetta al Presidente della Repubblica, al Consiglio di Stato, al Consiglio dei Ministri, ai deputati dell'Assemblea nazionale, al *Consejo Nacional de la Central de Trabajadores* e, infine, ai cittadini «mediante petición dirigida a la Asamblea Nacional del Poder Popular, suscrita ante el Consejo Electoral Nacional, como mínimo por cincuenta mil electores». Il disposto costituzionale rinvia poi alla legge il compito di stabilire il procedimento, i requisiti e le garanzie per la sua attuazione. Tuttavia, il disposto parla di una partecipazione proattiva e non vincolante, che quindi limita la possibilità di azione dei cittadini, sottoponendola all'approvazione dell'ANPP. Ciò trova altresì conferma all'art. 103 Cost., ai sensi del quale, «La Asamblea Nacional del Poder Popular es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República».

Accanto all'iniziativa legislativa popolare, l'art. 61 Cost. riconosce altresì in capo ai cittadini il diritto di presentare reclami o petizioni ai pubblici poteri, i quali sono tenuti a prendere in considerazione tale richiesta e di rispondere in maniera adeguata e tempestiva.

Inoltre, nel *genus* degli istituti di partecipazione diretta previsti dalla Carta del 2019 si collocano il *referendum* e il plebiscito. Ai sensi dell'art. 108, lett. v) Cost., solo l'Assemblea nazionale popolare ha la potestà di indire un *referendum* o un plebiscito, in tutti i casi in cui reputa necessario raccogliere il parere del corpo elettorale su questioni di particolare rilevanza nazionale. Inoltre, l'art. 228 Cost. prevede il ricorso al *referendum* nell'ambito della procedura di revisione costituzionale, in caso di riforma totale del testo o se la modifica incide sulle competenze dell'Assemblea Nazionale Popolare, del Consiglio di Stato e sul catalogo dei diritti.

⁶⁴ Associazione dei piccoli agricoltori (ANAP), Federazione delle Donne cubane (FMC), Comitato nazionale della centrale dei lavoratori di Cuba (CTC), Direzioni Nazionali delle altre organizzazioni di massa e sociali (OMS).

⁶⁵ Dal 1976, tale iniziativa è stata esercitata dai cittadini solo nel 2002. L'iniziativa promossa dalla direzione nazionale della OSM viene avanzata con regolarità (ad esempio, la *Federacion delCodigo de Familia* e l'*Asociacion Nacional de Agricultores Pequeños* lo ha fatto in ambito agrario). Il suo utilizzo non ha mancato di presentare elementi di contraddittorietà: l'iniziativa legislativa non può essere utilizzata sulle questioni costituzionali, però, nel 2002, sono state le direzioni nazionali della OSM a proporre la riforma costituzionale.

⁶⁶ È interessante notare che tale istituto era presente nel testo costituzionale del 1940 (art. 285).

Dal punto di vista costituzionale, la dottrina cubana ha inizialmente individuato una distinzione tra questi due istituti per quanto concerne l'oggetto; è stato sostenuto che con il *referendum* l'ANPP sottopone alla cognizione dell'elettorato una questione di natura giuridica suscettibile di convertirsi in norma, mentre il plebiscito viene utilizzato su un atto di natura politica. Tuttavia, in tale definizione viene a mancare un reale elemento distintivo in grado di differenziare la portata dei due istituti. Sotto una seconda lettura, il termine plebiscito viene utilizzato per indicare un voto popolare espresso in merito a eventi politici eccezionali non previamente disciplinati dal testo costituzionale⁶⁷. Ma, secondo un terzo – e più condiviso – filone di pensiero, i due istituti si distinguono in ragione dell'organo abilitato ad attivarli. In tale prospettiva, la loro natura viene sempre definita plebiscitaria allorché i promotori sono l'organo legislativo (o anche esecutivo)⁶⁸.

Accanto al *referendum*, in linea con quanto già previsto dalla Carta del 1976, la nuova Costituzione cubana, all'art. 108, lett. c), conferma lo strumento partecipativo della "*Consulta popular*", che può essere utilizzato dall'ANPP «quando lo estime procedente en atención a la índole de la legislación de que se trate». Come già osservato, si tratta di uno strumento cui il nucleo avanguardista ha fatto più spesso ricorso nell'ambito del processo di ammodernamento del socialismo cubano⁶⁹. Esso si è altresì sempre posto in stretta interdipendenza con l'istituto referendario, come ben emerge dall'esperienza costituzionale cubana. Il primo è sempre stato utilizzato per preparare l'indizione referendaria e legittimarla come esercizio autentico della sovranità popolare.

6.1. (Segue): Gli strumenti di partecipazione "indiretta"

Tra gli istituti di partecipazione indiretta, si possono collocare la revoca del mandato e la "*rendición de cuentas*". Entrambi tali istituti erano presenti nella Carta del 1976 e si legano, in maniera pervasiva, alla concezione leninista della democrazia e del controllo popolare diretto, come principio centrale della stessa. La revoca viene concepita come un tratto distintivo del sistema politico socialista e come una manifestazione del diritto di partecipazione popolare. In questa ottica,

⁶⁷ Così N. Bobbio, *Dizionario di politica*, Torino, 1983, 171.

⁶⁸ D. Altman, *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge, 2011; Id., *Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados?*, in *Perfiles Latinoamericanos*, 2010, 9 ss.

⁶⁹ Esso rappresenta uno degli istituti di partecipazione più significativi nell'architettura costituzionale del socialismo cubano, utilizzato da Fidel Castro per rinsaldare i legami con il suo popolo. Si pensi che tale strumento venne utilizzato già nella fase di elaborazione della Costituzione del 1976, in cui il progetto costituzionale venne discusso da 6.200.000 cittadini raggruppati in organizzazioni politiche e di massa, così come i combattenti nelle unità militari e i collettivi delle missioni all'estero. Oltre 16.000 persone proposero modifiche o aggiunte, sia nei riguardi del Preambolo e di 60 dei 141 articoli del testo. Successivamente alla sua entrata in vigore, svariati progetti di legge sono stati discussi nelle consulte popolari: la Legge n. 16/1978 (infanzia e gioventù); il codice penale del 1979; il Codice del Lavoro del 1984; la legge sulle cooperative agricole del 1982. I c.d. "*Parlamentos Obreros*" si riunirono nel 1993 al fine di discutere le misure del nuovo sistema tributario. Infine, le "*Asambleas Campesinas*" furono consultate nel 2001 sul progetto di legge riguardante le società cooperative.

nell'elettore risiede la sovranità statale e, in tale veste, mantiene una serie di prerogative politiche che sono inerenti a tale funzione e non delegabili. Ciò che viene delegato non è la sovranità statale all'organo rappresentativo, ma solo determinate funzioni, le quali sono sottoposte a stretto controllo popolare. Solo in questa ottica, la teoria leninista ammette la possibilità che vi possa essere una forma di rappresentanza politica. Un fattore importante è che tali meccanismi devono considerarsi permanenti e che la loro applicazione è da ritenersi fondamentale per la legittimazione democratica delle cariche elettive.

Ai sensi dell'art. 101, lett. c), Cost., «los elegidos tienen el deber de rendir cuenta de su actuación periódicamente y pueden ser revocados de sus cargos en cualquier momento». Inoltre, l'art. 116 Cost., stabilisce che i componenti dell'ANPP possono «ser revocado su mandato en cualquier momento, en la forma, por las causas y según los procedimientos establecidos en la ley», analogamente ai membri delle assemblee municipali⁷⁰. Possono essere revocati anche i componenti del Consiglio di Stato dall'Assemblea Nazionale che li elegge nel suo seno, o da un altro membro dello stesso organo⁷¹. Secondo la *Ley de la Revocación del Mandato de los elegido a los órganos del Poder Popular*⁷², la revoca può intervenire in tre fattispecie espressamente elencate: a) ripetuta violazione degli obblighi derivanti dal mandato conferito; b) commissione di fatti che «desmerecer de buen concepto publico»; c) manifestazione di una condotta incompatibile con l'onore propria del rappresentante del popolo in un organo del *Poder Popular*.

La portata dell'istituto in parola è piuttosto circoscritta, in quanto il potere di revoca è riconosciuto all'elettorato in forma diretta solo se riguarda un delegato di un'assemblea municipale. Diversamente, nel caso dovesse riguardare un delegato provinciale o un deputato, la facoltà di revoca spetta all'Assemblea Municipale del territorio in cui il rappresentante è stato eletto⁷³. Il carattere irrituale della procedura di revoca trova altresì conferma nella presenza di una «Comisión Ética» ha il compito di analizzare la richiesta e ritenere che non vi siano motivi fondati per procedere alla revoca, incluso quando si tratta dei delegati municipali con doppia rappresentanza, l'intervento della Commissione in parola può bloccare la procedura.

Per quanto concerne la *rendicontación de cuentas* essa viene a qualificarsi come un vero e proprio dovere costituzionale di tutti gli organi e funzionari dello Stato. Dal canto loro, i delegati hanno l'obbligo di realizzare assemblee di *rendicontación*

⁷⁰ Art. 196 Cost.

⁷¹ Cfr. R.F. Peña Barrios, *La revocatoria de mandato en Cuba: una historia de encuentro y desencuentros*, in *Derecho y Crítica Social*, 2017, 223 ss.

⁷² Art. 5, *Ley de la Revocación del Mandato de los elegido a los órganos del Poder Popular*.

⁷³ Art. 6, *Ley n. 89/99*: «La facultad para revocar a que se refiere esta ley se rige por lo siguiente: a) los delegados a las Asambleas Municipales solo pueden ser revocados por los electores de la circunscripción en que fueron elegidos; b) los delegados a las Asambleas Provinciales y los diputados a la Asamblea Nacional solo pueden ser revocados por la asamblea del municipio por donde fueron elegidos (...)».

de cuentas due volte l'anno, al fine di rispondere alle sollecitazioni e alle richieste provenienti dalla comunità⁷⁴.

Deve però subito chiarirsi che il precetto costituzionale non è chiaro, in quanto esso stabilisce il dovere degli eletti di render conto del proprio operato, ma non sancisce il diritto degli elettori affinché venga azionato tale controllo. Infatti, l'art. 195, lett. d), dichiara che è un dovere dei delegati delle assemblee municipali del *poder popular*, render conto periodicamente ai propri elettori del proprio operato, ma rinvia alla legge ordinaria il compito di disciplinare l'analogo procedimento per quanto riguarda le assemblee provinciali e i deputati dell'assemblea nazionale⁷⁵.

7. Verso un modello di “*Deliberative Democracy*” degli ordinamenti di matrice marxista-leninista?

La Carta costituzionale del 2019 sembra confermare l'assunto che vede, nell'ordinamento cubano, l'assoluta primazia del principio di effettività sul dato formale. Difatti, benché dall'analisi del testo non emergano rilevanti novità in tema di partecipazione popolare, l'esperienza costituzionale che ha portato alla stesura della nuova Carta consegna, in parte, un quadro diverso, caratterizzato dalla progressiva affermazione di un diretto coinvolgimento del popolo nelle scelte riguardanti il futuro dell'assetto socialista del paese. Tale tendenza sembra aver inciso con una certa forza sulla forma di governo e sul sostrato ideologico ad essa sotteso, segnando un progressivo distacco da una visione avanguardista all'individuazione di uno “spazio” – anche se provvisorio – di partecipazione⁷⁶, caratterizzato, a sua volta, dall'apertura di canali di dialogo permanenti tra la base e la *leadership*.

Ad oggi, non è agevole prevedere quale potrà essere la parabola evolutiva dell'ordinamento, ma sembra comunque chiaro che la recente riforma costituzionale non riguarda solamente un mero ammodernamento del dettato normativo al fine di adeguarlo alle mutate esigenze del progetto socialista.

La nuova Costituzione – unitamente ai tre documenti approvati dal PCC (*Lineamientos*, *Conceptualización* e PNDES) – hanno consacrato sul piano formale lo sviluppo di una rinnovata concezione del socialismo che trova il suo perno centrale in pervasive e diffuse pratiche partecipative e deliberative, entrambe intese non a sostituire i meccanismi esistenti, ma ad arricchirli mediante la discussione e

⁷⁴ N. Amaro, *Decentralization, Local Government and Citizen Participation in Cuba*, 30-11-1996, consultabile al Link www.ascecuba.org/asce_proceedings/decentralization-local-government-and-citizen-participation-in-cuba/

⁷⁵ A. Noguera Fernández, *Análisis jurídico y propuestas dentro del contexto cubano para su perfeccionamiento*, in *Foro Internacional*, 185, XLVI, 2006, 493-512.

⁷⁶ Secondo Homero Costa, membro del Consiglio di Stato, la Costituzione rappresenta «una obra colectiva y la futura Constitución se construye con el aporte de todo el pueblo. Sin vanidad podemos afirmar que estamos ante un ejercicio único de democracia real y efectiva y de un proceso constituyente igualmente paradigmático con el pueblo como protagonista verdadero [...] un claro ejemplo de democracia participativa y efectiva que distingue el proceso y lo hace diferente» (consultabile al Link cubapossible.com/homero-acosta-la-futura-constitucion-una-obra-colectiva/).

il confronto tra tutti i soggetti interessati⁷⁷. Non viene, dunque, sconfessato il momento del “voto”, ma lo si arricchisce facendolo precedere da allargati processi di confronto e di discussione a livello popolare, basati sulla tecnica dell’argomentazione, al fine di dimostrare la correttezza in sé della soluzione proposta e la sua accettazione da parte di tutti.

Se, tale tendenza potrebbe, a tutta prima, leggersi alla luce dell’esigenza del nucleo rivoluzionario cubano di ricercare una base ampia di legittimazione alle scelte operate, essa sembra riduttiva e richiede una riflessione più ampia che va focalizzata alla luce della tendenza a curvare verso una concezione “discorsiva” e “trasformativa” del modello socialista, in cui la decisione non viene assunta mediante un processo di aggregazione del consenso, bensì si fonda su una discussione aperta e su uno scambio argomentativo di idee⁷⁸.

E tale lettura assume contorni di più spiccato interesse se si colloca l’evoluzione dell’ordinamento cubano in un panorama più ampio, che consente di registrare come un analogo mutamento sia in atto anche all’interno di un altro ordinamento di matrice marxista-leninista, ossia quello cinese.

Entrambe tali esperienze – pur distanti in ragione della diversità dei contesti storici, culturali, politici ed economici – segnano un’evoluzione dei rispettivi ordinamenti verso l’implementazione di un paradigma di “*deliberative democracy*”, che viene a definirsi e ad affermarsi al di fuori dei principi democratico-liberali⁷⁹.

In Cina, in occasione del XIX Congresso nazionale del Partito Comunista cinese, svoltosi nel 2017, il Segretario Generale Xi Jinping ha delineato, nel suo intervento, i tratti principali del sistema politico-istituzionale cinese, facendo ricorso al concetto di “*deliberative democracy*”, ove «l’essenza della democrazia è che i singoli possono discutere insieme delle questioni che li riguardano». Xi Jinping ha, dunque, individuato nella democrazia deliberativa la «forma unica di

⁷⁷ In relazione all’esperienza cubana è forse possibile individuare la concretizzazione sia di forme democratiche partecipative che deliberative. Pur essendo impossibile tracciare una linea netta di separazione tra tali due modelli, è tuttavia possibile osservare che la democrazia partecipativa attiene, in prevalenza, a forme concrete di coinvolgimento dei cittadini nell’ambito di individuati e circoscritti processi decisionali, mentre la democrazia deliberativa deve la sua origine all’accezione inglese “*deliberative*”, che non significa “*decisionale*”, ma “*discorsivo*” e, dunque, si basa su un confronto argomentativo tra i soggetti coinvolti. Come noto, la teoria della democrazia deliberativa affonda le sue radici in molteplici lavori scientifici, tra cui quelli di Dewey, Follett, Elster, Dryzek. Ed è stato proprio Dryzek a ritenere che «la democrazia deliberativa richiede la trasformazione delle preferenze in una interazione», attraverso l’interazione che si sviluppa tra più soggetti nell’ambito di un processo argomentativo. L’uso della ragione porta poi i soggetti a raggiungere la soluzione migliore. I tratti distintivi del processo deliberativo possono enuclearsi nel rapporto di parità tra i partecipanti, nel dialogo quale forma esplorativa di conoscenza, l’influenza sulle scelte finali. Cfr. J.S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond, Liberals, Critics and Contestation*, Oxford, 2000; J. Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998; R. Lewanski, *La democrazia deliberativa*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2012, 885 ss.

⁷⁸ Così A. Floridia, *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Roma, 2012.

⁷⁹ C. Pateman, *Participatory democracy revisited*, in *Perspectives on Politics*, 10, 2012, 7-19; E. Peruzzotti, A. Selee, *Participatory Innovation and Representative Democracy in Latin America*, in A. Selle, E. Peruzzotti (cur.), *Participatory Innovation and Representative Democracy in Latin America*, Baltimore, MD, Washington, DC, 2009; Y. Sintomer, C. Herzberg, G. Allegretti, G. Röcke (cur.), *Learning from the South: Participatory Budgeting WorldWide. An invitation to Global Cooperation*, Bonn, InWEnt gGmbH, Capacity Building International.

democrazia socialista cinese», le cui origini sono state ricercate «nella tradizione cinese, nell'apprendimento reciproco e nell'inclusione, che ha visto da sempre il popolo cinese alla ricerca di un terreno comune pur ammettendo le differenze». Secondo la ricostruzione proposta, la democrazia deliberativa arricchisce la democrazia basata sul voto, in quanto fondata sul coinvolgimento e sulla partecipazione di tutti i settori della società. Secondo Xi Jinping, queste due diverse forme di democrazia – elettorale e deliberativa – non sono in antitesi, bensì si completano a vicenda e costituiscono «le caratteristiche e i punti di forza istituzionali della democrazia socialista»⁸⁰.

Come può evincersi dalle parole di Xi Jinping, l'uso del termine “democrazia” (*minzhu*) è ricorrente nella retorica politica del partito comunista cinese. È interessante notare che il termine “*democrazia*” è al secondo posto nella lista dei dodici valori fondamentali del partito comunista cinese, in linea con quella che Xi Jinping definisce la «splendida cultura tradizionale cinese». Dunque, se la democrazia che il partito comunista cinese ha in mente deve essere radicata nella “tradizione cinese”, chiaramente fa riferimento a un modello diverso da quello liberale. Secondo l'agenzia di stampa ufficiale cinese “Xinhua”, il termine “democrazia” presenta un significato più ampio e più profondo di quello che viene solitamente utilizzato per indicare un sistema politico basato, tra l'altro, su elezioni competitive, multipartitismo e regole maggioritarie. Il «*minzhu*» di derivazione cinese, secondo la ricostruzione scientifica offerta dalla dottrina cinese, deriva dal principio del “primato del popolo” («*yi min wei zhu*»), nonché dall'affermazione secondo cui «il popolo è il solo fondamento dello Stato». Tali principi hanno poi contribuito alla definizione dei tratti della teoria – propria del partito comunista cinese – della “*mass line*”⁸¹. Nel contesto attuale, il modello cui i membri del partito sembrano ispirarsi, non è tanto, dunque, quello della democrazia rappresentativa incarnata dalla presenza dell'Assemblea Popolare – le cui origini si ricollegano direttamente all'esperienza sovietica – quanto quello che la dottrina occidentale definisce “*deliberative democracy*”. Difatti, sono molti gli autori cinesi che richiamano gli scritti del politologo australiano John Dryzek come fonte di idee per migliorare le relazioni tra partito e masse popolari. E sono altresì molti coloro che individuano nella democrazia deliberativa – più che nella democrazia elettorale – il modello ideale per governare un Paese complesso e diversificato come la Cina⁸².

⁸⁰ In tema, cfr. J.P. Horsley, *Public Participation and the Democratization of Chinese Governance*, in Y. Zhong, S. Hua (cur.), *Political Civilization and Modernization: The Political of China's Reform*, Singapore, 2006; G. Yidong, *Public Hearings: Driving the Engine of Democracy in China*, in *China Daily*, 2006 (www.chinadaily.com.cn/china/2006-10/05/content_701880.htm); Larry Cata Backer, *Crafting a Theory of Socialist Democracy for China in the 21st Century: Considering Hu Angang's Theory of Collective Presidency in the Context of the Emerging Chinese Constitutional State*, in *Asian Pacific Law and Policy Journal*, 2014, 29-82.

⁸¹ Cfr., su questi aspetti, L. Tsai, *Accountability Without Democracy: Solidary Groups and Public Goods Provision in Rural China*, New York, 2007.

⁸² In tal senso, cfr. E.J. Leib, H. Baogang, *The Search for Deliberative Democracy in China*, Palgrave Macmillan, New York, 2006; E. Perry, *The Populist Dream of Chinese Democracy*, in *The Journal of Asian Studies*, n. 74, 2015, 903-915.

Sul piano dell'azione politica, Jiang Zemin, ex segretario generale del Partito comunista, ha per la prima volta delineato i contorni di una *policy* di tipo deliberativo in occasione del XV Congresso del partito nel 1997, dove ha richiamato i principi dell'autogoverno e invitato i governi municipali a pubblicizzare le decisioni assunte, coinvolgendo i cittadini nei dibattiti e nei processi di approvazione. Successivamente, nel Congresso svoltosi nell'ottobre 2000, il Partito comunista cinese ha approvato il concetto di «espansione dei cittadini negli affari politici in modo ordinato». Nello stesso anno, l'Assemblea nazionale popolare ha previsto, per la prima volta, che i cittadini devono «partecipare alla legislazione attraverso vari canali». La successiva normativa regolamentare approvata dal Consiglio di Stato nel 2002 ha specificato che, a livello locale, i governi municipali e le loro agenzie devono “ascoltare” le opinioni della popolazione e può farlo attraverso commenti scritti, seminari, riunioni di esperti, audizioni⁸³.

Attualmente, oltre il 70% dei governi locali cinesi ha previsto processi e istituti di deliberazione, sottoforma di assemblee, dibattiti aperti, audizioni e sondaggi. A livello territoriale, se si esaminano i principali modelli di bilancio partecipativo di Qingxian, il “percorso evolutivo” di Wenling e il “percorso di trasparenza” di Jiaozuo, si può notare come gli stessi siano stati avviati dal partito comunista per rispondere a precise istanze provenienti dal basso, ma hanno poi assunto forme evolutive autonome⁸⁴.

La pur breve analisi in chiave comparata evidenzia, dunque, un forte interesse dei regimi marxisti-leninisti nei riguardi di forme di “*deliberative democracy*” che sembrano enucleare sia la teoria, propria di tali regimi, del contatto diretto e permanente con le masse, sia – in forma più profonda – il concetto di “*deliberative democracy*”⁸⁵, che individua, come noto, un modello nel quale la volontà

⁸³ Y. Xiaojun, X. Ge, *Participatory Policy Making Under Authoritarianism: The Pathways of Local Budgetary Reform in the People's Republic of China*, in *Policy & Politics*, vol. 44, n. 2, 2016, 2015-234.

⁸⁴ Dal 1996 al 2000 a Wenling, un comune con quasi un milione di abitanti, oltre 1190 incontri deliberativi e consultivi si sono svolti a livello di villaggio, 192 a livello di municipalità e 150 in organizzazioni governative, scuole e imprese statali. Molti di questi incontri hanno affrontato questioni come l'approvvigionamento idrico, la raccolta dei rifiuti, la scuola, i salari, i contratti sulla terra. Wenling ha, inoltre, organizzato *forum* deliberativi chiamati “*kentan*” (“discussioni a cuore”) per oltre un decennio. Zuego Township, una suddivisione di Wenling, ha un *forum* annuale per discutere le questioni di bilancio. A Wuhan e Fujian, i cittadini sono in grado di presentare un'agenda per le deliberazioni. Il Consiglio di Stato ha approvato documenti ufficiali che stabiliscono che, nelle deliberazioni ufficiali, dovrebbero essere presentati i pro e i contro di ciascuna *policy*. Se il governo non adotta o approva una particolare opinione politica, deve elencare tutti i motivi per cui non lo ha fatto e le prove a sostegno dei suoi argomenti. Su questi aspetti, cfr. J.P. Horsley, *Public Participation in the People's Republic: Developing a More Participatory Governance Model in China*, in [law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Intellectual Life/CL-PP-PP in the PRC FINAL 91609.pdf](http://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Intellectual%20Life/CL-PP-PP%20in%20the%20PRC%20FINAL%2091609.pdf)

⁸⁵ Nel caso cinese, modelli di democrazia deliberativa sono soprattutto radicati a livello locale. Rientrano in questa categoria i forum deliberativi di Wenling (*kentan*), nonché gli incontri di Wuhan e Fujian. Nelle pratiche deliberative di Fujian, i cittadini della provincia possono – attraverso la presentazione di una istanza con almeno 15 sottoscrizioni – richiedere la convocazione di un incontro e, in tale sede, presentare una vera e propria agenda in cui inserire all'ordine del giorno pratiche sulle quali si chiede la deliberazione pubblica. Per l'analisi dei casi di *deliberative democracy* in Cina, cfr. H. Baogang, *How Democratic are Chinese Grassroots*

popolare non viene espressa anche (e soprattutto) attraverso un processo basato sulla discussione pubblica tra gli interessati.

Dalle osservazioni condotte è possibile, in via conclusiva, dedurre due importanti considerazioni. La prima è che, a Cuba e, in parte, in Cina, i partiti avanguardisti, nei limiti consentiti dall'ideologia socialista, stanno tentando di sviluppare forme e modalità permanenti di collegamento con la società civile, favorendo pratiche di impegno diretto della popolazione, nell'ottica di tracciare – in un contesto politico-istituzionale che continua a qualificarsi di tipo “illiberale”⁸⁶ – la linea di sviluppo di un “socialismo 2.0”, che riesca ad adattarsi alle diversificate esigenze del nuovo secolo.

La seconda considerazione rinvia all'emersione, in tali contesti, di uno spazio civico all'interno del quale è possibile individuare forme interessanti e strutturate di partecipazione e di deliberazione popolare, non direttamente condizionate o eterodirette dai gruppi avanguardisti. Per un verso, esso si presenta radicato nella realtà civica delle organizzazioni di massa che caratterizzano la struttura di potere di tali ordinamenti. Ma, per altro verso, tale espressione sembra ora trovare terreno fertile anche nelle nuove tecnologie che, molto probabilmente, nell'arco del prossimo decennio, renderà possibile lo sviluppo di spazi virtuali di partecipazione, in grado di incidere in maniera forte sull'articolazione del potere politico.

Lucia G. Sciannella
Facoltà di Scienze della Comunicazione
Università degli Studi di Teramo
lsciannella@unite.it

Deliberations? An Empirical Study of 393 Deliberation Experiments in China, in *Japanese Journal of Political Science*, 2018, 3 ss.

⁸⁶ Cfr. F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 22(1997), 22 ss.

L'organizzazione territoriale nella nuova Costituzione cubana. Molto rumore per nulla?

di Antonello Tarzia

Abstract: Local Authorities in the new Cuban Constitution. Much ado about nothing?

– This paper provides a study of the regulation of Local Authorities in the 2019 Cuban Constitution. By comparison with the previous constitutional rules and legislation, the Author aims at demonstrating that there are few substantial changes and many problems still remain. One possible solution for local development would be to favour participation through inter-municipal associations to deliver better local public services.

Keywords: Local Authorities; principle of unity of power; hierarchy and principle of double subordination; local development.

585

«Movendo adunque con tre navi, giunse in breve verso quella regione che, credendo durante la prima navigazione un'isola, aveva chiamato Giovanna, e il principio di essa chiamò Alfa e Omega, stimando che ivi fosse la fine del nostro oriente quando in essa il sole tramonta, e del nostro occidente quando il sole nasce. ... Gli abitanti chiamano questo Paese Cuba ... che per gran tempo, a causa della sua lunghezza, credettero continente, trovarono che era isola. Né deve sembrare strano che gli abitanti di essa, mentre era percorsa dai nostri, la dicessero senza fine, perché questa gente, nuda, contenta del poco e dei suoi confini natali, poco assai curava cosa facessero i suoi vicini. Che vi fosse o no qualche altra cosa sotto il cielo, oltre alla terra che premevano coi loro piedi, non sapevano».

[P. Martire d'Anghiera, *De Ordine Novo* (1511), Milano, 1930]

1. Cuba, l'Avana e il municipalismo: suggestioni narrative e antiche forme del diritto

Tanto rimase affascinato dalla immaginata¹ raffigurazione di Cuba di Pietro Martire d'Anghiera che Tommaso Moro la utilizzò come impronta per *Utopia*².

Le suggestioni che da allora l'isola ha suscitato invitano ad una iniziale dismissione delle lenti di lettura dei municipalismi europei odierni, curvate alla patologica ossessione per il decentramento di funzioni, così da schivare ovvie

¹ Cfr. J. Lüdtke, *Fuentes de la Historia de la Lengua Española: Pedro Mártir de Anglería*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2007, in www.cervantesvirtual.com.

² Secondo l'accreditata tesi di E. Martínez Estrada, *El Nuevo Mundo, la Isla de Utopía y la Isla de Cuba*, in *Cuadernos Americanos*, México, a. XII, v. CXXVII, n. 2, 1963, 89 ss.

conclusioni su poscenza del centralismo, debolezza dell'autonomia ed infruttuose comparazioni di “cristalli” con “liquidi”³.

Partendo dal Municipio come “forma” romanistica del diritto⁴, la cui “sostanza” millenaria ha patito importanti “variazioni sul tema comune”⁵ col *triumfo* rivoluzionario, e concentrando l'attenzione sulla *partecipazione* come momento cruciale e strutturante tutta l'organizzazione del potere si può, ragionevolmente, orientare il presente lavoro alle prospettive che al municipalismo cubano potrebbero aprirsi con le nuove norme costituzionali e, soprattutto, con la rivitalizzazione dell'antica coscienza dei sustrati e delle molteplici primogeniture giuridico-amministrative di quella terra⁶.

È di grande momento ricordare che da lì partì Fernando Cortés per approdare a Villa Nueva de Vera Cruz e fondarvi il (mito del) *primer Ayuntamiento*, dando alimento al “*fiel transplanté*”⁷ del vecchio municipio castigliano dell'Età Media, che fu certamente oggetto di varie influenze, ma con sicura predominanza di quella romana, che i Visigoti ebbero conservato⁸.

La circolazione della forma municipale nella gran parte del sistema

³ Ciò che più preoccupava Gino Gorla riguardo ai «problemi della comparazione dopo il sorgere del diritto sovietico» (*Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, 928 ss., spec. 935-937).

⁴ Così, ad esempio, il padre della *Escuela Cubana de Derecho Municipal*, F. Carrera y Justiz: «Si deve al genio romano l'organizzazione municipale, come prima cristallizzazione delle istituzioni politiche locali, *forma eterna sostanziale di questa parte del diritto pubblico*» (*Introducción a la Historia de las Instituciones locales de Cuba*, T. I, La Habana, Lib. é Imp. “La Moderna Poesía”, 1905, 15, corsivo aggiunto).

⁵ G. Gorla, *Diritto comparato*, cit., 935 e *passim*.

⁶ Come ricorda G. Crepaldi (*Il sistema di diritto amministrativo cubano*, Torino, Giappichelli, 2015, 6 ss.), meritano menzione l'istituzione dell'insegnamento di Diritto costituzionale nell'Università dell'Avana affidato a Felix Varela nel 1820 e, nel 1847, contemporaneamente all'istituzione dell'omonimo corso nell'Università di Torino, di quello di Diritto amministrativo, che formava insieme a Diritto pubblico spagnolo e delle Indie una unica cattedra affidata a José María Morilla; nel 1906 Diritto municipale fu affidato a Francisco Carrera y Justiz. Il *Breve Tratado de Derecho Administrativo* di Morilla è la prima opera generale di diritto amministrativo dei territori latinoamericani (o tra le prime, secondo rivendicazioni di primogeniture cilene e brasiliane; v. sul punto, A. Matilla Correa, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba. José María Morilla y el Breve tratado de Derecho Administrativo (1847)*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, 306 ss.; R. Ferreyra, *Derecho Administrativo General y Argentino*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1866, V; B. Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo*, T. I, *Introducción*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, 49, nt. 7; C. Tácito, *Temas de Derecho Público: estudios e pareceres*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, v. 1, 9). «Alla precocità dell'opera di Morilla, tuttavia, non fu riconosciuta la dovuta considerazione neppure in ambito latino-americano... quella di Morilla è un'opera che viene considerata di diritto spagnolo per la condizione coloniale di Cuba, ancorché l'Autore abbia trattato dell'ordinamento speciale di Cuba» (G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, 13).

⁷ Tra coloro che hanno rifiutato la tesi predominante del trapianto, S. Torres Eyra, *El municipio libre en Coahuila*, in F.J. de Andrea Sánchez, *Derecho constitucional estatal (estudios históricos, legislativos y teórico-prácticos de los estados de la República mexicana)*, México, UNAM, 2001, 54 ss.

⁸ Riguardo all'eredità romanistica e alle altre influenze si veda, *ex multis*, J.A. Escudero, *Los orígenes del municipio constitucional*, in AA.VV., *El Municipio constitucional*, Madrid, INAP, 2003, 13 ss.; J.M. Ots Capdequi, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, T. I, Buenos Aires, Instituto de Historia de Derecho Argentino, 1943, 166 e 167; S. Valencia Carmona, *El municipio mexicano: génesis, evolución y perspectivas contemporáneas*, México, INEHRM-UNAM, 2017, 41 ss.

giuridico latinoamericano⁹, quantunque poi attraversato dal “*supremo sueño de Bolívar*”¹⁰, fu veicolata dalla lingua castigliana, che «con las armas y las leyes¹¹ de los castellanos pasó a la América»¹².

Sono tratti profondissimi e persistenti, che nel caso cubano travalicano la pretesa eternità del socialismo¹³ e non rendono ridicibile questa storia a quella della famiglia socialista in terra europea¹⁴. Come si vedrà oltre, mentre a Cuba il socialismo si è innestato su una tradizione municipale che aveva visto immediatamente applicate anche le effimere norme della Costituzione di Cadice sulle competenze proprie degli *Ayuntamientos* (art. 321)¹⁵, in Russia, ancora nella seconda metà del XIX secolo mancavano un concetto equivalente ad autogoverno e forme di attiva partecipazione popolare; quivi, infatti, il governo locale risultava dal «mescolarsi di elementi “democratici”, “autocratici” e “aristocratici”»¹⁶ sui quali

⁹ Non vi è sufficiente spazio in questa sede per ripercorrere la questione delle varie classificazioni del diritto latinoamericano (v., di recente, la ricostruzione di A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, II ed., 2019, 141-150). Si chiarisce, senza poter diffondersi adeguatamente, che questo lavoro muove dalla prospettiva dell’esistenza di un “sistema giuridico latinoamericano” nel senso dato, tra gli altri, da Pierangelo Catalano, come di un sistema di radici (sin dalle *Siete Partidas* di Alfonso X come corpo normativo comune pienamente vigente anche nelle “Indie”), molteplici interdipendenze e contaminazioni europee (che rendono “latinoamericano” preferibile a “iberoamericano”), penetrazione *del* e resistenza *al* diritto statunitense; per motivi diversi da quelli indicati da Catalano, altri autori preferirono “iberoamericano”(tra essi F. de Solá Cañizares, *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho comparado, 1954, e J. Castán Tobeñas, *Los Sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, Reus, 1957). Si v., quindi, P. Catalano, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina (Parte Segunda)*, in www2.units.it; A. Ardao, *Génesis de la idea y el nombre América Latina*, Caracas, 1980, ripubblicato in Id., *América Latina y la latinidad*, México, UNAM, 1993, 26-27, e D.F. Esborraz, *La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista: (I) La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2006, n. 21, 5 ss.; da ultimo, S. Cacace, A. Saccoccio (cur.), *Sistema giuridico latinoamericano*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹⁰ A.C. Sandino, *Plan de realización del supremo sueño de Bolívar*, de 20 de marzo de 1929; v. anche S. Schipani, *El Derecho Romano en el Nuevo Mundo*, in *Ars Iuris*, n. 12, Sección de Estudios jurídicos, 1994, 207 ss., spec. 251-252.

¹¹ Il riferimento, oltre alle *Siete Partidas* è il sistema di *Alcaldes, Regidores* e *Cabildos abiertos*, che José Martí avrebbe poi esaltato come lascito “più puro” della Spagna all’America Latina.

¹² A. Bello, *Gramática de la lengua castellana al uso de los Americanos*, Valparaiso, Imprenta y Librería del Mercurio, 1860, “noción preliminar” n. 3, disponibile in www.cervantesvirtual.com.

¹³ Art. 4 e 229 della Cost. 2019; preambolo e art. 3 della Cost. del 1976 come modificata nel 2002.

¹⁴ Come inquadrata, in riferimento alle vicende del vecchio continente, da R. Sacco, *Il sustrato romanistico del diritto civile dei paesi romanisti*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Torino, UTET, 1971, 741 ss.

¹⁵ Ricorda E. Orduña Rebollo che la Costituzione di Cadice, oltre ad aver segnato la nascita del “municipio constitucional”, merita attenzione «perché con essa nasce la Mancomunidad come figura associativa del costituzionalismo. ... Sebbene in quella Costituzione non si parlò, né nei dibattiti né nel testo, della necessità di associazioni tra Ayuntamientos, è evidente che essa produsse le condizioni che avrebbero obbligato, negli anni a venire, all’unione di municipi per lo svolgimento dei servizi municipali» (*Municipios y provincias. Historia de la organización territorial española*, Madrid, CEPC, 2003, 727); per Cuba si v. O. Hernández Aguilar, *Asociativismo municipal en Cuba. Retomando los antecedentes romanistas para enfrentar sus perspectivas futuras*, in *Revista internacional de Derecho romano*, 2013, 468 ss.

¹⁶ Così M. Ganino, *Nuove tendenze dell’ordinamento locale: l’esperienza della Russia*, in R. Scarciglia, M. Gobbo (cur.), *Nuove tendenze dell’ordinamento locale: fonti del diritto e forme di*

si sarebbe poi sovrapposto il sistema dei *soviet*.

Accadde che, mentre in Spagna, dopo la battaglia di Villalar del 1521, andò sfuocandosi quell'immagine del Municipio¹⁷ tratteggiata con l'avanzamento della *Reconquista* intorno all'*idea* di collettività naturale «ajena a cualquier regulación que no fuese la suya propia»¹⁸ e alla *realità* di “*fueros municipales*” e “*cartas pueblas*”, in taluni casi concesse ben prima della Magna Charta del 1215¹⁹, in America Latina iniziò a rinverdire l'immaginario collettivo del Municipio²⁰.

Nel periodo tra le *Ordenanzas de Cáceres* del 1574 e il *Real decreto* del 27 luglio 1857 i Municipi cubani andarono consolidandosi, con «così vaste facoltà che nessun funzionario politico, ecclesiastico e perfino militare, si ingeriva nelle funzioni senza il beneplacito del *Cabildo* locale»; grazie ad una *Real cédula* del 1529, potevano inviare anche un rappresentante alla corte del Re per esporre necessità e rimostranze contro qualsiasi autorità²¹.

Il decreto del 1857 avviò un percorso di contrazione delle facoltà municipali riconosciute dal diritto speciale dei territori che trovò completamento con il Real Decreto del 21 ottobre del 1878, con il quale si estese a Cuba la *Ley Orgánica Municipal* spagnola del 1877. Si portò così in America il principio di uniformità e l'idea che i Municipi fossero creazione dello Stato, e gli *Alcaldes* e gli *Ayuntamientos* agenti di questo²². Tra i pochi “meriti” riconosciuti alle *Ordenanzas de Concha* contenute nel decreto si annoverano le regole sulla formazione e il controllo del bilancio locale e i primi riferimenti alla “*hacienda pública*” come istituzione giuridica e finanziaria²³.

Nello svolgersi di questi processi storici, l'Avana divenne presto l'interporto commerciale cruciale di frontiera dell'Impero-mondo spagnolo e dell'Economia-

governo nell'esperienza comparata, Trieste, EUT, 2001, 85 ss.; su quegli elementi si sarebbe poi innestato il sistema dei *soviet* che «prevedeva non la distinzione tra Stato ed Enti locali, ma quella tra organi del “potere statale” (i ... *soviet*, cioè le assemblee rappresentative elettive) e organi dell’“amministrazione statale” (i rispettivi esecutivi formati dai *soviet*)» (*ivi*, 88); v. anche Id., *Dallo Zar al Presidente. Ricostruzione del modello di governo della Russia fra trasformazioni costituzionali e continuità*, Milano, 1999, spec. cap. I “Le origini del modello russo”.

¹⁷ *Consejo* in Castilla y León, *cabildo* in Aragón e Navarra, *consel* in Cataluña.

¹⁸ E. Martiré, *El municipio constitucional hispano americano y la sociedad hasta el siglo XIX*, in AA.VV., *El Municipio constitucional*, cit., 221 ss., spec. 223.

¹⁹ Cfr. A.M. Hernández, *Derecho municipal. Parte general*, México, UNAM, 2003, 102.

²⁰ Dell'importanza di tale immaginario collettivo nello sviluppo del “Derecho indiano” scrissero autori come Rafael Altamira y Crivea in Spagna (*España en América*, Valencia, F. Sempere y Compañía editores, 1908, e *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación Indiana*, México D.F., Inst. panamericano de geografía e historia, 1951), e Ricardo Levene in Argentina (*Las Indias no eran Colonias*, Madrid, Espasa-Calpe, Madrid, 1951); si veda, ad es., E. Martiré, *Altamira y Levene, una amistad provechosa*, en www.cervantesvirtual.com.

²¹ F. Carrera y Justiz, *Introducción a la Historia de las Instituciones locales de Cuba*, T. II, cit., 51-54.

²² F. Carrera y Justiz, *ibidem*, 230.

²³ Cfr. N. Tamayo Pineda, J.A. Fernández Estrada, *Devenir, actualidad y futuro del Municipio cubano*, in A. Matilla Correa (cur.), *Tendencias actuales del derecho administrativo*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2017, 105 ss., spec. 109-110.

mondo in formazione, una semiperiferia nel senso dato da Wallerstein²⁴ che, per la sua posizione nella Corrente del Golfo, assurse ad «elemento strutturale necessario dell'economia mondiale come filiale economica, militare e nodo di comunicazioni»²⁵ in cui si realizzavano ingenti plusvalenze nel traffico delle merci, negli scambi monetari e nella prestazione di servizi specializzati²⁶.

La “Nizza del Caribe” fu perciò destinataria di ingenti fondi statali spagnoli per più di tre secoli, e in maggior proporzione che altrove nella Nuova Spagna di “*situados*”²⁷, i fondi intercoloniali destinati ad aumentarne e rafforzarne le difese militari. L'Avana consolidò progressivamente la natura di “complesso urbano transfrontaliero” di dirimpetto alla Florida e di collettore in un sistema di vasi comunicanti il cui altro polo era Siviglia; divenne colonia più ricca della metropoli, enclave assurda nella seconda metà del XVIII secolo a centro di coordinamento ed erogazione di servizi di una economia agroalimentare incentrata sull'esportazione dello zucchero. L'importanza di Cuba nell'impero spagnolo era attestata dall'essere sede – soprattutto Santiago e l'Avana – di *Capitanías Generales* in quanto *territorio de ultramar* e non semplice colonia, che autorizzava autonomia sotto largo uso del principio che il rigido Diritto delle Indie “*se acata, pero no se cumple*”.

Così, scrisse un viaggiatore asturiano, nell'Avana del XIX secolo «si era inoculato, più che altrove nell'America spagnola, ... l'*espíritu progresivo* degli Stati Uniti, con i quali intesseva relazioni intellettuali e commerciali»; al pari delle città europee, in essa albergavano «leggerezza e libertà di costumi»²⁸.

Tanta era la ricchezza accumulata che quando le riforme mercantilistiche borboniche annichirono le flotte e l'indipendenza messicana azzerò i *situados*, l'economia urbana della città continuò ad espandersi, ad intrecciarsi ancora di più con gli Stati Uniti e a (ri)produrre disequilibri e sfruttamento, esprimendo di Cuba nello stadio più alto e profondo quel contrasto descritto dal poeta Heredia tra «la belleza del físico mundo» e «los horrores del mundo moral»²⁹.

Le vicende della lotta per l'indipendenza, che portarono all'adozione delle *Constituciones mambisas*, particolarmente sensibili alle esigenze dei municipi³⁰ ma

²⁴ I.M. Wallerstein, *The modern World System I: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, NY, Academic Press, 1974, (ed. in lingua spagnola *El moderno sistema mundial. I: La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Madrid, Siglo XXI Ed., 1999, spec. 492-493).

²⁵ M. Moreno Fragnals, *Cuba/España España/Cuba. Historia común*, Madrid, Mondadori, 1995, 43.

²⁶ Cfr. H. Dilla Alfonso, *La Habana colonial y sus fronteras*, in *Historia*, n. 1, 2018, 85 ss., spec. 87.

²⁷ Cfr. P. Hoffman, *The Spanish Crown and the Defense of Spanish Caribbean, 1535-1585*, Louisiana, Louisiana State U.P., 1980, che riferì di una “real cédula” di Filippo II del 1570 in cui si utilizzò il termine “situado” per denominare il sostegno finanziario annuale obbligatorio che la città di Panamá doveva fornire al presidio militare dell'Avana; v. anche R. Reichert, *El situado novohispano para la manutención de los presidios españoles en la región del Golfo de México y el Caribe durante el siglo XVII*, in *Estudios de Historia Novohispana*, n. 46, 2012, 47 ss., spec. 56.

²⁸ A. de la Barras y Prado, *La Habana a mediados del siglo XIX. Memorias de Antonio de la Barras y Prado*, Madrid, Imprenta de la Ciudad Lineal, 1926, 71 e 105.

²⁹ J.M. Heredia, *Himno del desterrado*, 1825.

³⁰ Particolarmente evidente nella *Constitución de Guáimaro* e nella *Ley de Organización Administrativa* del 7 agosto 1869, che riportavano in auge *Prefecturas* e *Subprefecturas* sul

anche alla morte di José Martí, si legarono ad un rapporto sempre più stretto con gli Stati Uniti, la cui occupazione militare segnò la nascita della (pseudo)Repubblica e, sotto le condizioni-costrizioni dell'*Enmienda Platt*, la Costituzione del 1901.

Pur manifestando sensibilità ai principî dell'autonomia e della democrazia municipale, la Costituzione dedicò al *régimen municipal* solo 11 articoli. Si cercò di supplire alle carenze della Costituzione con la *Ley Orgánica de Municipios* del 1908³¹, sulla quale cadde il giudizio impietoso di Carrera y Justiz: «questa legislazione è una copia di quanto esisteva al tempo negli Stati Uniti. Ciò è stato causa di un inevitabile fallimento e si ha necessità di dare ai nostri Municipi l'organizzazione di cui hanno bisogno, secondo la propria indole [“genio”] latina, seguendo gli sviluppi delle scienze e ponendo fine allo sfruttamento che di essi fa lo Stato, perché ciò è un suicidio nazionale ... Nella nostra Costituzione del 1902 abbiamo copiato il sistema federale nordamericano proprio quando lì cominciava a screditarsi. In quanto previsto dalla Costituzione, la legge organica municipale ad esso dovette conformarsi. Dobbiamo sopprimere il nostro sistema municipale vigente, che oltre ad essere a noi estraneo, è totalmente fallimentare»³².

I Municipi, «attraverso i quali in gran parte delle Colonie l'America conobbe la libertà ... [perché rappresentavano] quanto di più resistente della civiltà romana, e quanto di più umano della Spagna coloniale», che avevano «temprato e forgiato l'animo degli individui e abituato allo studio della cosa pubblica, alla partecipazione e all'utilizzo quotidiano dell'autorità»³³, furono, difatti, asserviti al potere centrale e trasformati in “agenzie delle entrate” («*oficinas recaudadoras*»³⁴).

Tra le cose da salvare della legge del 1908, la dottrina ricorda l'impulso all'associazionismo municipale «per la realizzazione di opere di qualunque natura, che interess[assero] due o più Municipi, designando a tal fine una Commissione mista di due *consejales* per ciascun Municipio»; i pareri della Commissione sarebbero stati sottoposti ad approvazione di ciascun Ayuntamiento (art. 122)³⁵.

Per una adeguata disciplina costituzionale degli enti territoriali si dovette attendere la Costituzione del 1940, a cui grande contributo diedero gli studiosi della *Escuela Cubana de Derecho Municipal*. Questa fu senza dubbio la miglior

modello del *praefectus praetorio* come funzionario di massimo grado nell'amministrazione delle province dell'Impero Romano.

³¹ La legislazione municipale si completò con le coeve *Ley de contabilidad de los Municipios* e *Ley de Impuestos Municipales*.

³² F. Carrera y Justiz, *El Estado Cubano explota a los municipios y arruina a la nación. La orgía de los puestos públicos*, Cátedra de Gobierno Municipal de la Universidad de La Habana, pubbl. senza anno.

³³ J. Martí, *Un libro del Norte sobre la institución española en los Estados que fueron de México*, in Id., *Obras completas*, Vol. 7, *Nuestra América*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1991, risp. 60 e 59.

³⁴ A.M. Lezcano y Mazón, *Constitución de Cuba (con los debates sobre su articulado y transitorias, en la Convención Constituyente)*, La Habana, Ed. Cultural, 1941, 184. Ad esempio, la legge dell'11 aprile 1922 obbligò i Municipi a versare il 2% delle entrate allo Stato per pagare le pensioni all'*Ejército Mambí*.

³⁵ Cfr. O. Hernández Aguilar, *Historia del asociacionismo municipal en Cuba*, in *Revista Aequitas*, v. 4, 2014, 253 ss.

Costituzione della storia cubana: di carattere sociale e ricca di istituti partecipativi e di controllo democratico, tra i quali merita menzione la “resurrezione” del diritto di resistenza dopo l’apparizione in alcune Costituzioni latinoamericane dei primi anni dell’Ottocento, e prima della riapparizione in terra europea dopo la Seconda guerra mondiale³⁶.

2. L’organizzazione territoriale nella nuova Costituzione

I profondi cambiamenti nel sistema delle relazioni internazionali dopo la frantumazione del blocco socialista, che determinò conseguenze esiziali per Cuba con l’avvio del *periodo especial*, e le trasformazioni sociali, economiche e politiche interne che hanno attraversato la storia cubana, prima e dopo il 2006³⁷, hanno messo in moto un lungo processo di adeguamento “materiale”³⁸ delle strutture fissate nella Costituzione del 1976³⁹.

Cambiamenti cruciali, come quelli in materia di regime della proprietà, diritto del lavoro, previdenza sociale, disciplina del commercio estero, regime monetario e circolazione di divisa straniera, ampliamento dell’area aperta agli investimenti stranieri, sono stati enucleati nei *Lineamenti della politica economica e sociale del Partito e della Rivoluzione*⁴⁰ e nella legislazione di attuazione dell’azione politica, e in alcuni casi veicolati nel testo della Costituzione del 1976 nei tre grandi momenti di riforma che l’hanno interessata (1978, 1992, 2002).

Nel 2013, al fine «far corrispondere la Costituzione alla ... realtà», ha preso avvio un intenso lavoro di studio delle modifiche formali da apportare all’ordine costituzionale, sulla base dei cambiamenti già avvenuti o in atto nella Costituzione materiale e tenendo conto «dei processi costituzionali che hanno avuto luogo in America Latina», principalmente, Venezuela, Bolivia ed Ecuador, «e delle esperienze maturate in quei paesi che edificano il socialismo, così come dei testi costituzionali di altre nazioni»⁴¹.

La Costituzione del 2019 reca diverse novità, dalla introduzione del principio di supremazia della Costituzione (art. 7), alla “restaurazione” della figura del

³⁶ Sul punto si v., se si vuole, G.F. Ferrari, A. Tarzia, *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo. El particular caso ecuatoriano*, in AA.VV., *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2011, 13 ss.

³⁷ Cfr. M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional de los Cambios Sociojurídicos en la Cuba Actual*, in *Revista Derecho & Praxis*, vol. 8, n. 4, 2017, 3169, ss.

³⁸ Cfr. A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, in *Revista de Derecho Político*, n. 105, 2019, 363 ss.; H. Bertot Triana, *La Constitución cubana de 2019 en una perspectiva histórica e ideológica: Aproximaciones a su sistema político electoral*, in *Revista de Derecho Público*, n. 90, 2019, 11 ss., e Id., *Comentario a la Constitución cubana de 2019. Notas a la luz de su entrada en vigor*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 274, 2019, 1027 ss.

³⁹ La Costituzione del 1976, a sua volta, formalizzava il processo di istituzionalizzazione rivoluzionario, ponendo fine alla vigenza della Legge fondamentale del 1959.

⁴⁰ *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución* (Risoluzione del VI Congresso del Partido Comunista Cubano del 18 aprile 2011) approvati dall’Assemblea Nazionale del Potere popolare con *Acuerdo No. VII – 61* del 1° agosto 2011 (Gazzetta Ufficiale n. 28 del 31-8-2011).

⁴¹ V. *Introducción al análisis del Proyecto de Constitución de la República durante la consulta popular*.

Presidente della Repubblica-*Jefe del Estado*⁴² separata da quella del Primo ministro-*Jefe de Gobierno*, dalla disciplina di organi che prima avevano solo disciplina legislativa (la *Contraloría General de la República*⁴³) all'introduzione dell'espressione "*derechos humanos*" e del principio di progressività nel loro riconoscimento (art. 41), al principio di "*tutela judicial efectiva*" di "diritti e interessi legittimi" (art. 92, con terminologia non tipica di Costituzioni socialiste), a tutta una serie di diritti nuovi (diritto al libero sviluppo della personalità, all'intimità, alla iniziativa per la riforma costituzionale, ecc.) o già esistenti a livello legislativo (come il diritto al "*medio ambiente sano y equilibrado*") che si vanno ad aggiungere ai diritti sociali previsti dalla Costituzione precedente.

Pur non riproponendo formalmente il principio di unità del potere e il centralismo democratico (art. 66 della Costituzione del 1976, eliminati dal testo nel 1992), il nuovo testo preserva il carattere socialista "*irrevocable*" del precedente, i principi della democrazia socialista (art. 101), la centralità del partito comunista ("*único, martiano, fidelista⁴⁴, marxista y leninista*")⁴⁵ e dell'Assemblea nazionale monocamerale, il mandato imperativo.

Dal principio organizzativo di unità del potere e dallo sfumarsi della distinzione tra Stato e Amministrazione pubblica⁴⁶ sono derivati il centralismo e l'obiettivo di uniformità nella prestazione dei servizi, l'eccessiva ampiezza della discrezionalità e la formazione di aree di immunità dai controlli⁴⁷.

Proprio in tema immunità dai controlli, è di interesse che l'introduzione in Costituzione della *Contraloría General* si leghi all'esplicito mandato di vigilare sulla corretta e trasparente gestione dei fondi pubblici e di controllare la gestione

⁴² Il Presidente è eletto dall'Assemblea nazionale, ad essa *rinde cuenta* e da essa può essere revocato al pari di tutte le altre cariche dello Stato di elezione parlamentare (art. 126 e 109, lett. a) e j) Cost.); può solo «refrendar», senza poteri di veto, leggi e decreti legge approvati, rispettivamente, dall'Assemblea e dal Consiglio di Stato.

⁴³ Creata dalla legge n. 107/2009, *Ley de la Contraloría General de la República de Cuba*, in sostituzione del *Ministerio de Auditoría y Control* creato dal decreto legge n. 219/2001.

⁴⁴ Il ruolo unico e indispensabile del partito alla costruzione del socialismo, nelle parole di Fidel Castro: «Siamo incorsi in due tipi di illusioni. Quando la Costituzione fu promulgata, si realizzò la divisione politico-amministrativa e si posero le basi per lo sviluppo dei Poteri popolari; ciò fu un grande progresso e senza dubbio ebbe origine la credenza ingenua che grazie a queste innovazioni e questi progressi lo Stato avrebbe funzionato perfettamente, quasi automaticamente. Dopo ci siamo accorti che era necessaria un'azione politica molto forte, un immenso lavoro del Partito. Da un altro lato, riguardo alla produzione dei beni e dei servizi, ... si è pensato che tutto avrebbe funzionato alla perfezione con il Sistema di Direzione e Pianificazione dell'Economia, con il vincolo tra salario e lavoro, la panacea che avrebbe risolto tutto e quasi avrebbe edificato il socialismo» (*Discurso pronunciado por el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, ..., en la clausura de la sesión diferida del Tercer Congreso del Partido Comunista de Cuba, ..., el 2 de diciembre de 1986*, in www.cuba.cu).

⁴⁵ Rimangono, pertanto, il divieto di costituzione di organizzazioni di carattere politico e la sanzione penale per associazioni, riunioni e manifestazioni illecite di cui agli art. 208-209 del c.p., e i limiti imposti dalla legge n. 54/1985 (*Ley de Asociaciones*), al diritto di associazione che deve essere finalizzato «allo sviluppo della scienza, della cultura, dello sport, delle attività creative, ricreative e di svago nel tempo libero, e alle manifestazioni di amicizia e solidarietà umana e altre forme organizzative finalizzate al beneficio sociale».

⁴⁶ J.A. Antonio Fernández Paz, *El gobierno central y los gobiernos locales*, in *Revista cubana de derecho*, n. 7, 1992, 57 ss.

⁴⁷ Cfr., per esempio, G. Arias Gayoso, *El control de la discrecionalidad administrativa: una visión desde Cuba*, México, Novum Editorial, 2015.

amministrativa, nell'ambito del principio di *debida transparencia* imposto a tutti gli organi dello Stato, ai suoi dirigenti e funzionari (art. 160 e 101, lett. h). A ciò si aggiunge la conferma del diritto alla riparazione e al risarcimento del danno per il pregiudizio indebitamente causato da azioni o omissioni di dirigenti, funzionari ed impiegati dello Stato (art. 98; vecchio art. 26). L'effettività della tutela è però subordinata a due condizioni che si rivelano immediatamente problematiche: l'ultimo comma dell'art. 100 rinvia alla legge la definizione di «quei diritti protetti da tale garanzia e [del] procedimento *preferente, expedito y concentrado* per la sua attuazione», e ciò lascia intendere che non tutti i diritti saranno giustiziabili; è necessaria l'abrogazione delle norme che limitano l'accesso ai tribunali (o, chissà, la loro dichiarazione di incostituzionalità, ove le nuove sconnesse e incomplete norme sul controllo di costituzionalità trovassero riscontro in una legge attesa da decenni⁴⁸).

In materia di Amministrazioni territoriali, come spesso è accaduto nella storia cubana le nuove norme costituzionali sono state precedute dall'*experimento de Artemisa y Mayabeque*, due nuove Province create per scorporazione dall'Avana con legge dell'Assemblea n. 110 del 2010 e decreto applicativo del Consiglio dei Ministri n. 301/2012, entrambi "indifferenti" alle norme costituzionali vigenti, per introdurre una nuova forma di governo locale volta alla differenziazione di funzioni tra Assemblea e Governo provinciale, con quest'ultimo incaricato di assumere alcune competenze dell'Amministrazione centrale dello Stato, e modificazioni del "*sistema empresarial*".

La nuova Costituzione riconosce l'autonomia e la personalità giuridica del Municipio e lo qualifica come «società locale»⁴⁹ che costituisce «l'unità politico-amministrativa primordiale e fondamentale della comunità nazionale». Tra le novità vi è un articolo dedicato alle modalità con cui l'Assemblea municipale deve garantire il diritto di petizione e di partecipazione dei cittadini (art. 200) e l'affermazione del diritto dell'individuo a chiedere e ottenere da tutti gli organi ed entità dello Stato informazione "*veraz, objetiva y oportuna*" (art. 53).

Non risultano però recepite⁵⁰ le tante proposte di *istituzionalizzazione* e concretizzazione dell'autonomia avanzate con risolutezza negli ultimi anni⁵¹ per dar soluzione al persistente problema del centralismo, tra esse una *Ley de*

⁴⁸ Cfr., *ex multis*, C.M. Villabella Armengol, *El control de constitucionalidad en Cuba: recuento histórico y valoraciones preliminares de la nueva propuesta en la Constitución de 2019*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, n. 1, 2019, 87 ss.

⁴⁹ La locuzione era già stata introdotta con la riforma costituzionale del 1992: «Il Municipio è la società locale, con personalità giuridica a tutti gli effetti di legge, organizzata politicamente secondo la legge, in un ambito territoriale determinato dalle relazioni economiche e sociale della sua popolazione, e con capacità di soddisfare le necessità minime locali» (art. 102).

⁵⁰ Si v., *ex multis*, A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, cit.; un giudizio migliore è dato da M. Prieto Valdés, *Las novedades de la Constitución cubana aprobada el 24 de febrero de 2019*, in *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 17, 2019, 53 ss.

⁵¹ V., *ex multis*, L. Pérez, M. Prieto, *Ejercer gobierno: una capacidad potencial de las asambleas municipales del poder popular*, in M. Prieto, L. Pérez (cur.), *Temas de derecho constitucional cubano*, La Habana, Ed. Félix Varela, 204 ss.; M. Prieto Valdés, L. Pérez Hernández, O. Díaz Legón, *Anexo 5. Bases para una Ley de Municipios en Cuba*, in L. Pérez Hernández, O. Díaz Legón (cur.), *¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización y desarrollo local*, La Habana, Editorial UH, 2015, 383 ss.

Organización y Funcionamiento de los Municipios. Continuano, infatti, ad essere chiaramente scolpite le norme secondo cui le disposizioni degli organi statali superiori sono obbligatorie per gli organi inferiori (art. 101, lett. e)) e gli organi statali inferiori rispondono a quelli superiori e devono dar conto della loro gestione (art. 101, lett. f)).

2.1. Il Municipio

L'instaurazione nel 1959 di un regime politico provvisorio, senza elezioni, Parlamento ed una struttura dello Stato istituzionalizzata⁵², imperniato su unità del potere, centralismo democratico⁵³, legalità socialista e gerarchia, comportò il sacrificio dell'autonomia locale.

Il Proclama presidenziale del 5 gennaio 1959 dissolse tutte le cariche pubbliche, inclusi gli organi municipali e provinciali⁵⁴, cioè Governatori, Consigli di *Alcaldes*, *Alcaldes* e *Ayuntamientos*; l'articolo unico della *Reforma constitucional* del 20 gennaio conferì al Consiglio dei Ministri il potere di determinare la struttura di nuovi organi provinciali e municipali che assumessero i poteri spettanti a quelli dissolti; le leggi 36 e 37 del 29 gennaio istituirono un Commissario per le Province e una Commissione di 3 membri per i Municipi, sotto pieno controllo governativo; la legge n. 106 del 27 febbraio ridusse ad uno anche il Commissario municipale.

Negli anni fino al 1976 vi furono vari interventi, tra i quali vanno ricordati la sostituzione degli organi unipersonali con le *Juntas de Coordinación*, *Ejecución e Inspección* che, partendo dalla "sperimentazione" in Santiago de Cuba, a fine 1961

⁵² In assenza del Parlamento e di istituzioni strutturate, le prime grandi decisioni dopo il *Triunfo revolucionario* furono prese in forma "granassemblearia", mediante acclamazione o a mano alzata dalla massa popolare in piazza dinnanzi a Fidel Castro, ovvero annunciate per radio con "chiamata" del popolo in strada per celebrarle. Così fu per la *Ley Fundamental de la República* del 7 febbraio 1959, che restaurò, emendandola, la Costituzione del 1940; poi vennero la prima *Declaración de La Habana* (3 settembre 1960), le leggi di riforma agraria (17 maggio 1959 e 3 ottobre 1963), di riforma urbana (14 ottobre 1960), di nazionalizzazione dell'istruzione (6 giugno 1961), di nazionalizzazione delle industrie e dei settori economici più importanti del paese (legge n. 851/1960 e 890 y 891/1960) e la *Segunda Declaración de La Habana* (4 febbraio 1962), tutte incorporate nel testo costituzionale (A. Noguera Fernández, *El sistema político-institucional en la nueva Constitución cubana de 2019: ¿Continuidad o reforma?*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 59, 2019, 117 ss., spec. 119, nt. 2). Il 26 luglio 1965 Fidel Castro annunciò nel discorso di Santa Clara: «Dovremo cominciare a lavorare alla costruzione del livello superiore dello Stato nazionale ed elaborare le forme costituzionali dello Stato socialista cubano» (in www.cuba.cu/gobierno/discursos/1965/esp/f260765e.html); nello stesso senso, «è evidente che il meccanismo (della relazione diretta e istantanea del líder con la massa) non è sufficiente per assicurare una successione di misure sensate e che manca una connessione più strutturata con le masse» (E. Guevara de la Serna, *El socialismo y el hombre nuevo en Cuba* [1965], México D.F., Siglo XXI ed., 1977, 5).

⁵³ «Il centralismo democratico è una formula efficace per sradicare il localismo senza annichilire l'iniziativa degli organi inferiori, dato che esonera quelli di gerarchia superiore dal conoscere questioni di poca importanza» (H. Garcini Guerra, *Derecho Administrativo*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1986, 2ª ed., 48); sul punto si v. anche F.I. Gómez Hernández, *Apuntes sobre la autonomía municipal*, in *Revista Cubana de Derecho*, ano XXVIII, n. IV, 1956, 61.

⁵⁴ Si veda *Proclamas y Leyes del Gobierno Provisional de la Revolución*, La Habana, Editorial Lex, 1959; in dottrina, A. Lázaro Reboll, *Cuba: Las Leyes Constitucionales de la Revolución*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 119, 1961, 199 ss.

erano ormai diffuse in tutto il territorio; la fallimentare esperienza delle Regioni come livello intermedio tra Province e Municipi; l'esperimento dell'instaurazione del Potere popolare nella Provincia di Matanzas che, pur reintroducendo il tema della decentralizzazione amministrativa, non riuscì a cancellare l'impronta della direzione politico-amministrativa centralizzata.

La Costituzione del 1976 non invertì la tendenza, disegnando un modello di governo locale uniforme – nonostante l'eterogeneità dei territori⁵⁵ – ed informato al principio della “doppia subordinazione” (art. 66, lett. *f*) e 109), secondo cui «gli organi esecutivi ed amministrativi locali, cioè le direzioni provinciali e municipali, sono soggette a ... subordinazione orizzontale con l'organo di governo locale [l'assemblea] del corrispondente livello, e ad altra in senso verticale rispetto all'organo di livello superiore incaricato delle stesse funzioni amministrative»⁵⁶. In tale sistema il rapporto tra fonti statali e fonti locali si costruisce in termini di stretta gerarchia, senza ambiti riservati alle ultime.

Nel 1992 è stato eliminato il riferimento costituzionale alla doppia subordinazione, sono stati introdotti i Consigli popolari e sono stati sostituiti i Consigli dell'Amministrazione provinciale e municipale del Potere popolare ai Comitati esecutivi provinciali e municipali⁵⁷ ed è stata introdotta l'elezione diretta (e a voto segreto) dei membri delle Assemblee nazionale e provinciali del Potere popolare⁵⁸.

La riforma rispondeva alle esigenze di “*rectificación de errores y tendencias negativas*” attraverso un «perfezionamento delle strutture e dei metodi del Potere popolare capace di rafforzare il controllo del popolo sull'attività del governo e rispondere in modo più convincente ed efficace alle istanze della popolazione»⁵⁹.

La nuova disciplina, tuttavia, non ha alterato il ruolo di Province e Municipi quali strumento di decentramento di funzioni statali con limitata autonomia, sotto la direzione del Consiglio di Stato⁶⁰.

La fisionomia degli organi municipali ridefinita nel 1992 è stata conservata nel 2019, con alcuni adattamenti legati alla riarticolazione del livello provinciale. Nel prosieguo, ove rilevante si evidenzieranno le novità sostanziali rispetto alla disciplina precedente.

A) La *Asamblea municipal del Poder popular*. L'Assemblea municipale è qualificata come «organo superiore del potere dello Stato a livello locale» (art. 185 Cost.); l'art. 191, lett. *n*), stabilisce chiaramente che ad essa compete «contribuire ... all'esecuzione delle politiche dello Stato nella propria demarcazione, così come

⁵⁵ Cfr. O. Hernández Aguilar, *El principio de heterogeneidad municipal en Cuba. El asociativismo municipal como una alternativa para su materialización*, in *Provincia*, n. 31, 2014, 49 ss.

⁵⁶ H. Garcini Guerra, *Derecho Administrativo*, cit., 48.

⁵⁷ I Comitati esecutivi, dovendo obbligatoriamente essere composti da membri delle Assemblee, si caratterizzavano per l'assenza di competenze tecniche e di esperienza, spesso determinata anche da carenza di titoli di studio (A. Noguera Fernández, *El sistema político-institucional en la nueva Constitución cubana de 2019*, cit., 122).

⁵⁸ Per dare attuazione alle nuove norme si approvò la nuova legge elettorale, n. 72/1992.

⁵⁹ Così Fidel Castro nel *Llamamiento al IV Congreso del Partido Comunista* del 18 marzo 1990.

⁶⁰ A. Noguera Fernández, *El sistema político-institucional en la nueva Constitución cubana de 2019*, cit., 129.

allo sviluppo delle attività di produzione di beni e servizi delle entità radicate nel suo territorio che non siano ad essa subordinate». Ai sensi dell'art. 27 del Regolamento delle Assemblee municipali, l'organo si riunisce in sessione ordinaria ogni volta che sia necessario su iniziativa dell'Assemblea o del Presidente e comunque almeno quattro volte all'anno.

Come nella disciplina anteriore, compete all'Assemblea «adottare *acuerdos* [che per struttura e posizione nel sistema delle fonti tradurremo con “determinazioni”] ed emanare disposizioni normative nell'ambito delle proprie competenze sulle questioni di interesse municipale e controllarne l'applicazione» (art. 191). Né la Costituzione, né la legislazione specificano però il significato di “interesse municipale” attraverso individuazione di funzioni proprie con margini di autonomia dalla regolazione, pianificazione e programmazione centrale; tanto meno riconoscono autonomia finanziaria e di bilancio.

La subordinazione agli organi superiori risulta con tutta evidenza dalle attribuzioni dei nuovi organi provinciali: a) il Consiglio provinciale può «proporre al Consiglio di Stato la sospensione delle determinazioni o disposizioni delle Assemblee municipali del Potere popolare della propria demarcazione, quando essi contravvengano alle norme di legge superiori o pregiudichino gli interessi della comunità» (art. 184, lett. *j*) e «proporre all'Assemblea nazionale del Potere popolare l'annullamento o la modifica delle determinazioni o disposizioni delle Assemblee municipali del Potere popolare della propria demarcazione, quando contravvengano alle norme di legge superiori o pregiudichino gli interessi della comunità» (art. 184, lett. *k*); b) il Governatore può sospendere le determinazioni o disposizioni dei Consigli dell'Amministrazione municipale che non siano conformi alla Costituzione, alle leggi, ai decreti legge, ai decreti presidenziali, ai decreti o altre disposizioni degli organi dello Stato, o quando pregiudichino gli interessi di altre località o in generale del paese, dandone spiegazione all'Assemblea municipale interessata alla prima sessione utile dopo la sospensione (art. 179, lett. *i*)).

La Costituzione del 1976 stabiliva all'art. 106, lett. *e*) che spettava alle Assemblee municipali «adottare determinazioni ed emanare disposizioni nel quadro della Costituzione e delle leggi vigenti, sulle questioni di interesse municipale e controllarne l'applicazione»; la nuova Costituzione replica le disposizioni della vecchia.

B) Il Consejo de la Administración municipal. Il Consiglio dell'Amministrazione è designato dall'Assemblea municipale, alla quale è subordinato e deve rendere conto. L'organo è collegiale, è presieduto dalla neoistituita figura dell'Intendente, svolge funzioni “esecutivo-amministrative” e dirige l'Amministrazione municipale; il numero dei componenti, scelti e sostituiti su proposta dell'Intendente, e le funzioni sono stabilite dalla legge (art. 202-203 e 191, lett. *f*)).

In realtà i Consigli dell'Amministrazione municipale e provinciale già esistevano, dal 1991. Le modifiche costituzionali del 1992, dedicava ad essi poche norme, denominandoli, *órganos de Administración* in commi sparsi dedicati alle

competenze dell'Assemblea municipale e provinciale ed introdotti al fine di creare una minima "differenziazione" tra Assemblea e organi amministrativi (i vecchi Comitati esecutivi, oltre a dover rispondere alle amministrazioni superiori, avevano natura di fatto indefinita e indistinta dall'Assemblea⁶¹). La disciplina si è evoluta con l'*Acuerdo* n. 4047 del Comitato Esecutivo del Consiglio dei Ministri del 4 giugno 2001, con cui si è approvato il Regolamento delle Amministrazioni municipali del Potere popolare (poi modificato dall'*Acuerdo* n. 6176/2007 del medesimo organo).

L'Intendente municipale è designato (ed eventualmente sostituito) dall'Assemblea su proposta del suo Presidente (art. 191, lett. *f*)); nella precedente disciplina il Presidente dell'Assemblea era anche Presidente dell'organo amministrativo, la qual cosa provocava una confusione di funzioni e non contribuiva all'efficacia del controllo dell'Assemblea sul Consiglio⁶².

Il Consiglio, insieme a imprese locali ed *entidades presupuestadas*⁶³, è parte dell'Amministrazione municipale incaricata dall'art. 201 di soddisfare, *inter alia*, i bisogni economici, sanitari, assistenziali, educativi, culturali, sportivi e ricreativi della collettività del territorio.

La subordinazione del Consiglio all'Assemblea è confermata dall'art. 191, lett. *l*), che riconosce a questa il potere di revocare o modificare le decisioni adottate da organi o autorità ad essa subordinati in caso di violazione di norme di legge superiori o pregiudichino gli interessi della comunità. A ciò si aggiunge il potere dell'Assemblea di designare e sostituire i vertici delle direzioni amministrative e delle imprese di "*subordinación municipal*".

Il regolamento stabilisce che il Consiglio dell'Amministrazione dirige gli enti economici di produzione di beni e servizi del livello municipale (*idem* a livello provinciale, ma al Consiglio è stato sostituito il Governatore) e la sua funzione principale è promuovere lo sviluppo economico e sociale del territorio. Dirige l'attività amministrativa ad esso subordinata e controlla tutti gli enti ed organismi del territorio, indipendentemente dal loro livello di subordinazione⁶⁴. Svolge funzioni eminentemente esecutive, in alcuni casi di rilievo politico nei rapporti con l'assemblea: l'art. 13 del regolamento stabilisce che il Consiglio, può proporre «progetti normativi che regolino la condotta dei cittadini rispetto all'attività amministrativa nel territorio» e sollecitare modifiche a norme esistenti (n. 16 e 19), "rendir cuentas" all'Assemblea di riferimento e agli organi superiori dell'Amministrazione (n. 10), elaborare il piano economico e il bilancio⁶⁵ da presentare all'Assemblea di riferimento (n. 4).

⁶¹ V. H. Garcini Guerra, *Derecho administrativo*, cit., 248-251.

⁶² Art. 117 della Cost. 1976 come emendata nel 1992, e come ancora prevede l'art. 8 del Regolamento delle Amministrazioni municipali del Potere popolare.

⁶³ V. *infra*, par. 3.

⁶⁴ Art. 8 del Regolamento delle Amministrazioni locali del potere popolare.

⁶⁵ V. *infra*, par. 3.

2.2. La riorganizzazione dell'Amministrazione provinciale

La nuova Costituzione sostituisce all'Amministrazione provinciale del Potere popolare il *Gobierno Provincial del Poder Popular*, costituito dal Governatore e dal Consiglio provinciale (art. 170-184). Come espressamente stabilito dall'art. 171, il Governo provinciale *representa lo Stato*, ha come missione fondamentale lo sviluppo economico e sociale del territorio conformemente *agli obiettivi generali del paese*, opera come sede di coordinamento tra le strutture centrali dello Stato e i Municipi e di armonizzazione degli interessi della Provincia e dei Municipi che si trovano nel suo territorio.

La novità principale è costituita dall'istituzione del Governatore, massimo *responsabile esecutivo-amministrativo*, eletto per un periodo di cinque anni dai delegati (cioè, tutti i membri) delle Assemblee municipali della Provincia su proposta del Presidente della Repubblica (art. 174-175). È *responsabile* della sua gestione dinnanzi all'Assemblea nazionale, al Consiglio di Stato, al Consiglio dei Ministri e al Consiglio Provinciale (art. 177). Il vicegovernatore è eletto con le stesse modalità, svolge le funzioni delegate dal Governatore e lo sostituisce in caso di assenza, infermità o decesso (art. 180-181).

Il Consiglio provinciale prende il posto dell'Assemblea provinciale ed è composto dal Governatore, che lo presiede, dal vicegovernatore, dai Presidenti e vicepresidenti delle Assemblee municipali della Provincia e dai neoistituiti *Intendentes municipales*, eletti da ciascuna Assemblea municipale e chiamati a presiedere il rispettivo Consiglio dell'Amministrazione municipale (nella disciplina precedente, i membri dell'Assemblea provinciale erano invece eletti a suffragio universale). Il Consiglio provinciale si riunisce in sessione ordinaria con la periodicità fissata dalla legge e in sessione straordinaria quando convocato dal Governatore o su richiesta di più della metà dei componenti; delibera a maggioranza semplice dei componenti.

La legge elettorale n. 127/2019 stabilisce che l'elezione di Governatore e vicegovernatore si celebra ogni cinque anni, in tutto il territorio nazionale, nella data stabilita dal Consiglio di Stato.

Si costituiscono 167 collegi elettorali (corrispondenti ai 167 Municipi), più il collegio elettorale del Municipio speciale di Isola della Gioventù; i delegati municipali votano per Governatore e vicegovernatore proposti dal Presidente della Repubblica, che invia «biografia e foto» dell'unico candidato a ciascuna carica (art. 242, c. 2); in ciascun collegio è necessaria la presenza della metà più uno dei delegati (art. 241)⁶⁶. Al momento in cui si scrive, non sono state ancora apportate modifiche alla *Ley No. 29 del 14 de septiembre de 1999, de la Revocación del Mandato de los elegidos a los órganos del Poder Popular*, per regolare, eventualmente in modo diverso da quanto previsto per i vecchi Presidenti delle Assemblee provinciali, la revoca del Governatore⁶⁷.

⁶⁶ Le prime elezioni si sono tenute il 18-1-2020; i maggiori consensi li ha ottenuti il neogovernatore di Las Tunas, eletto con il 99,85%, la meno popolare è risultata la neogovernatrice di Mayebique, con il 94,73%.

⁶⁷ V. *infra*, par. 4.

Diversamente da quanto previsto per il Primo Ministro, configurato come “capo del Governo” della Repubblica separato dall’Assemblea che lo ha eletto e ad essa risponde, il Governatore provinciale, dunque, è anche Presidente del Consiglio provinciale.

La nuova configurazione del Governo provinciale viene giustificata con l’esigenza di “*institucionalización*”⁶⁸ e superamento di una situazione di fatto che vedeva il reale esercizio dei poteri provinciali non da parte dell’Assemblea ma dal Comitato esecutivo/Consiglio dell’Amministrazione chiamato a rappresentarla nei periodi tra una sessione e l’altra. A ciò si aggiungeva un difetto di competenze dei membri dei Consigli dell’Amministrazione, che dovevano essere necessariamente delegati provinciali.

Si è così deciso di prolungare a 5 anni il mandato del Governatore (precedentemente erano 2 anni e mezzo) e attribuirgli poteri prima non riconosciuti, o non formalizzati, al Presidente dell’Assemblea provinciale, soprattutto: dirigere, coordinare e controllare l’attività delle strutture organizzative provinciali; adottare decisioni e dettare disposizioni normative nel quadro delle competenze attribuite; imporre e controllare l’attuazione del piano economico e l’esecuzione del bilancio della Provincia; imporre e controllare l’attuazione dei piani di sviluppo e di definizione dell’assetto territoriale e urbano; presentare al Consiglio dei Ministri, previa determinazione del Consiglio provinciale, le proposte di politiche di sviluppo della Provincia; informare il Consiglio dei Ministri, previa determinazione del Consiglio provinciale, delle decisioni degli organi gerarchicamente superiori (“*órganos de superior jerarquía*”) che pregiudichino gli interessi della comunità o che reputi *ultra vires* (“*considerare extralimitan las facultades de quien las adoptó*”); sospendere le determinazioni o disposizioni dei Consigli dell’Amministrazione municipale che non siano conformi alla Costituzione, alle leggi, ai decreti legge, ai decreti presidenziali, ai decreti a altre disposizioni degli organi dello Stato, o quando pregiudichino gli interessi di altre località o in generale del paese, dandone spiegazione all’Assemblea municipale del Potere popolare interessata alla prima sessione utile dopo la sospensione; revocare o modificare le disposizioni adottate dalle autorità amministrative provinciali ad esso subordinate che contravvengano alla Costituzione, alle leggi e ad altre disposizioni vigenti, o che pregiudichino gli interessi di altre comunità o quelli generali del paese (art. 179).

Ai sensi dell’art. 184 della Costituzione spetta al Consiglio provinciale «proporre al Consiglio di Stato la sospensione delle determinazioni o disposizioni delle Assemblee municipali del Potere popolare della propria demarcazione, quando esse contravvengano alle norme di legge superiori o pregiudichino gli

⁶⁸ Cfr. J.A. Fernández Estrada, M. Fernández Pérez, *La institucionalidad del Gobierno local en Cuba después de 2018: Gobernabilidad y descentralización*, 2017, disponibile in www.cubapossible.com, e Y. Castro Morales, *Gobernadores y vicegobernadores: por la gestión eficiente que merece el país*, in *Granma-Órgano oficial del Comité Central del Partido Comunista de Cuba*, 20-1-2020; v. anche H. Garcini Guerra, *El Sistema de gobierno y de administración de la República de Cuba*, in J. Peraza Chapeau (cur.), *Selección de lecturas de Derecho Constitucional*, Univ. de La Habana, 1985, 396 ss., spec. 398, disponibile in ufdc.ufl.edu.

interessi della comunità» (lett. j) e «proporre all'Assemblea nazionale del Potere popolare l'annullamento o la modifica delle determinazioni o disposizioni delle Assemblee municipali del Potere popolare della propria demarcazione, quando esse contravvengano alle norme di legge superiori o pregiudichino gli interessi della comunità» (lett. k).

L'impressione è che la *postulación única* presidenziale di Governatore e vicegovernatore renda ancor di più il livello provinciale un mero anello dell'amministrazione centrale⁶⁹.

2.3. I Consigli popolari

Introdotti in Costituzione con la riforma del 1992, i Consigli popolari hanno come antecedente storico i delegati amministrativi che venivano nominati dalle Assemblee municipali per svolgere funzioni esecutive in zone lontane dal centro municipale con l'ausilio dei rappresentanti delle organizzazioni di massa del luogo (*Federación de mujeres cubanas, Asociación nacional de agricultores pequeños, Confederación de trabajadores de Cuba*, ecc.)⁷⁰. L'impulso alla loro creazione, nel III Congresso del PCC del 1986, fu legato alla necessità di istituire un organo che in quegli insediamenti «controllasse integralmente la qualità e l'efficienza dei servizi, e costituisse incentivo alla soluzione dei problemi propri della località»⁷¹.

L'intento perseguito da Fidel Castro con la loro creazione, dunque, era l'allargamento della base partecipativa attraverso un potere negativo di tipo tribunizio⁷², che «non amministra nulla, non distribuisce nulla, ma interviene in tutto ciò che non funziona, indipendentemente dall'istituzione interessata»⁷³, che sia un ospedale, un centro di ricerca, un'impresa.

⁶⁹ In tal senso, per esempio, A. Noguera Fernández, *El sistema político-institucional en la nueva Constitución cubana de 2019: ¿Continuidad o reforma?*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 59, 2019, 117 ss., spec. 127.

⁷⁰ La legge 56/1986 modificò le *Normas Reglamentarias de las Asambleas Municipales* del 1982 dando facoltà alle Assemblee provinciali di istituire, su richiesta delle Assemblee municipali, i Consigli popolari in insediamenti composti da un numero "importante" di abitanti, che non fossero "*cabecera de municipio*" e, in quanto centri di produzione di servizi, costituissero polo di attrazione per la popolazione rurale vicina (art. 68).

⁷¹ *III Congreso del PCC. Resoluciones sobre el perfeccionamiento de la división política-administrativa del país*, disponibile in congresopcc.cip.cu.

⁷² Per l'importanza cruciale del tema del potere negativo e del *Defensor del pueblo* nel sistema latinoamericano e nel costituzionalismo bolivariano si rinvia a P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Torino, Paravia, 1971, e Id., *Diritti di libertà e potere negativo. Note per l'interpretazione dell'art. 40 Cost., nella prospettiva storica*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1972, 1955 ss.; G. Lobrano, *Lenin e il tribuno dei soviet*, in G. Meloni (cur.), *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, Roma, Editori Riuniti, 1983, 47 ss.; P. Catalano, G. Lobrano, E. Spòsito Contreras (cur.), *Potere negativo e Costituzioni bolivariane*, numero monografico di *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 2, 2007; A. Trisciuglio (cur.), *Tribunato – Poder negativo y defensa de los derechos humanos Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo* (Atti del Congresso internaz. di Torino, 8/9 settembre 2016), Torino, Ledizioni, 2018.

⁷³ La citazione completa, che si riporta in spagnolo per coglierne il messaggio politico, è la seguente: «soy partidario decidido de que los municipios actúen en cuanto cosa ocurra dentro de la localidad que esté mal, y hemos desarrollado el concepto del presidente del consejo popular de una manera amplísima. Hemos creado el principio de una verdadera autoridad allí en la zona, que se meta en un hospital nacional, en un centro de investigaciones, en una empresa de cualquier organismo, en una empresa de cualquier municipio, así con un concepto

Il primo Consiglio popolare è stato creato nel 1988 a San Antonio de las Vegas, insediamento del Municipio di San José de las Lajas, ora nella provincia di Mayabeque. Nei due anni successivi se ne crearono 225 in varie parti del territorio. Nel 1991 si decise di estendere i Consigli a tutto il paese, conformandoli alle “caratteristiche e specificità di ciascun luogo”. Così, la riforma costituzionale del 1992 incorporò pienamente i Consigli nel Potere popolare e nella divisione politico-amministrativa estendendoli a tutto il territorio nazionale⁷⁴ e affidando alle Assemblee provinciali l’approvazione della loro costituzione nei Municipi del territorio, su proposta delle Assemblee municipali (art. 5 della legge, in conformità del vecchio art. 105, lett. i) Cost.; tale norma non è riproposta nella nuova Costituzione).

La legge n. 91/2000 definisce il Consiglio popolare «organo del Potere popolare, locale, di carattere rappresentativo⁷⁵, investito della più alta autorità per svolgere le sue funzioni» (art. 2); queste vengono poi elencate e definite con verbi ed espressioni vaghe come “*apoyar a*”, “*estimular a*”, “*promover*”, e “*adoptar decisiones en lo que le compete*” (art. 21).

Gli art. 198 e 199 della nuova Costituzione arricchiscono le vecchie norme incorporando in buona parte gli articoli 2 e 21 della legge. Si conferma che i Consigli sono composti da delegati dell’ambito territoriale di riferimento e che alle riunioni possono partecipare i rappresentanti delle organizzazioni sociali più rilevanti del territorio. L’art. 199 Cost. stabilisce che il Consiglio popolare «rappresenta la popolazione della demarcazione», esercita il controllo sugli enti che producono beni e servizi di rilevanza locale, e lavora attivamente per la soddisfazione dei bisogni di natura economica, sanitaria, assistenziale, educativa, culturale, sportiva e ricreativa. Tra le attività previste dalla legge del 2000 è contemplata la promozione di programmi di lavoro che coinvolgano i *vecinos* (i membri della comunità, non necessariamente cittadini, né residenti) e categorie specifiche come bambini, anziani, casalinghe in funzione delle loro necessità e interessi (art. 37).

Più della vaghezza definitoria delle funzioni, a rendere i Consigli poco efficaci è l’assenza di una struttura amministrativa servente, espressamente negata dall’art. 3 della legge, e del potere di *amparar los derechos* promuovendo o dando assistenza nell’azione giudiziaria.

muy amplio, como autoridad. Ellos no administran nada, no distribuyen nada, pero tienen que ver con todo lo que esté mal allí, independientemente de la institución a que pertenezca el lugar aquel» (F. Castro Ruz, *Actas de la Asamblea Nacional, inéditas. VIII Período de Sesiones III Legislatura (diciembre de 1990)*, Imprenta de las Oficinas Auxiliares de la Asamblea Nacional del Poder Popular, 1993).

⁷⁴ Art. 6 della legge: «I consigli popolari sono creati nelle città, nei comuni, nei quartieri, negli insediamenti e nelle zone rurali».

⁷⁵ Ai sensi dell’art. 8 della legge: «I consigli popolari sono composti dai delegati eletti nelle circoscrizioni ricomprese e ad essi possono appartenere, inoltre, i rappresentanti designati dalle organizzazioni di massa, dalle istituzioni e dagli enti più importanti della demarcazione».

3. Finanza locale

La disciplina finanziaria e contabile si trova nel Decreto-Ley n. 192/1999, “*De la Administración financiera del Estado*”, approvato con la finalità di imprimere un maggior grado di trasparenza e organicità a tutto il processo di programmazione, esecuzione e controllo dell’uso delle risorse pubbliche «in funzione degli obiettivi e delle politiche che [lo Stato] definisce».

Rispetto alla vecchia *Ley Orgánica del sistema Presupuestario del Estado*, n. 29/1980⁷⁶, il Decreto 192 ha introdotto il principio di competenza e la separazione degli stati delle entrate e delle uscite con divieto di compensazione delle partite e loro registrazione integrale (principio di generalità)⁷⁷. Secondo l’art. 68, il sistema di contabilità di Stato deve essere unico, uniforme ed applicabile a tutti gli organi, organismi e altre entità del settore pubblico.

L’Amministrazione finanziaria è definita come un insieme di sottosistemi governati dal *Ministerio de Finanzas y Precios* (MFP): tributario, di bilancio (“*presupuestario*”), del debito pubblico (“*de crédito público*”), di tesoreria e di contabilità di Stato (“*contabilidad gubernamental*”); ad essi si aggiunge il sottosistema del patrimonio dello Stato disciplinato dal Decreto-Ley n. 227/2002.

Il sistema di bilancio (*presupuesto del Estado*) è ulteriormente suddiviso nei tre sottosistemi del bilancio centrale, della sicurezza sociale, dei bilanci provinciali e del Municipio speciale di Isola della Gioventù, equiparato a quelli provinciali⁷⁸; il

⁷⁶ Tra il 1967 e il 1976 non fu redatto il bilancio e il sistema di contabilità pubblica fu sostituito da un sistema di rilevazioni statistiche in unità fisiche e dalla registrazione dei soli flussi monetari per il pagamento dei salari e per la regolazione delle relazioni di credito e dei pagamenti al settore privato. Il sistema cambiò a partire dal 1976 con l’introduzione di un nuovo Sistema di Direzione e Pianificazione dell’Economia (SDPE) che richiedeva la rilevazione del valore, anche in relazione alla nuova divisione politico-amministrativa che contemplava la costituzione degli *Órganos Locales del Poder Popular*. Si giunse così alla legge n. 29/1980 che prevedeva bilanci collegati ma indipendenti dello Stato, di Municipi e Province, della Sicurezza sociale (v. AA.VV., *Administración Financiera del Estado Cubano*, La Habana, CECOFIS, 2003, 96 ss.). Si tornava così all’ortodossia di Marx [«anche dopo l’eliminazione del modo di produzione capitalistico, ma con la conservazione della produzione sociale, la *determinazione del valore* continuerà a predominare, nel senso che la regolazione del tempo di lavoro e la distribuzione del lavoro sociale fra i diversi gruppi di produzione e, quindi, la *contabilità* a ciò relativa, saranno ancor più indispensabili» (*El Capital. Libro III*, t. III, v. VIII, México D.F., Siglo XXI Ed., 2009, 1081)] e Lenin [«Registrazione e controllo: ecco *l’essenziale*, ciò che è necessario per l’“avviamento” e il funzionamento regolare della società comunista *nella sua prima fase*. Tutti i cittadini si trasformano qui in impiegati salariati dello Stato, costituito dagli operai armati. Tutti i cittadini diventano gli impiegati e gli operai *d’un solo* “cartello” di tutto il popolo, dello Stato. Tutto sta nell’ottenere che essi lavorino nella stessa misura, osservino la stessa misura di lavoro e ricevano nella stessa misura. La registrazione e il controllo in tutti questi campi sono stati *semplificati* all’estremo dal capitalismo che li ha ridotti ad operazioni straordinariamente semplici di sorveglianza e di conteggio, e al rilascio di ricevute, cose tutte accessibili a chiunque sappia leggere e scrivere e fare le quattro operazioni» (*El Estado y la Revolución. La doctrina marxista del Estado y las tareas del proletariado en la Revolución*, in Id., *Obras selectas*, t. II, B.A., Ediciones IPS, 2013, 195)].

⁷⁷ AA.VV., *Administración Financiera del Estado Cubano*, cit., 82.

⁷⁸ Cfr. J.C. del Toro Ríos (cur.), *Contabilidad del sector gobierno a nivel municipal*, La Habana, Editorial Varela, 2013; G. Morales Fonseca, J.C. del Toro Ríos, *Bases metodológicas del sistema de contabilidad gubernamental a nivel municipal*, in *Revista Cubana de Ciencias Económicas-EKOTEMAS*, v. 2, n. 1, 2016, 1 ss.

presupuesto provincial è dato dalla somma del bilancio della Provincia interessata e di quelli dei Municipi che la compongono (art. 42 del Decreto 192).

La nuova Costituzione non altera la disciplina di bilancio e finanziaria: l'art. 137, lett. *f*) assegna, al pari della vecchia (art. 98, lett. *e*)), al Consiglio dei Ministri l'elaborazione del progetto di *presupuesto del Estado* da sottoporre all'Assemblea nazionale del Potere popolare per l'approvazione.

I lavori preparatori per l'elaborazione del bilancio dello Stato iniziano circa sei mesi prima dell'esercizio finanziario successivo con la definizione da parte del Consiglio dei Ministri degli indirizzi e delle priorità da perseguire nel quadro del piano economico. L'MFP elabora su tale base gli indirizzi per l'elaborazione dell'*anteproyecto* di bilancio dello Stato e li invia a tutti i soggetti, di varia natura, interessati⁷⁹.

Sulla base di quegli indirizzi e obiettivi di politica economica, le Direzioni generali di Finanzas y Precios [dei Consigli di Amministrazione delle Assemblee provinciali]⁸⁰ elaborano le loro proposte di *anteproyecto* di bilancio provinciale tenendo conto degli indirizzi dei Consigli di amministrazione e delle proposte di *anteproyecto* ricevute da imprese, *unidades presupuestadas* e Consigli di amministrazione delle Assemblee municipali. Quindi, [il Consiglio di Amministrazione dell'Assemblea provinciale] approva l'*anteproyecto* di bilancio provinciale sulla base anche degli *anteproyectos* municipali redatti dalle Direzioni generali di Finanzas y Precios municipali e approvati dai Consigli di amministrazione municipali.

Ricevuti tutti gli *anteproyectos* provinciali, il Ministero elabora l'*anteproyecto* complessivo di bilancio dello Stato e lo invia al Consiglio dei Ministri che poi presenta il progetto di legge all'Assemblea nazionale. Successivamente, l'MFP comunica a tutti i soggetti interessati l'avvenuta approvazione del bilancio, fissa i tetti di spesa definitivi e quantifica le entrate provinciali a vario titolo. Il Consiglio provinciale, quindi, approva il bilancio della Provincia e quello provinciale (allargato) che definisce la partecipazione dei Municipi al bilancio statale e i trasferimenti a loro favore a carico del bilancio della Provincia⁸¹. Le Assemblee municipali del Potere popolare, infine, approvano «il piano economico-sociale e il bilancio del Municipio, adeguandosi alle politiche per esso definite dagli organismi competenti dell'Amministrazione centrale dello Stato»⁸².

⁷⁹ Art. 46-50 del Decreto 192.

⁸⁰ Riportiamo tra parentesi quadre in questo paragrafo le parti della legge che dovranno essere modificate sul piano della denominazione degli organi e/o della disciplina sostanziale alla luce della nuova struttura del *Gobierno provincial*. Si preferisce non effettuare la semplice sostituzione dei nuovi organi ai vecchi perché il legislatore potrebbe decidere di allocare in modo diverso l'approvazione dell'*anteproyecto* di bilancio. Si segnala che al momento in cui si scrive numerosi progetti di legge, ad esempio il *Proyecto de Ley de organización y funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares* hanno iniziato il loro iter.

⁸¹ V. art. 30-37 della *Ley No. 130/2019, Del Presupuesto del Estado para el año 2020*, e art. 30-37 della *Ley No. 126/2018, Del Presupuesto del Estado para el año 2019*. Cfr. AA.VV., *Administración Financiera del Estado cubano*, La Habana, CECOFIS, 2003, 100-102.

⁸² Art. 7, lett. *n*) del Reglamento de las Asambleas Municipales del Poder Popular, approvato con *Acuerdo* del Consiglio di Stato.

La nuova Costituzione riproduce l'impostazione verticale e centralista precedente; confrontando la formulazione degli articoli pertinenti, la sostanza non cambia:

a) Riguardo alle Province: «Spetta al Consiglio provinciale ... approvare e controllare, negli ambiti di propria competenza, il piano economico e il bilancio della Provincia (art. 184, Cost. 2019); «Nei limiti della loro competenza, le Assemblee provinciali del Potere popolare hanno le seguenti attribuzioni: ... approvare e controllare, in conformità della politica definita dagli organismi nazionali competenti, l'esecuzione del piano e del bilancio ordinario di entrate e spese della Provincia» (art. 105, Cost. 1976);

b) Riguardo ai Municipi: «Spetta all'Assemblea Municipale del Potere popolare ... approvare e controllare, negli ambiti di propria competenza, il piano dell'economia, il bilancio e il piano di sviluppo integrale del Municipio» (art. 191, Cost. 2019); «Nei limiti della loro competenza, le Assemblee provinciali del Potere popolare hanno le seguenti attribuzioni: ... approvare il piano economico-sociale e il bilancio del Municipio, conformandosi alle politiche definite dagli organismi competenti dell'Amministrazione centrale dello Stato, e controllare la loro esecuzione» (art. 106, Cost. 1976).

I flussi finanziari avvengono in un sistema centralizzato di Tesoreria, strutturato in vari conti, tra cui la *Cuenta Distribuidora Provincial* e la *Cuenta Distribuidora Municipal*⁸³ gestite dalle Direzioni provinciali e municipali de *Finanzas y Precios*⁸⁴; i saldi confluiscono nel *Fondo Unificado*⁸⁵ gestito secondo i principi di unità del bilancio, con piena corrispondenza classificatoria delle partite ad ogni livello, e di unità di cassa, che consente di utilizzare immediatamente le risorse disponibili spostandole da un'Amministrazione, organo, impresa o diversa "*unidad presupuestada*"⁸⁶ all'altra.

Tale struttura è stata concepita per controllare i dirigenti delle amministrazioni e delle unità finanziate, fronteggiare la mancanza di liquidità, evitare il mancato utilizzo di risorse, imprimere sollecitudine nei pagamenti ed eliminare le spese locali improduttive.

Province e Municipi non hanno entrate proprie, non hanno poteri normativi per istituire o modulare entrate, né possono ricorrere al prestito, che è prerogativa

⁸³ Gli altri sono: *Cuenta del Presupuesto Central*, *Cuenta Distribuidora de los órganos y organismos de la Administración Central del Estado*, *Cuenta Distribuidora de las organizaciones superiores de dirección empresarial*, *Cuentas distribuidoras de las direcciones provinciales sectoriales*, *Cuentas de gastos de las unidades presupuestadas de cualquier nivel de subordinación* (Resolución no.149/2017 dell'MFP).

⁸⁴ Le direzioni sono Organi dell'Amministrazione locale ai sensi dell'art. 3, dell'*Acuerdo 6176 y Reglamento de las administraciones locales del Poder Popular* adottato dal Consiglio dei ministri il 13-11-2007; esse svolgono funzioni statali secondo l'*Acuerdo No. 3435* in materia di organizzazione locale adottato dal Comitato esecutivo del Consiglio dei Ministri il 29-1-1999.

⁸⁵ M.G. Morales Fonseca, J.C. del Toro Ríos, *Bases metodológicas del sistema de contabilidad gubernamental a nivel municipal*, cit. 8.

⁸⁶ Le *unidades presupuestadas* sono definite come «entità attraverso le quali lo Stato amministra direttamente parte dei beni che costituiscono la proprietà statale socialista e svolge i servizi sociali, come l'Istruzione e la Sanità, e organizza la loro amministrazione interna» (AA.VV., *Cuba a la luz de la nueva ley de inversiones extranjeras: retos y oportunidades para la economía catalana*, Barcelona, *Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras*, 2016, 40).

del solo *presupuesto central*⁸⁷; su di essi gravano però una serie di servizi sociali e culturali che incidono per quasi la metà del bilancio globale: scuole dell'infanzia, primaria e media, sanità, assistenza sociale, attività culturali, sportive e ricreative, i tradizionali servizi municipali⁸⁸ e il funzionamento degli organi di governo.

Ai sensi dell'art. 43 del Decreto 192, le fonti di entrata di Municipi e Province sono:

A) Entrate statali di natura tributaria ed extratributaria integralmente cedute a Municipi e Province (*ingresos cedidos*). Un'entrata integralmente ceduta è, ad esempio, l'*Impuesto sobre la Fuerza de Trabajo*; indipendentemente dalla residenza del lavoratore, il datore di lavoro paga un'imposta pari al 5% del salario corrisposto, ma comunque con una base minima parametrata ai salari medi della provincia diversamente calcolati a seconda del numero dei lavoratori contrattualizzati. Tra le entrate cedute figura anche la *Contribución territorial para el desarrollo sostenible de los Municipios* che grava sulle entrate da commercializzazione di beni o prestazione di servizi di imprese nazionali e locali, società commerciali a capitale integralmente cubano e cooperative, individuate in base all'ubicazione di sedi e stabilimenti (art. 305-315, Ley n. 113/2012, "Ley del Sistema Tributario cubano"); nei *Lineamientos de la política económica y social del partido y la revolución para el período 2016-2021* si precisa al punto 12 che il tributo è «definito a livello centrale, tenendo in considerazione le peculiarità di ciascun Municipio, al fine di contribuire al suo sviluppo e costituisce fonte di entrata utilizzabile per finanziare spese di parte corrente e in conto capitale».

B) Partecipazione alle entrate dello Stato (*participación en ingresos del presupuesto central*) per finanziare le spese correnti in percentuale delle entrate riscosse a livello locale (*Impuesto Sobre Utilidades de las empresas de subordinación nacional* e *Impuesto sobre las Ventas y de Circulación*). La percentuale è stabilita annualmente nella legge di bilancio. Lo Stato stabilisce le percentuali per le Province e per il Municipio speciale di Isola della Gioventù con finalità perequative (maggiore è il livello di sviluppo, minore è la percentuale di partecipazione) e di incentivo ad una efficiente direzione delle imprese e migliore riscossione delle imposte, tenuto conto che *tutte* le imposte sono riscosse dall'*Oficina Nacional de Administración Tributaria municipal*⁸⁹.

C) Trasferimenti diretti per il riequilibrio dei disavanzi locali originatisi dopo l'approvazione della legge di bilancio: sono a carico del bilancio centrale e a favore delle Province, ovvero a carico del bilancio delle Province e a favore dei

⁸⁷ L. Loida Obregón González, *Cambios en la operatoria de los Presupuestos Locales*, in *Revista Cubana de Finanzas y Precios*, v. 2, n. 1, 2018, 11 ss.

⁸⁸ Sulla inservibilità della categoria del "*servicio público burgués*" e sua sostituzione con quella del "*servicio estatal socialista*", in uno Stato che «tende ad ampliare senza tregua l'erogazione di servizi che possiamo chiamare assistenziali e che si caratterizzano per la loro gratuità», v. H. Garcini Guerra, *Derecho Administrativo*, cit., 206-207.

⁸⁹ Cfr. E.A. Cruz Silbeto, J.C. del Toro Ríos, *El sistema de Contabilidad Gubernamental en el Sector del gobierno a nivel provincial*, in *Revista Cubana de Finanzas y Precios*, v. 1, n. 1, 2017, 28 ss., spec. 35.

Municipi. Possono essere trasferimenti generali (cioè perequativi) o con vincolo di destinazione (art. 8 del Decreto 192)⁹⁰.

Va detto che l'art. 14 del Decreto 192 vieta di individuare entrate con destinazione di spesa prestabilita, ad eccezione delle entrate da operazioni di debito pubblico, delle entrate derivanti da donazioni, eredità o legati a favore dello Stato che abbiano destinazione specifica, delle entrate che eventualmente la legge stabilisca e quelle «espressamente autorizzate» dall'MFP, a conferma della direzione centralizzata dei flussi finanziari.

4. Partecipazione e *rendición de cuentas*

Il fattore principale intorno al quale continua a ruotare l'organizzazione territoriale non è il decentramento di funzioni, bensì la partecipazione.

Nella dottrina marxiana la democrazia non poteva esaurirsi nelle elezioni periodiche, che secondo Lenin, da sole, generavano «il parlamentarismo venale e putrido della società borghese». La Comune di Parigi raccontava invece un'esperienza «in cui la libertà di critica e di controllo non degenera in inganno, perché i parlamentari devono essi stessi lavorare, devono essi stessi dar esecuzione alle leggi e verificarne i risultati, devono rispondere direttamente ai loro elettori»⁹¹. Il mandato imperativo, quindi, era indispensabile al centralismo democratico e alla dittatura del proletariato.

Va preliminarmente precisato che la *rendición de cuentas* e la *revocatoria del mandato* sono contemplate in diverse Costituzioni latinoamericane (Bolivia, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú, Venezuela, diverse Province argentine e Città Autonoma di Buenos Aires) e in varie legislazioni municipali⁹²; che alcune letture marxiste, ad esempio Gramsci, valutarono la presenza nel partito socialista, come nelle assemblee sovrane, di caratteri irresponsabili e incompetenti, corretti dal «funzionarismo e dall'arbitrio burocratico degli uffici esecutivi»⁹³; che posizioni ideologiche molto diverse, come quelle di Hermann Heller, indicarono la nomina, la revoca e il controllo del leader politico, da parte di un gruppo più o meno ampio di cittadini, come contrappeso alla legge di ferro delle burocrazie statali e di partito⁹⁴.

⁹⁰ Cfr. L. Del Rosario Rodríguez Ruiz, *Modificación de las bases de cálculo para los Ingresos participativos de los presupuestos locales*, in *Revista cubana de Finanzas y Precios*, v. 1, 2017, n. 1, 8 ss., spec. 14.

⁹¹ V.I. Lenin, *El Estado y la Revolución. La doctrina marxista del Estado y las tareas del proletariado en la Revolución* [1918], ed. Demófilo, 2010, 56, in www.omegalfa.es.

⁹² Si v., *ex multis*, Y. Welp, U. Serdült (cur.), *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral de la República del Ecuador e Instituto de la Democracia, 2014; M.L. Eberhardt, *Revocatoria del mandato en América Latina: ¿democracia directa o democracia electoral?*, in *FORUM. Revista Departamento Ciencia Política*, n.16, 2019, 117 ss.

⁹³ A. Gramsci, *I gruppi comunisti*, in *L'ordine nuovo*, 17 luglio 1920.

⁹⁴ H. Heller, *The Essence and Structure of the State* [1934], in A.J. Jacobson, B. Schlink (cur.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley and L.A., Univ. of California Press, 2000, 265 ss., spec. 274.

La trasposizione della dottrina marxista-leninista nell'ordinamento cubano è stata spiegata come "parlamentarizzazione della società" in un sistema di "innumerevoli parlamenti" da Ricardo Alarcón de Quesada, fondatore del PCC: «Se si guarda anche sommariamente ... [al sistema cubano], il sistema elettorale della designazione dei candidati da parte degli elettori, il principio di *rendición de cuentas*, il principio di revocabilità del mandato, la non professionalizzazione degli eletti, tutti questi elementi sono effettivamente i principi classici dell'idea democratica»⁹⁵.

La nuova Costituzione ripropone il diritto dei cittadini cubani di revocare in qualunque momento il mandato degli eletti (art. 80 e 101).

Le organizzazioni territoriali sono inquadrare in un disegno istituzionale che contempla diverse forme e momenti partecipativi e di controllo:

A) *Elección*. L'art. 209 della Costituzione stabilisce, al pari della Costituzione precedente, che il numero dei «delegati» nelle Assemblee municipali del Potere popolare è stabilito dalla legge in proporzione al numero degli abitanti delle rispettive demarcazioni in cui è suddiviso il territorio nazionale. I delegati sono eletti con voto libero, uguale, diretto e segreto.

B) *Revocación*. La legge n. 89/1999⁹⁶ prevede meccanismi di revoca del mandato per tutti gli organi del potere popolare: delegati alle Assemblee municipali possono essere revocati dagli elettori della circoscrizione in cui sono stati eletti; i delegati al Consiglio provinciale e all'Assemblea nazionale dalle Assemblee municipali da cui sono stati eletti; i Presidenti e vicepresidenti delle Assemblee municipali dall'Assemblea; il Presidente, il vicepresidente e il Segretario dell'Assemblea nazionale dall'Assemblea stessa; i membri del Consiglio di Stato dall'Assemblea nazionale. Come detto sopra, al momento in cui si scrive non sono state ancora apportate le necessarie modifiche per disciplinare la revoca di Governatore e vicegovernatore provinciale.

Il procedimento di revoca si può attivare per reiterato inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato conferito, per comportamenti che scalfiscano il

⁹⁵ R. Suárez Suárez (cur.), *Cuba y la Democracia. Ricardo Alarcón de Quesada* [Frammenti di discorsi], La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2002, 148; e ancora: «La coerente applicazione dei nostri principi fa in modo che in si realizzi ciò che lo stesso Kelsen apprezzò dell'esperienza bolscevica: "Data l'impraticabilità della democrazia diretta nei grandi stati economicamente e culturalmente evoluti ... [si genera] una insospettata ipertrofia del parlamentarismo". Si dissolve così l'illusione del parlamento unico depositario della sovranità popolare, il cui carattere fittizio lo condanna irrimediabilmente al suo isolamento dalla società reale – più che rappresentanti del popolo i suoi membri di trasformano in personaggi di una rappresentazione teatrale a cui il popolo assisterebbe quando non vi fosse niente di più attrattivo –, si crea "tutto un insieme di innumerevoli parlamenti sovrapposti l'uno all'altro, che devono trasformarsi da semplici "riunioni di ciarlatani" in assemblee di lavoro. In tal modo il cittadino "da amministrato diverrebbe amministratore di se stesso, da oggetto a soggetto dell'amministrazione. D'altra parte, ciò avverrebbe non direttamente, ma per mediazione dei rappresentanti eletti. Democratizzare l'amministrazione significa innanzitutto parlamentarizzarla". Se di democrazia si tratta, se si è alla ricerca di rappresentanza reale, i parlamentari moderni devono scendere dal palcoscenico e mescolarsi con il popolo, devono creare e sviluppare tale "sistema di innumerevoli" parlamenti, dentro il quale l'organo legislativo centrale sarebbe guida e fondamento strutturale» (*ivi*, 139).

⁹⁶ *Ley No. 29 del 14 de septiembre de 1999, de la Revocación del Mandato de los elegidos a los órganos del Poder Popular*.

“*buen concepto público*”, ovvero per una condotta incompatibile con l’onore di essere rappresentante del popolo in un organo del Potere popolare (art. 5).

Il procedimento è strutturato nelle seguenti fasi: *a*) iniziativa di un delegato dell’Assemblea o di almeno il 25% degli elettori per i delegati municipali; di un delegato [dell’Assemblea provinciale o di almeno il 25% dei delegati dell’Assemblea municipale che li hanno eletti per i delegati provinciali]⁹⁷; del [Presidente dell’Assemblea provinciale] o di un delegato dell’Assemblea municipale per il Presidente o vicepresidente dell’Assemblea municipale; del Consiglio di Stato o dell’Assemblea di appartenenza per il [Presidente o vicepresidente dell’Assemblea provinciale] o del Municipio speciale di Isola della Gioventù⁹⁸; *b*) se l’iniziativa è stata esercitata dagli elettori, viene prima nominata una commissione di verifica delle firme; se l’iniziativa, invece, è di un delegato parte subito l’indagine affidata a una *comisión especial de ética*; gli esiti vengono comunicati dal Presidente dell’Assemblea municipale [all’Assemblea provinciale] o a quella nazionale se il delegato municipale è membro anche dell’una o dell’altra; *c*) se la *comisión especial de ética* decide non archiviare, l’Assemblea nomina una *comisión de revocación* che guida il procedimento fino a *d1*) voto popolare a scrutinio segreto a maggioranza dei voti validi; *d2*) voto dell’Assemblea municipale a scrutinio segreto e a maggioranza dei presenti se il delegato appartiene anche [all’Assemblea provinciale] o a quella nazionale.

608

C) Rendición de cuentas. La nuova Costituzione fissa tra i principi fondamentali l’obbligo di tutti gli organi dello Stato, dei suoi dirigenti, funzionari ed impiegati di rispettare, occuparsi dei bisogni e rispondere al Popolo, mantenere stretti vincoli con esso e assoggettarsi al suo controllo, nelle forme stabilite nella Costituzione e nelle leggi (art. 10). Da ciò deriva, come nella precedente Costituzione, un sistema di obblighi di “*rendición de cuentas*”, configurato come “dovere degli eletti” (art. 101, lett. *c*); vecchio art. 68 lett. *c*)), direttamente verso il popolo, ovvero nei rapporti interorganici, e comunque nei confronti degli organi superiori (art. 101, lett. *f*). L’art. 105 stabilisce che i delegati municipali hanno il dovere di «mantenere un rapporto costante con i propri elettori, promuovendo la partecipazione della comunità nella soluzione dei problemi» (lett. *a*). Il Consiglio provinciale, diventato organo di secondo grado a composizione automatica, emana raccomandazioni al Governatore per l’elaborazione dell’*informe de rendición de cuentas* che questo dovrà produrre all’Assemblea nazionale, al Consiglio di Stato e al Consiglio dei Ministri. L’art. 60 del Regolamento delle Assemblee municipali stabilisce che «il delegato è tenuto a riunirsi con i suoi elettori almeno due volte all’anno, al fine di render conto della sua azione, previa programmazione degli incontri approvata dal Presidente dell’Assemblea municipale». Nei periodi tra una *rendición de cuentas* e l’altra, il delegato deve realizzare “*despachos*” individuali con gli elettori della sua circoscrizione (art. 61 del Regolamento).

⁹⁷ Riportiamo tra parentesi quadre in questo paragrafo le parti della legge che dovranno essere modificate sul piano della denominazione degli organi e/o della disciplina sostanziale alla luce della nuova struttura del *Gobierno provincial*.

⁹⁸ Art. 7 della legge 89/1999.

D) *Despachos*. Un giorno alla settimana il delegato deve incontrare gli elettori della sua circoscrizione che ne facciano richiesta o abbiano sottoposto questioni da risolvere. L'idea di fondo è quella di legittimare costantemente l'azione del delegato attraverso il rapporto costante con gli elettori.

L'efficacia della *rendición de cuentas* è risultata di fatto bassa a causa della limitata partecipazione dei delegati municipali alla elaborazione di politiche pubbliche e di bilancio, del sistema di condizionamenti di tipo verticale e del formalismo delle procedure⁹⁹.

Per quanto attiene all'architettura dei meccanismi di revoca, in dottrina si è giustamente arguito che il principio “*revoca quien elige*” si applica in forma di “*revoca quien nomina*”¹⁰⁰.

5. Qualche ipotesi per il municipio cubano futuro

La Costituzione del 2019 non ha inciso molto sull'organizzazione territoriale. Vi sono certamente delle novità, soprattutto la riorganizzazione della Provincia, ma il giudizio complessivo continua ad orbitare intorno ai principî di unità del potere e di doppia subordinazione, formalmente scomparsi già con le grandi riforme della Costituzione del 1976.

I) La riforma costituzionale del 1992 ha avviato un lentissimo processo di differenziazione delle strutture che sicuramente si intravede nella nuova Costituzione. Scompare dal testo l'espressione indistinta “*ejercer gobierno*” riferita alle Assemblee in ossequio alle suggestioni rousseauiane (vecchio articolo 103, ad esempio) e si adottano soluzioni che potrebbero rivelarsi chiarificatrici.

A livello provinciale, compare espressamente la locuzione “*Gobierno provincial*” (Titolo VIII, Capitolo I), cui consegue l'istituzione del Governatore provinciale e il cambio di denominazione, oltre che di composizione, dell'Assemblea in Consiglio provinciale; in direzione opposta pare andare la scelta di far presiedere il Consiglio al Governatore.

A livello municipale, al contrario, il Consiglio dell'Amministrazione è ora presieduto dall'Intendente in luogo del Presidente dell'Assemblea; la Costituzione dedica, finalmente, una Sezione all'Amministrazione municipale definendo in due articoli il Consiglio, in precedenza vagamente denominato “*órgano de la Administración*” in poche disposizioni sparse. Ciò potrebbe contribuire a definire meglio gli ambiti di competenza ed i rapporti interorganici a livello municipale. Il formale abbandono (già nel 1992) del principio di unità del potere, potrebbe consentire ulteriori “separazioni” tra gli organi e i loro ambiti di competenza.

⁹⁹ Cfr. O. Echavarría Prade, *Políticas públicas, participación ciudadana y desarrollo local en el ordenamiento jurídico cubano: de la Constitución de 1976 a la de 2019*, in *Rev. Est. de Políticas Públicas*, 2019, 58 ss., e Id., *El presupuesto participativo. Un reto para el desarrollo local en Cuba*, in *Rev. Est. de Políticas Públicas*, 2017, 157 ss.

¹⁰⁰ R. Peña, *La revocatoria del mandato en Cuba: una historia de encuentros y desencuentros*, in *Derecho y Crítica Social*, 2017, 223 ss., spec. 246.

II) I problemi attuali del municipalismo cubano sono in parte diversi da quelli che attanagliano gli altri ordinamenti latinoamericani. La marcata asimmetria tra decentramento selvaggio di funzioni e centralizzazione delle entrate fiscali, la ristrutturazione dei sistemi tributari da alcune parti in corso e la necessità di reperire nuove ingenti fonti di finanziamento interne ed internazionali per finanziare il “*desarrollo urbano*”¹⁰¹ sono attualmente i principali temi di interesse in tutto il resto della *Nuestra América*.

A Cuba, i problemi persistenti riguardano i vari aspetti dell'autonomia come tradizionalmente intesa: a) la scarsa potestà regolamentare degli enti territoriali; al riguardo la dottrina cubana ancora distingue tra *normas de organización*, interna e dei rapporti con enti ed organi “*de subordinación local*”, e *normas de relación*, regolative dei rapporti con i cittadini (in entrambi i casi l'autonomia normativa è comunque assai limitata); b) la mancanza di autonomia finanziaria e di bilancio; c) la persistenza della doppia subordinazione, con ampi poteri di revoca delle misure locali da parte degli organi sovraordinati; d) incapacità di definire politiche pubbliche municipali orientate al “*desarrollo local*”. Consentire ai Municipi di occuparsi di “*desarrollo turístico*” e “*desarrollo urbano sostenible*” contribuirebbe in grande misura al miglioramento della qualità della vita e delle casse municipali¹⁰².

Va però sottolineato che i Municipi cubani, diversamente dal resto dell'America Latina, non sono soffocati dal decentramento di funzioni, la qual cosa potrebbe rivelarsi positiva ove si intraprendesse un percorso di “*fortalecimiento*” dell'autonomia nel senso che si darà nel punto successivo.

III) Il Municipio, “*lo más tenaz de la civilización romana*” nelle parole di José Martí, ha vissuto alterne ma spesso grandiose vicende. Nella Costituzione del 1940, la migliore della storia cubana come sopra riferito, oltre all'autonomia il Municipio si vide riconoscere una serie di dettagliate competenze proprie in varie materie. L'art. 213 si apriva con l'attribuzione di “*todos los servicios públicos locales*” e continuava specificando il potere di creare e gestire scuole, biblioteche pubbliche, musei, spazi ricreativi; affermava l'autonomia finanziaria e di bilancio e la possibilità di contrarre e concedere prestiti; attribuiva poteri di regolazione dello sviluppo urbano. L'art. 214 specificava in cosa consistessero “le necessità minime locali” da soddisfare: il pagamento degli stipendi e delle diarie a funzionari ed impiegati, tenendo conto del livello di vita nella località; la garanzia di un albergo, di un centro di assistenza sociale, di un centro di avviamento al lavoro e di una azienda agricola; la polizia urbana e il servizio antincendio; la garanzia, almeno nel centro urbano, di una scuola, di una biblioteca, di un centro di cultura popolare e

¹⁰¹ Sul tema sia consentito il rinvio ad A. Tarzia, *Ciudades inteligentes, finanzas desequilibradas. IFEs, IFIs y tributación para financiar el desarrollo urbano latinoamericano*, in *A&C Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 79, 2020.

¹⁰² Cfr., *ex multis*, R. Martín Fernández, Y. Pérez Martínez, *Desarrollo turístico sostenible en Cuba: un reto a la descentralización*, in L. Pérez Hernández, O. Díaz Legón (cur.), *¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización y desarrollo local*, cit., 326-327; C. Magaly León Segura, *El Municipio y los procesos de desarrollo local en Cuba*, in *Economía y Desarrollo*, v. 150, n. 2, 2013, 141 ss.; L. Pérez Hernández, L.M. Tabares Neyra, O.J. Díaz Legón, *Lo local-municipal como espacio de desarrollo en Cuba. Notas para el perfeccionamiento del régimen jurídico de la administración local*, in *Revista Universidad de la Habana*, 2019, 135 ss.

di un pronto soccorso. L'elencazione delle funzioni municipali non significava automaticamente competenze residuali dello Stato (così l'art. 213, lett. h)). Questa ricchezza di contenuti era frutto delle sensibilità sviluppate dalla *Escuela Cubana de Derecho Municipal*, ma anche di un livello avanzato di funzionamento della macchina municipale, al punto che molti servizi pubblici venivano erogati attraverso l'associazionismo intermunicipale¹⁰³, espressamente garantito come *facoltà* dall'art. 210.

A “garanzia dell'autonomia municipale” l'art. 227 stabiliva che nessun organo locale potesse essere sospeso o destituito dagli organi provinciali o governativi; che solo i Tribunali di giustizia ed i meccanismi di revoca del mandato secondo quanto previsto dalla legge avrebbero potuto sospendere o far decadere dall'incarico gli amministratori locali; che solo il *Tribunal de Cuentas* poteva intervenire in materia finanziaria e di bilancio; che gli organi provinciali e governativi non potevano sospendere l'efficacia degli atti municipali ma solo rivolgersi, nelle forme previste dalla legge, ai Tribunali di giustizia; che nessuna legge avrebbe potuto acquisire alle casse dello Stato le entrate proprie municipali, trasformare imposte municipali in imposte statali ed obbligare i Municipi a diventare agenti di riscossione delle imposte nazionali.

Se il lascito romanistico è ancora così vivo, come si è inteso accertare in questo scritto, un rinnovamento dell'esperienza municipale potrebbe concretamente ripartire dalla rivivificazione dell'associazionismo¹⁰⁴ come forma di “federalismo societario”¹⁰⁵, di valorizzazione dell'eterogeneità del panorama municipale e di ammodernamento dal basso delle forme di partecipazione.

Antonello Tarzia
Facoltà di Giurisprudenza
Università LUM Jean Monnet
tarzia@lum.it

¹⁰³ Ne dava notizia A.M. Lazcano y Mazón, *Las Constituciones de Cuba*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1952, 408.

¹⁰⁴ Un riconosciuto studioso dell'associazionismo municipale fu un altro esponente della *Escuela Cubana*, Ruy de Lugo-Viña.

¹⁰⁵ Su cui si rinvia alle belle pagine di G. Lobrano, *La essenza romana del “pensiero politico-giuridico latino-americano”*. *Caratteristiche e attualità del pensiero democratico: federalismo vero contro federalismo falso tra Europa e America*, in J.A. Goddard, H. Heredia Vázquez, *Estudios Latinoamericanos de Derecho Romano*, México D.F., UNAM, 2017, 675 ss.

Il bilancio in Parlamento nella nuova Costituzione cubana: un'occasione mancata?

di Luigi Testa

Abstract: Budget in Parliament and new Cuban Constitution: a missed chance? – The essay aims to describe the process to approve the public budget in the Cuban national case, with special regard to the relationship between Government and Parliament. The budget process is analysed in its three main steps – preparation, presentation and parliamentary discussion – in order to understand if and in which measure the recent constitutional reform regarded it.

613

Keywords: Budget process; Public budget; Frame of Government; Parliament; Public Finance.

1. Il diritto del bilancio, chiave di lettura della forma di governo

Nonostante, alla sua comparsa sulla scena del dibattito giuridico, il tema del diritto del bilancio si presentasse, almeno ad una prima impressione, come un capitolo dello studio sulle fonti del diritto, la domanda di ricerca sottesa già a quella primissima riflessione moderna era in realtà una domanda sulla forma di governo. Quando Laband, Jellinek e Gneist¹ – per citare i nomi più noti² – si confrontano sul tema, dando principio a quella teoria della legge di bilancio come legge meramente formale che è destinata tanto a fortuna quanto a malintesi³, è ancora

¹ P. Laband, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Berlino - New York, 1971, rist. dell'ed. 1871; trad. it. di C. Forte, *Il diritto del bilancio*, Milano, 2007; G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Aalen, 1964, rist. anast. dell'ed. 1887, trad. it. di C. Forte, *Legge e decreto*, Milano, 1997; R. Gneist, *Gesetz und Budget. Constitutionelle Streitfragen aus der preussischen Ministerkrise von März 1878*, Berlino, 1879, trad. it. di C. Forte, *Legge e bilancio*, Milano, 1997.

² Altri contributi rilevanti al dibattito si trovano in: C. Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Amburgo, 1835, IV; C. F. von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; A. Haenel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, in *Studien zum Deutschen Staatsrecht*, Leipzig, 1888; P. Zorn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, *Das Verfassungsrecht*, Berlino, 1895.

³ Come è noto, la scelta del costituente italiano – rispetto alla quale si è rotta la continuità con la novella costituzionale del 2011 – era stata originariamente nel senso di prevedere una legge di bilancio meramente formale, tanto da rendersi necessaria una legislazione (sostanziale) supplementare che ha preso poi le forme della legge finanziaria, infine legge di stabilità. In realtà, la distinzione tra legge sostanziale e legge meramente formale (mutuata dalla sistematica delle fonti già presente in E.A.C. von Stockmar, *Studien zum preussischen Staatsrecht*, in *Aegidis Zeitschrift*, 1867), e l'iscrizione del bilancio alla seconda categoria in Laband era

forte in loro l'impressione della crisi prussiana che si era chiusa pochi anni prima. Cinque anni in cui il conte di Bismark aveva imposto le ragioni della necessità contro quelle del diritto⁴, amministrando senza un regolare bilancio approvato dalla riluttante Camera bassa⁵.

Così, la riflessione sulla natura della legge di bilancio (addirittura non legge, neanche meramente formale, ma mero decreto per Jellinek: mai derubricazione così drastica per quello che una volta si chiamava il "diritto sacro" del Parlamento) è in realtà più o meno dichiaratamente propedeutica allo studio dei rapporti di forza tra Governo e assemblea legislativa nella definizione del ««massimo documento della vita nazionale, racchiudente in sé i benefici e i sacrifici che derivano per la collettività tutta»⁶. Senza che sia qui possibile dilungarsi troppo sul punto, l'affermazione della natura legislativa del bilancio (pur in mancanze di un contenuto innovativo dell'ordinamento: legge formale, ma pur sempre legge) serve al Laband per ricondurlo comunque all'esercizio di quella potestà legislativa che non è esclusiva delle Camere, ma che è condivisa tra Governo e Camere, il che consente di qualificare la mancata approvazione parlamentare come una legittima scelta dell'assemblea di lasciare che sia il co-titolare della funzione legislativa ad assumersi solitariamente tutta la responsabilità delle relative scelte.

D'altra parte, la storia del bilancio pubblico è geneticamente legata alla storia dei rapporti tra Sovrano (e quindi Governo) e Parlamento. È noto, e non occorre qui soffermarsi se non per un rapido cenno, che il parlamentarismo, inteso nel senso kelseniano⁷, nasce in realtà proprio come pretesa delle assemblee di intervenire (anzitutto) nelle decisioni di finanza pubblica adottate dal Sovrano. Non stupirà, così, che sfogliando i *Cobbett's Parliamentary Debates* – sintesi preziosissima della storia parlamentare inglese dal 1066 al 1803 in avanti⁸ – un'attenzione specifica, isolata in uno specifico paragrafo, nello studio dei rapporti tra le prime assemblee e i Sovrani regnanti sia dedicata alla materia delle *taxes*, come a significare che è quell'embrionale campo di finanza pubblica l'arena in cui si giocano, dall'inizio, i destini del parlamentarismo.

funzionale – per la ragione che si vedrà appena oltre nel corpo del testo – all'affermazione della natura legislativa dell'atto, nonostante esso non avesse (quasi mai) un contenuto innovativo dell'ordinamento. Peraltro, l'Autore non sembra mai affermare la natura necessariamente formale della legge di bilancio, tanto da sostenere, nel suo studio del 1871, che nel caso in cui essa avesse anche un contenuto innovativo, ciò avrebbe richiesto un intervento nel procedimento della Camera alta, generalmente esclusa dalla decisione di finanza pubblica.

⁴ Queste le parole di Bismark, nel gennaio 1863: «La teoria non ha valore, quando la necessità comanda, e ... l'assicurare lo svolgersi regolare dei servizi pubblici è una necessità assoluta». Le parole del Cancelliere Bismark si trovano nella ricostruzione di G. Vitagliano, *Il contenuto giuridico della legge del bilancio*, Roma, 1910, 244 ss.

⁵ Per i particolari della vicenda, si veda soprattutto: E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. I, *Reform und Restauration 1789-1830*, Stuttgart, 1957, e vol. II, *Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850*, Stuttgart, 1960.

⁶ S. Buscema, *Bilancio*, voce, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959, 386.

⁷ E dunque come «formazione della volontà normativa dello Stato mediante un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale ed eguale per tutti, cioè dunque democraticamente, secondo il principio della maggioranza» (H. Kelsen, *La democrazia*, trad. it., Bologna, 1995, 157).

⁸ W. Cobbett, *Parliamentary History of England*, Londra, 1808.

Così, una riflessione sullo stadio di maturità di una democrazia parlamentare non può prescindere da uno studio del diritto del bilancio pubblico senza il rischio di perdere di vista una cifra assolutamente significativa. Anzi, si può azzardare che quello del *budget process* sia in realtà un angolo prospettico piuttosto efficace per misurare lo stato dei rapporti esistenti tra Governo e Parlamento in un dato ordinamento – e dunque, in definitiva, una chiave di lettura della sua forma di governo. Non è senza interesse, quindi, un’analisi delle forme assunte dalla dialettica tra esecutivo e legislativo nell’approvazione del bilancio dello Stato in un ordinamento – quello cubano, in specie – che ha inteso di recente compiere un nuovo passo nel suo percorso politico-costituzionale.

Nonostante non sia espressamente rinnegato nulla della sua tradizione giuridica precedente⁹, la comunità giuridica (anche, o forse soprattutto, internazionale) non ha mancato di mostrare interesse per alcune novità di maggiore prossimità al modello delle democrazie liberali, di cui si discute ampiamente nella sezione monografica in cui questo contributo si inserisce. Vale la pena di verificare quali elementi di valutazione, vigente la “nuova” Costituzione, siano offerti dal diritto del bilancio, e se questo possa effettivamente ancora dire qualcosa sulla forma di governo *in vivo* dell’ordinamento cubano.

2. Uno sguardo alle (poche) fonti in materia.

La prima novità a destare una certa sorpresa è che non ci sono novità. L’autore della Costituzione del 2019 avrebbe potuto cogliere l’occasione per dare maggior tono costituzionale al diritto del bilancio, al pari di quanto avviene in altri ordinamenti tra i più importanti¹⁰, ma preferisce invero confermare da questo punto di vista l’impianto della legge fondamentale previgente. Così, non vi è nell’articolato costituzionale alcuna disposizione specificamente dedicata al bilancio dello Stato: soltanto si ritrova la regola – su cui si dovrà ritornare poco oltre – dell’iniziativa esclusiva del Governo e quella dell’approvazione parlamentare, peraltro non in una norma isolata ma nel più ampio catalogo delle funzioni del Consiglio dei Ministri (art. 137) e dell’Assemblea nazionale del potere popolare (art. 108).

La disciplina rilevante, dunque, resta tutta rimessa alla normazione sub-costituzionale, che è tutta previgente alla nuova Costituzione, e che, invero, si riduce al Decreto – Ley No. 192 “De la Administración Financiera del Estado”. Approvato nell’aprile del 1999, il decreto sostituisce la Ley No. 29 “Ley Orgánica del Sistema Presupuestario del Estado”, che risaliva al luglio 1980, e che si era reso

⁹ Anzi, è affermata continuità con il socialismo, la cui scelta è espressamente definita irrevocabile, all’art. 4, c. 3, della nuova Costituzione.

¹⁰ Ovviamente, il panorama comparato offre diversi modelli, ma tendenzialmente quasi tutte le costituzioni dedicano al bilancio dello Stato una specifica disposizione costituzionale, quando non ben più di una, come ad esempio nel caso francese o tedesco (ma così anche in Argentina e in Messico, *inter caetera*). Fa eccezione la Costituzione statunitense, che ha tuttavia un articolato con una struttura *su j generis*, che peraltro contiene comunque previsioni fondamentali in materia di diritto del bilancio, quale ad esempio quella in materia di *funding gap*, di cui *amplius ultra*.

necessario dopo le novità portate dall'introduzione, nel 1976, del nuovo Sistema de Dirección y Planificación de la Economía (SDPE). Fino a quel momento, la materia era stata regolata dalla Ley No. 1111, nota come "Ley de Presupuesto" del 1929, che in realtà era quasi caduta in desuetudine, tanto più che gli ordinari strumenti di pianificazione di finanza pubblica erano stati abbandonati tra il 1967 e il 1976.

Il Decreto – Ley No. 192 costituisce dunque la fonte principale in materia di bilancio pubblico, se si eccettuano i due riferimenti costituzionali di cui si è fatto cenno appena sopra. Peraltro, rispetto ai testi previgenti del 1980 e del 1929, il legislatore del 1999 interviene in ogni settore dell'amministrazione finanziaria dello Stato (Tributario, Presupuestario, de Tesorería, de Crédito Público y de Contabilidad Gubernamental), e, per quanto più di stretto interesse in questa sede, nel campo del bilancio pubblico *stricto sensu*, le novità consistono principalmente nell'introduzione di alcune (importanti) regole di contabilità pubblica, quali l'indicazione separata in bilancio dei mezzi finanziari e delle spese, senza compensazioni, e l'opzione per un modello di competenza, e non di cassa (art. 9). Nulla cambia, invece, relativamente ai rapporti di forza tra il Governo che propone e il Parlamento che approva.

616

Di questi rapporti in realtà le fonti dicono ben poco. Una struttura essenziale si può dedurre dagli art. 108 e 137 della Costituzione, che permettono di ricondurre il caso cubano al canone del *budget process* tipico di ogni democrazia parlamentare (per il quale, appunto, il Governo propone e il Parlamento approva¹¹), ma tale canone rischia di rimanere una formula vuota, scarsamente rappresentativa dell'effettiva realtà della forma di governo. Invero, forse soltanto in alcuni casi eccezionali la regola «il Governo propone e il Parlamento approva» non viene formalmente riconosciuta: era così, ad esempio, nella coda – neanche all'inizio – dell'esperienza nazista¹². Più problematico, invece, è riconoscere la sostanza della storia, il che significa guardare – prima che al dato politico, che evidentemente anche soccorrerà¹³ – alla disciplina che occupa lo spazio tra «il Governo propone» e «il Parlamento approva», con riguardo, ad esempio, ai limiti allo *jus emendandi* esercitabile dall'assemblea legislativa nello specifico caso.

Ebbene, inutilmente si cercherà tra le fonti cubane tale disciplina. Il Decreto – Ley No. 192, al pari della Ley No. 29, dedica più attenzione alla fase della preparazione del *budget* che a quella della sua approvazione in Assemblea. Né si potrà trovare alcuna disposizione in materia nel regolamento parlamentare – né in

¹¹ L'espressione è ripresa da J. Harvey, L. Bather, *The British Constitution*, Londra, 1977, 197: «Da una parte il Governo propone e dall'altra il Parlamento critica».

¹² Con l'*Ermächtigungsgesetz* del 1933, anche il bilancio dello Stato, in deroga alla Costituzione vigente, passa nella competenza legislativa del Gabinetto, e di fatto ad occuparsene solitamente è da subito il potente Ministro delle finanze, tanto più che dal 1937 in avanti non vi saranno neanche più riunioni dell'organo collegiale di governo. Il bilancio continua ad assumere la forma di legge, ma perde ogni carattere di pubblicità – non essendo più pubblicato dal 1935 in avanti – e spesso viene approvato ad esercizio in corso o addirittura concluso, come misura legittimante *ex post*. Sul punto, si può vedere H.W. Baade, *Mandatory Appropriations of Public Funds: a Comparative Study*, 60 Va. L. Rev. 393 (1974), 635 ss.

¹³ E che è anzi, come emergerà, cifra essenziale.

quello generale, né in quello di sessione – che sembra ignorare del tutto la specificità del *budget process* rispetto al procedimento legislativo comune. E questo nonostante, statistiche alla mano, la *Ley de Presupuesto* annuale sia una dei rarissimi casi di esercizio di potere legislativo ordinario, risolvendosi la maggior parte (*rectius*: la quasi totalità) dell'attività parlamentare in operazioni di convalida di decreti legge.

3. Il *budget process*

Se questa aporia delle fonti possa dire qualcosa sulla realtà del *budget process* e dunque – se si adotta questo come chiave di lettura della forma di governo – sullo stato della democrazia parlamentare nella Repubblica di Cuba, è cosa che emergerà nel prosieguo della trattazione già prima che nelle sue conclusioni.

Vale invece ora la pena seguire i diversi passaggi di tale processo, che è per sua stessa natura un procedimento ordinato scomponibile per comodità di studio in tre sequenze temporali: la preparazione della proposta governativa, la fase dell'iniziativa, e quella della discussione-approvazione parlamentare. All'analisi di queste tre sequenze, la specificità del caso cubano richiede di premettere un cenno alla struttura del bilancio statale.

Il *Presupuesto del Estado*, infatti, si presenta come un documento composito, una sorta di “bilancio di bilanci”, volto a garantire la realizzazione del *Plan Único de Desarrollo Económico-Social del Estado*. Ai sensi dell'art. 10 del Decreto – Ley No. 192 esso include il *Presupuesto Central* e i *Presupuestos Provinciales*¹⁴. A completare l'articolazione documentale, il *Presupuesto Central* include il *Presupuesto de la Seguridad Social*, mentre i *Presupuestos Provinciales* quelli dei relativi municipi. Ne deriva che la fase di preparazione del *Presupuesto del Estado* che sarà presentato al Parlamento per l'approvazione è particolarmente complessa, e si tratta, peraltro, della fase più attentamente disciplinata dalle fonti in materia.

3.1. La preparazione della proposta governativa.

Il modello contemporaneo di amministrazione pubblica, con il suo alto tasso di articolazione – sia sul piano orizzontale (statale, per intendersi) che su quello verticale (dunque incrociando i diversi livelli di governo) – ha fatto sì che la fase della preparazione della proposta governativa di bilancio si complicasse sempre di più, soprattutto per quanto attiene al versante della spesa pubblica, dove peraltro le esigenze di contenimento e di razionalità del sistema si avvertono evidentemente più pressanti.

Così, in ogni esperienza di amministrazione complessa, l'elaborazione del *budget* è esito di una dialettica tra Governo – titolare della relativa iniziativa legislativa – e ogni livello dell'amministrazione dello Stato, che si compone di due movimenti. Il primo di essi ha natura per così dire discendente, e consiste nell'inoltro alle singole amministrazioni con potere di spesa di una serie di indirizzi deliberati dal Governo. Segue un movimento contrario, centripeto, in cui le

¹⁴ Ai quali è assimilato anche il *Presupuesto del Municipio Especial Isla de la Juventud*.

amministrazioni interpellate inviano al Governo nazionale, in bozza, la propria richiesta. È chiaro che è a questo punto che si apre forse la fase politicamente più delicata, in cui le richieste di spesa delle singole amministrazioni dovranno essere non solo corrette (eventualmente) rispetto all'indirizzo di politica economica del Governo, ma dovranno essere (quasi certamente) armonizzate, per evitare una irrazionale distribuzione delle risorse.

A gestire questa delicata fase, negli ordinamenti ad esecutivo monocratico (invero, ipotesi piuttosto isolata: il caso più significativo è quello degli Stati Uniti) è lo stesso Presidente, coadiuvato in questo da un organo strettamente fiduciario¹⁵. Negli ordinamenti, invece, ad esecutivo collegiale, la fase della preparazione del bilancio è diretta dal Ministro delle finanze – comunque denominato –, pur talvolta con la previsione dell'intervento del Primo Ministro come arbitro tra le parti in caso di disaccordo non altrimenti sanato¹⁶. Questo ultimo schema è quello prevalente, non solo in Europa (il caso più noto, se non altro per il maggior protagonismo del Ministro finanziario, è quello del Regno Unito¹⁷), ma anche in America Latina: così, ad esempio, nel sistema argentino o in quello messicano – che pur essendo presidenziali, prevedono un esecutivo collegiale¹⁸.

A questo modello è sussumibile anche il caso cubano, il quale – almeno nel nuovo assetto costituzionale – ha, nel Consiglio dei Ministri, un organo collegiale investito del ruolo di «máximo órgano ejecutivo y administrativo» (art. 133), e, come si è già visto, tra le sue competenze, alla lettera f) dell'art. 137 si trova quella di «elaborar el proyecto de Presupuesto del Estado».

Per assolvere a tale funzione, generalmente in maggio, il Consiglio dei Ministri delibera una serie di direttive e priorità fondamentali (art. 17, D.-L., 192) sulla base delle quali il Ministero delle finanze (*Ministerio de Finanzas y Precios*) predispone delle indicazioni più specifiche, che tengano già conto dei caratteri peculiari di ciascuna amministrazione. È questo il primo movimento dei due che si

¹⁵ Nel caso americano, si tratta dell'Ufficio della Casa Bianca per il Bilancio (*Office of Management and Budget* – OMB), istituito con il *Budget and Accounting Act* del 1921, e dotato anche di fondamentali compiti nella fase esecutiva della decisione di bilancio. Per una ricostruzione del processo di bilancio negli Stati Uniti, sono utili: A. Schick, *The Federal Budget. Politics, Policy, Process*, Washington, 2008; H.M. Robert, *Robert's Rules of Order Newly Revised*, Reading, 2011; e P. Mason, *Mason's Manual of Legislative Procedure*, St. Paul, 2010. Specificamente sull'OMB, vds. S. L. Tomkin, *Inside OMB: Politics and Process in the President's Budget Office*, New York, 1998.

¹⁶ È il caso, ad esempio, dell'*arbitrage budgétaire* previsto nell'ordinamento francese. Sul bilancio in Parlamento in Francia, si può vedere P. Avril, J. Gicquel, J.-É. Cicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 2014; o più specifico J.-L. Albert, *Finances publiques*, Parigi, 2017.

¹⁷ In effetti, il ruolo del Cancelliere dello Scacchiere è centralissimo, e certamente (almeno politicamente) concorrente con quello del Primo Ministro, tanto che è il primo – pur evidentemente a nome del governo – a presentare Budget e Estimates alla Camera dei Comuni per l'approvazione. Sul budget process nel Regno Unito è essenziale E. May, *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament (Parliamentary Practice)*, Londra, 2011.

¹⁸ Sul caso messicano, che oltre sarà richiamato, si veda G. Gutiérrez, A. Lujambio, D. Valadés, *El proceso presupuestario y las relaciones entre los organos del poder. Una perspectiva histórica y comparada*, in D. Valadés, R. Gutiérrez (eds), *Economía y Constitución*, Città del Mexico, 2001; e, se si vuole, L. Testa, *Il bilancio pubblico in Messico: un diritto "di transizione"*, in *Cuestiones Constitucionales*, in corso di pubblicazione.

individuavano sopra. Sulla base di queste indicazioni, gli enti con potere di spesa afferenti al *Presupuesto Central* e quelle di competenza dei *Presupuestos Provinciales* – incrociando, dunque, l'articolazione sia orizzontale che verticale dell'amministrazione – redigeranno le proprie richieste (art. 18, D.-L., 192). Parallelamente, il *Ministerio de Trabajo y Seguridad Social* predispone anche le richieste di spesa relative al *Sistema Cubano de Seguridad social* (art. 18, c.2, D.-L., 192), rispetto alle quali, invero, le istruzioni del Ministero delle finanze sono meno stringenti, laddove uno scostamento sia ragionevolmente motivato.

Le bozze così compilate dalle amministrazioni (c.d. *anteproyectos*) tornano dunque – più o meno in ottobre – al *Ministerio de Finanzas y Precios*, il quale si occuperà della loro verifica, correzione e armonizzazione, tramite una serie di tavoli di conciliazione con gli enti interessati.

Due questioni restano irrisolte se si cerca nelle relative fonti, e possono trovare una soluzione soltanto guardando ad alcuni elementi di contesto. La prima riguarda l'effettivo ruolo del Ministro delle finanze in questa fase istruttoria.

La domanda è suggerita dall'analisi comparatistica, la quale restituisce invero modelli diversi, che vanno da quello di una completa subordinazione del Ministro del Primo Ministro – come ad esempio in Francia – o al Governo inteso come organo collegiale – ed è questo il caso, tra gli altri, italiano –, a quello invece – ed esemplare è quello inglese già appena sopra richiamato – in cui Ministro e Capo del Governo sono sostanzialmente equiparati (almeno sotto il profilo qui di interesse), tanto che, anche simbolicamente, l'iniziativa alle Camere non è presentata dal Primo Ministro ma dal suo Cancelliere dello Scacchiere¹⁹, che se ne assume quasi individualmente la responsabilità innanzi al Parlamento²⁰.

Qualche autore ha così, in dottrina, inteso distinguere un potere *formale* del Capo del Governo rispetto ad un potere *reale* del Ministro delle finanze²¹. La distinzione, invero, convince fino ad un certo punto, e, se non altro, non tiene conto del fatto che un potere, pur formale, resta sempre tale – stante il fermo riferimento normativo, cui esso può sempre 'appellarsi' –, mentre un potere reale, o sostanziale, rischia di essere vittima del suo stesso realismo, e dunque di essere compresso del tutto in caso di avversi equilibri politici.

D'altra parte, la distinzione tra potere formale e reale non sembra calzare al caso cubano, dove entrambi sembrano sicuramente coincidere nel ruolo del Primo

¹⁹ Ovviamente, il peso del Cancelliere dello Scacchiere rispetto al Primo Ministro è rimesso in larga parte anche alla sostanza degli equilibri all'interno del Governo. Pare che il *Budget speech* del Cancelliere dello Scacchiere durante gli anni di Margareth Thatcher fosse scritto interamente e direttamente dal Primo Ministro, mentre in un'intervista rilasciata il 25 giugno 2006, Michael Portillo, già *Chief Secretary to the Treasury*, racconta che, la sera prima dello *speech*, Blair ancora si chiedeva se il suo Cancelliere Gordon Brown gliene avrebbe fatto leggere il testo in anteprima. Evocativo di questo preminente ruolo del Cancelliere, d'altra parte, è il fatto che il *Budget speech* è seguito dall'*address* (non del Cancelliere ombra, ma) del premier ombra.

²⁰ D'altra parte, è assai significativo che una consolidata consuetudine richieda che il Primo Ministro e il Cancelliere dello Scacchiere (e non gli altri membri del Governo), per ragioni di *accountability*, siano membri della Camera dei Comuni.

²¹ A. Baudu, A. Baudu, *Droit des finances publiques*, Parigi, 2018, 433.

Ministro. Nessun potere concorrente del Ministro delle finanze²², infatti, sembra poter trovar spazio in un sistema in cui la Costituzione non prevede forme di responsabilità individuale dei membri del Governo, per i quali è invece responsabile il Primo Ministro, sia dinanzi al Parlamento che dinanzi al Presidente della Repubblica (art. 142). D'altra parte, stando alle funzioni dei membri del Consiglio dei Ministri disciplinata all'art. 145, sembrerebbe desumersi una sostanziale subordinazione dei membri del Governo al Primo Ministro, o quanto meno una supremazia del principio di collegialità dell'azione del Governo.

Ciò, d'altra parte, aiuta anche nel tentativo di trovare una soluzione alla seconda questione aperta, che ha a che fare con l'ipotesi di insanabile conflitto tra Ministro delle finanze e amministrazioni con potere di spesa nella fase di armonizzazione degli *anteproyectos*. È chiaro che nulla legittimerebbe, nel contesto ricostruito, un protagonismo del *Ministerio de Finanzas y Precios* tale da assumere decisioni solitarie nel braccio di ferro con le amministrazioni "dissidenti". Più naturale è invece pensare – una volta esauriti tutti gli strumenti informali, che possono naturalmente avere forma libera – ad un arbitraggio rimesso al Primo Ministro, in forza proprio di quella sua responsabilità per tutta l'attività del Governo di cui all'art. 142, secondo le forme d'altra parte già collaudate in altri ordinamenti²³.

620

3.2. L'esercizio dell'iniziativa.

Una volta che il Ministro delle Finanze, coadiuvato in questo da un *Comité Estatal de Finanzas*, ha concluso la fase istruttoria, il progetto viene presentato al Consiglio dei Ministri, che ne delibera la presentazione all'Assemblea nazionale.

Che debba essere il Governo ad elaborare la proposta da presentare al Parlamento per la sua discussione e approvazione è una regola generalmente condivisa, e che il più delle volte ha tenore costituzionale (o almeno para-costituzionale²⁴). D'altra parte, quella della titolarità necessaria ed esclusiva del Governo è quasi un'esigenza connaturale al diritto del bilancio, almeno per tre ordini di motivi.

Si tratta anzitutto di una ragione di stretta organizzazione: nessun organo al di fuori del Governo, vertice del sistema amministrativo, sarebbe in grado di gestire quella complessa fase istruttoria che sopra si è almeno per cenni ricostruita.

²² Salvo, naturalmente, quello di inviare le istruzioni alle amministrazioni – sulla base delle direttive deliberate dal Consiglio dei Ministri in maggio – e di gestire, se non altro sotto il profilo organizzativo, il dialogo istruttorio con esse.

²³ Vedi ad esempio il caso francese, di cui alla nota 16.

²⁴ Ad esempio, non è prevista direttamente dalla Costituzione degli Stati Uniti, ma dal *Budget and Accounting Act* del 1921, che comunque ha tenore para-costituzionale. La regola ha eguale forza in Francia (si veda la decisione del Consiglio costituzionale Dec. N. 2001-448 DC), è già prevista all'art. 37 dell'ordinanza (n. 59-2) del 1959, ed è poi ripresa con formulazione del tutto simile dall'art. 38 della successiva legge organica n. 2001-692. Che la regola abbia tenore sostanzialmente costituzionale, poi, non si è mai dubitato neanche nel Regno Unito: «The role of Parliament in respect of State expenditure and taxation has never been one of initiation: it was for the Sovereign to request money and for the Commons to respond to request» (E. May, *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament (Parliamentary Practice)*, Londra, 2011, 711).

Anche da un punto di vista storico, non si è mai messo in discussione che il diritto dell'assemblea elettiva fosse quello di concedere somme e autorizzare stanziamenti su richiesta del Sovrano (e quindi del Governo). E, d'altra parte, entrambe queste prime due ragioni ben si comprendono alla luce della funzione del bilancio pubblico, che è, secondo una felice definizione, trascrizione in termini contabili dell'indirizzo politico²⁵. Così, dalla titolarità governativa della iniziativa nell'esercizio della funzione di indirizzo politico deriva, quasi naturale precipitato, la titolarità governativa dell'iniziativa in materia di bilancio pubblico, cui non si sottrae – come si è visto – neanche la Repubblica di Cuba, in forza della già citata previsione costituzionale (art. 137, lett. f).

Il panorama comparato offre, invero, due modelli, quanto alle modalità di presentazione dell'iniziativa alle Camere²⁶. Un primo modello prevede che la proposta del Governo assuma da subito la forma di una iniziativa legislativa formale, e dunque che il dibattito parlamentare abbia ad oggetto il disegno di legge depositato alle Camere, il quale – al netto delle scelte emendative dell'assemblea, evidentemente – diventerà poi la legge di bilancio.

Al contrario, invece, il secondo modello conosce una soluzione di continuità documentale tra la fase dell'iniziativa e quella della deliberazione parlamentare. La proposta governativa²⁷ non assume in questo caso la forma di una proposta di legge²⁸, ma mantiene la tradizionale forma di una richiesta al Parlamento, su cui questo assumerà delle prime deliberazioni con una o più risoluzioni cui seguirà l'iniziativa parlamentare di un *bill* da discutere e approvare.

Nel primo modello si sarà riconosciuto il caso della legge di bilancio italiana, ma il riferimento potrebbe essere a tutti i Paesi dell'area europea continentale, e non solo: è così, ad esempio, in Argentina e in Messico, per citare ancora due casi nazionali che già si sono richiamati in precedenza (in nota). Il secondo modello, invece, è quello tipico del Regno Unito, e dei Paesi che lo hanno assunto per derivazione dal caso inglese: si pensi soprattutto agli Stati Uniti d'America, ma anche, ad esempio, al Canada.

Coerentemente con gli altri casi dell'America Latina, il sistema cubano si assesta sul primo modello, di derivazione continental-europea. La proposta deliberata dal Consiglio dei Ministri in seguito all'iniziativa del Ministro delle

²⁵ Per S. Buscema, *op. cit.*, 379, il bilancio «è la trascrizione, per così dire, in termini contabili dell'indirizzo e del programma politico deliberati, a seconda degli Stati, al Parlamento, dal Parlamento e dal Governo, dal solo Governo e così via».

²⁶ Sia consentito il rinvio a L. Testa, *Il bilancio in Parlamento. Elementi per una comparazione*, Milano, 2019.

²⁷ Che in realtà talvolta è una doppia iniziativa, in quegli ordinamenti – principalmente riferibili all'area anglosassone – dove si mantiene distinta la procedura della spesa pubblica e quella fiscale. Così è ad esempio nel Regno Unito, dove per la prima l'iniziativa è esercitata tramite la presentazione degli *Estimates*, e per la seconda con il Budget presentato dal Cancelliere dello Scacchiere. Analogamente accadde in Canada, che ricalca fedelmente il modello di *budget process* inglese, su cui: A. O'Brien, M. Bosc, *House of Commons Procedure and Practice*, Ottawa, 2009. Non è più così, invece, per gli Stati Uniti, dopo il *Budget and Accounting Act* del 1921, che prevede un'unica iniziativa formale (il c.d. *Presidential Budget*), salvo poi mantenere distinte le due procedure parlamentari di spesa e di "entrata".

²⁸ Né potrebbe assumerla in alcuni ordinamenti, come quello statunitense, dove il Presidente non ha potere di iniziativa legislativa formale.

finanze assume la forma di un unico – pur articolato nel modo che si è visto sopra – disegno di legge, presentato generalmente a novembre al Parlamento, che lo approva entro la fine dell'anno solare, data la coincidenza tra questo e l'esercizio di bilancio.

L'adesione del sistema cubano al modello unitario di derivazione continental-europea – in assenza, beninteso, di alcuna previsione costituzionale²⁹ che espressamente preveda la forma del disegno di legge per la proposta di bilancio, diversamente da quanto accade altrove³⁰ – riduce lo spazio di autonomia del Parlamento che invece è gelosamente custodito nel modello di anglo-sassone. In quest'ultimo, infatti, non solo da un punto di vista simbolico, è più forte il senso di una decisione *tutta parlamentare* sulla proposta del Governo. È il Parlamento, infatti, che, ascoltate le richieste avanzate dall'esecutivo, assume una prima decisione su di esse – con lo strumento della risoluzione – e poi origina al suo interno una proposta legislativa da discutere ed eventualmente approvare. Dà il senso, invece, di un equilibrio diverso tra Governo e Parlamento un sistema in cui l'assemblea discute ed approva un testo che gli viene confezionato *ab extra* e già presentato dall'esecutivo in forma di articolato (pronto all'uso, *si licet*).

3.3. L'iter in Parlamento.

Nel modello unitario, in realtà, anche la disciplina del procedimento di approvazione parlamentare si semplifica di gran lunga rispetto a quanto accade nel modello del Regno Unito o degli Stati Uniti, dove, prima di occuparsi del *bill* – secondo le modalità, al netto di qualche peculiarità, di un'iniziativa legislativa comune –, le Camere devono assumere le risoluzioni sulle proposte governative, con la necessità dunque di aprire un'altra finestra procedimentale.

Nel modello di derivazione continental-europea, invece, il disegno di legge depositato dal Governo è discusso immediatamente dal Parlamento secondo le ordinarie forme dell'iter legislativo, salvo quanto è richiesto dalla natura necessariamente motorizzata e accelerata del procedimento di approvazione di una legge dalla tempistica indisponibile qual è quella di bilancio.

Proprio in considerazione di questa tempistica indisponibile si pongono, generalmente, le prime peculiarità del *budget process* in Parlamento rispetto all'ordinario *iter legis*. Si tratta di quelle disposizioni, per lo più rimesse all'autonomia regolamentare delle Camere, in materia soprattutto di contingentamento dei tempi, tanto più necessario nei sistemi che conoscono un'approvazione bicamerale del testo di legge³¹. Non è questo il caso,

²⁹ Né una simile previsione si trova nella normativa di contabilità pubblica.

³⁰ È così ad esempio in Italia, dove la lettera dell'art. 81 della Costituzione è chiara nel chiedere che il Governo presenti un disegno di legge.

³¹ Va detto che un bicameralismo perfetto in materia di bilancio dello Stato è conosciuto da pochissimi ordinamenti. Laddove, infatti, vige un modello bicamerale, quasi universalmente la Camera alta è rappresentativa dei governi territoriali ed è – laddove esso esiste – esclusa dal rapporto fiduciario con il Governo: ne deriva che sia (quasi completamente) esclusa anche dalla procedura per la trascrizione in termini contabili dell'indirizzo politico – come si è definito il bilancio già nel corpo del testo. Questa marginalizzazione della Camera alta, poi, può prendere diverse forme, che vanno dalla più radicale esclusione – tipica, ad esempio, del Regno Unito

evidentemente, della Repubblica di Cuba, che ha invece un modello parlamentare di tipo monocamerale, tanto che la presentazione del disegno di legge di iniziativa governativa avviene già secondo un calendario che lascia poco più di un mese all'Assemblea per discutere e approvare – cosa che sarebbe ai limiti dell'ammissibile in un modello bicamerale. C'è da chiedersi, tuttavia, se questo valga a giustificare del tutto l'assenza nella normativa regolamentare dell'Assemblea di alcuna regola speciale sul contingentamento dei tempi nel *budget process*. Si tratta, infatti, comunque di un testo di legge che va necessariamente approvato entro la fine dell'esercizio finanziario (*rectius*: entro l'inizio del nuovo esercizio finanziario), e ciò pone alcune esigenze di accelerazione.

D'altra parte, manca (sia in Costituzione, che nella legge sull'amministrazione finanziaria, che) nei regolamenti assembleari alcuna specifica disposizione relativa a quella che definiremmo la sessione di bilancio. Manca, ad esempio, alcuna regolazione del carattere esclusivo della procedura, o previsioni che riservino all'aula il voto finale sul testo del Governo, escludendo che la deliberazione avvenga tutta nelle Commissioni. Così come manca – e forse questa è l'aporia più grave – alcuna regola speciale in materia di emendabilità della proposta governativa.

D'altra parte, il costituente cubano – né, d'altra parte, l'autore della legislazione organica in materia di finanza pubblica – non sembra preoccuparsi della tempistica indisponibile delle legge di bilancio anche quando omette di disciplinare l'ipotesi di un *funding gap*, all'occorrere di una mancata approvazione (in tempo) del *budget* da parte del Parlamento. Anche laddove ciò non sia esplicitato dalla costituzione così chiaramente come negli Stati Uniti³² –, in un sistema di democrazia parlamentare è ovvio che il Governo non può autorizzare o disporre alcuna spesa senza che vi sia una previa copertura legislativa, *id est* senza che il Parlamento abbia approvato il bilancio preventivo del relativo esercizio finanziario. Ecco perché ad alcuna dottrina – forse un po' conservatrice – del XIX secolo, la scelta del Parlamento di non approvare appariva come un'ipotesi assurda,

del Canada, ma anche del Messico – alla previsione di un potere di veto, come in Germania [su cui: T. Knörzer, *The Budget System of the Federal Republic of Germany*, Berlino, 2008; e anche S. Linn, F. Sobolewski, *The German Bundestag: Functions and Procedures*, Rheinbreitbach, 2015], o della possibilità di proporre modifiche il cui giudizio è in ultima istanza rimesso (immediatamente, o in caso di mancata conciliazione) alla Camera bassa (il che accade, ad esempio, in Francia o in Spagna [su cui vds. M. Giner, L. Alfonso, *Manual de Derecho presupuestario y de los gastos públicos*, Valencia, 2013]). Fanno eccezione a questa marginalizzazione della Camera alta – e dunque adottano la regola del bicameralismo di bilancio perfetto – l'Italia e gli Stati Uniti. Dell'anomalia della prima non vale la pena discorrere; quanto agli Stati Uniti, la eguale esclusione di Rappresentati e Senatori da un rapporto fiduciario (che appunto non c'è) e la eguale legittimazione democratica diretta, ne giustificano la pari-ordinazione.

³² Ai sensi dell'art. 1, sec. 9, della Costituzione, infatti, «no money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law». Di conseguenza, l'*Antideficiency Act* del 1982, con la formula più ampia ed onnicomprensiva, fa divieto espresso ad ogni funzionario o impiegato del Governo degli Stati Uniti d'America di disporre o solo autorizzare obbligazioni o altre forme di impegni economici che eccedano i fondi già stanziati, sanzionando penalmente la violazione di tale obbligo.

un *nonsense*, un *actus inanis*³³, che a nessuna assemblea sarebbe mai venuto in testa per non rischiare di apparire assolutamente ridicola³⁴.

Da allora, le cose sono evidentemente cambiate, e, affermato il pieno diritto del Parlamento di non approvare, pur con tutta la gravità del caso, il bilancio proposto dal Governo, sono veramente rari i casi di ordinamenti in cui il testo costituzionale non contenga alcuna previsione, pur minima, in materia di *funding gap* e relativa *exit strategy*. Oggi, gli ordinamenti approntano diverse soluzioni al rischio che deriverebbe da un prolungato stallo decisionale, ed esse vanno dalla previsione di esercizi provvisori – che se non altro recuperano tempo ai tentativi di conciliazione tra esecutivo e legislativo –, i quali a loro volta possono restare più nella disponibilità del Governo³⁵ o invece del Parlamento³⁶, alla più drastica ipotesi (francese) del bilancio imposto con ordinanza³⁷.

624

Si tratta, peraltro, di un angolo prospettico particolarmente significativo per la domanda di ricerca sottesa a questa analisi, posto il modo con cui un ordinamento disciplina il caso di dissenso tra Governo e Parlamento sul bilancio pubblico restituisce – intuitivamente, immediatamente e in maniera definitiva – lo stato degli effettivi rapporti di forza tra i due organi. Per pensare a due casi estremi, la previsione costituzionale del blocco dell'attività amministrativa imposta al Presidente americano dal Congresso americano riluttante ad approvare il *budget* – il famigerato *shudown*³⁸ –, o la previsione, sempre costituzionale, della possibilità per il Governo francese di adottare autoritativamente il bilancio con proprio ordinanza davanti ad un perdurante stallo parlamentare³⁹, sono due indicatori preziosi per la comprensione della forma di governo. Mutuando usurate parole, può ben dirsi che quello del *funding gap* sia lo “stato d'eccezione” del diritto del bilancio, e ciò che ne deriva non ha bisogno di essere esplicitato.

³³ R. Gneist, *op. cit.*, 104.

³⁴ Per G. Jellinek, *op. cit.*, 123, se «non si è verificato alcun tentativo di un rifiuto del bilancio in Inghilterra, [non è perché] il parlamento risulti così tanto compenetrato nell'idea dello Stato di diritto, quanto perché l'inglese non sente assolutamente l'esigenza di rendersi risibile».

³⁵ È questo, ad esempio, della *prórroga presupuestaria* prevista dal caso spagnolo, che è disposto automaticamente all'inizio del nuovo esercizio senza copertura legislativa, o del caso argentino, dove l'esecutivo ha il potere di introdurre degli aggiustamenti «en los presupuestos de la Administración Central y de los Organismos Descentralizados» (Art. 27, Ley No 24.156, *Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional*).

³⁶ È ben noto il caso dell'esercizio provvisorio italiano, o anche dell'esercizio provvisorio statunitense adottato con delle *Continuing Resolutions* [su cui: v. J. Tollestrup, *Continuing Resolutions: Overview of Components and Recent Practices, Report del Congressional Research Service, 2016*]: in entrambi i casi, è il Parlamento – pur con alcuni limiti – a disporre in autonomia.

³⁷ A mente del comma terzo dell'art. 47 della Costituzione, «se il Parlamento non si pronuncia entro settanta giorni, le disposizioni del disegno di legge possono essere emanate mediante ordinanza». Si tratta, dunque, di un'arma notevole nelle mani del potere esecutivo, «fortment attentatoire aux pouvoirs du Parlement» [J. Buisson, *Finances publiques*, Parigi, 2015, 68], ad una prima analisi senza eguali nel panorama comparato, che, se non è mai di fatto stata impiegata, ha in ogni caso un carattere dissuasivo certamente significativo.

³⁸ Si veda: C. T. Brass, *Shutdown of the Federal Government: Causes, Processes, and Effects, Report del Congressional Research Service, 2014*.

³⁹ Vedi quanto in nt. 37.

A Cuba, è soltanto il Decreto – Ley No. 192 “De la Administración Financiera del Estado” del 1999 a risolvere il caso, prevedendo, all’art. 21, che, qualora il bilancio di esercizio non sia approvato per l’inizio del nuovo anno finanziario (che, a mente dell’art. 11, corrisponde all’anno solare), resta in vigore l’ultima legge di bilancio approvata, «con lo ajustes correspondientes que realice el Gobierno». Si tratta, dunque, di una proroga d’esercizio senza limiti temporali (al pari di quanto previsto, tra i rari casi individuati, dall’art. 134 della Costituzione spagnola) che consente peraltro al potere esecutivo di esercitare liberamente interventi correttivi, che avrebbero forse richiesto una più precisa definizione⁴⁰.

4. Conclusioni.

In definitiva, la riforma costituzionale del 2019 non ha mutato (quasi) nulla del *budget process* e degli equilibri che in esso si spiegano tra Governo e Assemblea nazionale del potere popolare. Da un punto di vista della modellistica, le regole del bilancio in Parlamento rispettano il paradigma del parlamentarismo democratico, per cui il Governo propone e il Parlamento approva, secondo lo schema procedurale tipico dell’esperienza europea-continentale, ma ormai adottato in tutta l’America Latina, con una sequenza ordinata – senza rotture di continuità documentale – tra iniziativa, deliberazione e approvazione parlamentare.

L’unica novità apportata dalla nuova Costituzione sembra essere nel senso di un rafforzamento di un modello verticale dei poteri, in spregio della autonomia degli enti di governo territoriali, laddove è confermato l’assorbimento (invero, neanche completamente inedito) dei bilanci dei municipi nei *Presupuestos Provinciales*, e l’approvazione di questi a livello centrale nell’unico *Presupuesto del Estado*⁴¹.

La materia continua ad avere un bassissimo tasso di positivizzazione, che invero è piuttosto inconsueto nel panorama comparato, tanto più tra gli ordinamenti riferibili al modello europeo-continentale. Gli scarsi riferimenti costituzionali – che sembrano finiti quasi *per accidens* nell’elenco delle competenze dell’Assemblea e del Consiglio dei Ministri – danno tenore super-primario soltanto al momento iniziale e finale del processo, ossia all’iniziativa governativa e all’approvazione parlamentare, lasciando l’enorme spazio che si apre tra questi due momenti tutto ad una regolazione sub-costituzionale che invero è egualmente assente. Una più dettagliata regolazione è dedicata dal Decreto – Ley No. 192 alla fase della preparazione del progetto presentato dal Ministro delle finanze al Consiglio dei Ministri che lo approva e lo presenta al Parlamento; mentre nessuna disposizione specifica sul procedimento di approvazione in aula (e prima nelle

⁴⁰ In fondo, anche nel citato caso argentino, l’art. 27, della Ley No 24.156 (Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional) precisa – pur con una disciplina più favorevole al Governo di quanto avvenga altrove (ad esempio in Spagna, per restare ai casi citati) – che tipologie di aggiustamenti possono essere realizzati dall’esecutivo.

⁴¹ Sul punto, con tono critico, si veda A. Noguera Fernández, *La constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, in *Revista de Derecho Político*, n. 105, maggio-agosto 2019, 398-390.

Commissioni) si ritrova, né nel Decreto – Ley né nella normativa regolamentare dell'Assemblea.

Due aporie soprattutto possono dire qualcosa di interessante per la prospettiva che qui si è scelta. La prima ha a che fare con la mancata previsione di limiti al potere del Parlamento di emendare il testo proposto dal Governo. Caso, invero, più unico che raro. Ebbene, quando non è regolato un diritto questo accade o perché di quel diritto è garantito il più ampio esercizio o perché – ed è questa l'ipotesi più frequente – l'esercizio di quel diritto è nei fatti efficacemente osteggiato, se non addirittura completamente impedito.

Ora, anche ammettendo la più ampia libertà del Parlamento in materia, pare davvero poco plausibile che possano essere ritenuti ammissibili emendamenti parlamentari *in pejus* rispetto alla proposta governativa, o ancor meno emendamenti che compromettano la complessiva compensazione tra entrate e uscite. Tutti gli ordinamenti, anche quelli ove il ruolo del Parlamento è più decisivo, conoscono simili limiti allo *jus emendandi* dell'assemblea legislativa. Che, a Cuba, nessuno si sia premurato di mettere nero su bianco questi limiti in Costituzione, nella legge sull'amministrazione finanziaria, o almeno nei regolamenti parlamentari, fa forse sospettare che l'effettivo ricorso dell'Assemblea del poter popolare ad emendamenti non in linea con il Governo sia così "cauto" da non far sorgere l'esigenza di regolarlo *per tabulas*.

La seconda aporia costituzionale, invece, riguarda il caso del *funding gap*, che riceve (soltanto dal 1999) una disciplina di livello sub-costituzionale, peraltro viziata forse di eccessiva vaghezza.

Va detto, peraltro, che il *funding gap* non costituisce oggi uno "stato d'eccezione" destinato a rimanere caso di scuola. Tutt'altro. Non solo il caso statunitense, che è da questo punto di vista quello più noto, ma anche – per restare alle due ipotesi estreme – quello francese conosce, nell'esperienza più recente, più che frequenti casi di stallo decisionale⁴². Certo, si tratta, sia per gli Stati Uniti che per la Francia, di conflitti determinati – almeno in parte – da un deteriorarsi dei toni della dialettica politica, che è difficile immaginare in un contesto, come quello cubano, ancora oggi, dove manca un effettivo pluralismo politico.

In effetti, in presenza di forme di integrazione politica forzata, è veramente solo un'ipotesi di scuola immaginare un contrasto tra Parlamento e Governo nell'approvazione del bilancio; così come immaginare un esercizio dello *jus emendandi* del Parlamento non in linea con gli orientamenti dell'esecutivo; così come, ancora, un contrasto insanabile tra le diverse articolazioni

⁴² Per una ricognizione senza presunzione di esaustività, sia lecito rinviare a L. Testa, *Le sessioni parlamentari di bilancio allo stress test: tentativi di una diagnosi*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3-2016, 765 ss. Si potrebbe obiettare che i rischi di *funding gap* siano ridotti in un sistema parlamentare monocamerale – come quello cubano –, in cui il Governo è dello stessa appartenenza politica della maggioranza in Assemblea. Tuttavia, è questo il caso anche del Regno Unito, dove il modello è bicamerale, sì, ma dove, come è noto, la Camera alta è del tutto esclusa da ogni partecipazione sostanziale all'approvazione del bilancio: eppure, anche il Regno Unito, prevede una forma di esercizio provvisorio, sebbene anticipato. Si tratta dei c.d. *Votes on account*, discussi dal Parlamento in primavera per garantire una copertura provvisoria in caso di ritardo nell'approvazione dei *Mains Estimates* presentati in autunno.

dell'amministrazione già nella fase di preparazione del *Presupuesto*. La mancanza di pluralismo politico semplifica tutto il semplificabile, e sarebbe invero quasi ozioso disciplinare dettagliatamente e addirittura a livello costituzionale una *exit strategy* al *funding gap*, prescrivere *per tabulas* limiti (se non altro di razionalità economica) agli emendamenti parlamentari, o anche prevedere meccanismi istituzionalizzati di arbitrato tra le parti nella fase istruttoria del progetto di bilancio.

Non è un caso che anche in altri Paesi in cui è in corso una transizione democratica alcuni di questi aspetti non siano specificamente disciplinati. Così, ad esempio, tra i pochi ordinamenti che non conoscono una disciplina costituzionale delle conseguenze di un *funding gap*, vi è – per restare agli ordinamenti cui si è fatto qualche cenno – quello messicano, ma questo può essere ben letto come un sintomo della mancata definizione della transizione democratica del Paese, che soltanto da poco ha cominciato a conoscere un primo pluralismo politico⁴³.

Disciplinare passaggi così delicati richiede per il costituente un'esposizione non di poco, ed una scelta tra modelli più fedeli agli standard del parlamentarismo democratico o più distanti da essi. La scelta dell'anomia, invece, consente agli effettivi equilibri politici di dare di volta in volta contenuto agli spazi vuoti di diritto, il che, il più delle volte, si risolve in una *executive dominance*.

Se l'autore della riforma costituzionale del 2019 ha perso l'occasione per ri-disciplinare il diritto del bilancio (e se, naturalmente, tale scelta sarà confermata dal mantenimento *tel quel* della relativa normazione sub-costituzionale⁴⁴), si è tentati di credere che non sia stata una innocente inavvertenza.

Luigi Testa
Dip.to di Studi giuridici
Università comm.le L. Bocconi
l.testa@unibocconi.it

⁴³ Si veda R. Tarchi, *La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla "parlamentarizzazione" del presidenzialismo?*, in *DPCE on line*, 4-2017, 887 ss.

⁴⁴ Scelta che, al momento in cui si scrive, risulta confermata almeno per quanto riguarda la normativa regolamentare dell'Assemblea nazionale, la cui novella non introduce alcuna novità nella materia *de qua*: *Ley de organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado*, approvata il 20 dicembre 2019.

I diritti nel modello socialista cubano

di *Giuseppe Franco Ferrari*

Abstract: Rights in the Cuban socialist model – The essay aims to analyse the rights enshrined in the new 2019 Cuba Constitution. The analysis contextualizes the constitutional provisions in both their ideological and socio-economic elements. It is thereby detected how the ambiguity and contradiction resulting from this context undermines the effectiveness of the constitutional rights.

Keywords: Socialist legality; Civil rights; Social rights; Political rights; Effectiveness.

629

1. Le premesse ideologiche del costituzionalismo cubano

Il costituzionalismo cubano ha sempre presentato caratteristiche sui generis. Nel panorama latino-americano dell'età post-coloniale Cuba si caratterizzava per un ritardo epocale rispetto alle Carte del continente, in ragione dei peculiari eventi che portarono alla fine del regime coloniale solo ad esito della guerra ibero-americana: in particolare le Carte del 1901 e del 1940 vengono per solito descritte come atipiche rispetto ai modelli di età bolivariana e di epoche successive¹. Analogamente, dopo la caduta della dittatura di Batista, il costituzionalismo castrista non è mai stato considerato come pienamente aderente agli idealtipi del socialismo reale, ma piuttosto come un insieme di dottrine marxiste, nazionalistiche, rivoluzionarie di matrice più antiamericana che di stampo sovietico. La fedeltà ai classici del pensiero giuridico marxista, come Vyšinskij, Stučka e Pašukanis² è stata sempre più invocata che praticata. Ne sono conferma infiniti scritti, in sede scientifica come pratica, in cui le teorie marxiste-leniniste sono state, anche dopo il 1989, citate come modello da raggiungere³. Non mancano però lavori, successivi all'inizio del millennio, in cui altri autori, e talora persino gli stessi⁴, rimarcano, magari rifacendosi a frammenti di Fidel Castro o del Che

¹ Cfr. ad es. B. Bernal, *Las constituciones de Cuba republicana*, Miami, Fla., 2003, 75 ss e 101 ss.; F. Álvarez Tabio, *Teoría e historia de la Constitución cubana. La Convención constituyente de 1901*, La Habana, 1964.

² Cfr. G. F. Ferrari, *Diritti e libertà, profili comparatistici*, Torino, 2011, 196 ss.

³ V. ad es. B. Roca, *Discurso de Clausura del Congreso Constitutivo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba*, *Rev. Cub de Der.* 1977, 85; F. Cañizares, *Teoría del Estado*, La Habana, 1979, 86 ss.; D. R. Pineda, *La dictadura del proletariado ante la perversión... y su necesidad histórica*, in *Cuba sin dogmas ni abandono*, La Habana, 2005, 149 ss.; Y. Carrillo García, W. Mondelo García, *Del voluntarismo ontológico al positivo ideológico (Una lectura del pensamiento jurídico cubano)*, *Rev. Cr. Jur.*, 2010, 181, 197,

⁴ Come nel caso di Y. Carrillo García, W. Mondelo García, *Marxismo, derecho, poder* (Notas

Guevara, i limiti del marxismo alla sovietica, impostato su basi preorganizzate e non facilmente adattabili alla costruzione del socialismo in altri Paesi⁵, con la conseguenza, tra l'altro, di inconvenienti formativi a livello di insegnamento del diritto. Da questa congerie di elaborazioni si ricava il disagio della dottrina, ed evidentemente di altre categorie di operatori del diritto, a fronte di situazioni locali di difficile armonizzabilità con il rigore dottrinario dei principi di derivazione sovietica. Ciò, in particolare, con riferimento all'ambito dei diritti, come in specie nella disciplina della proprietà, dopo le riforme agrarie degli anni 1959-1963, e della condizione del lavoratore, fatta oggetto di un codice organico nel 1984, ma integrata negli anni da molteplici discipline di rango secondario e poi innovata a partire dal 2006 per fare spazio all'iniziativa privata, a sua volta prudentemente assoggettata a regolazione molto minuta.

Le critiche neppure troppo velate al marxismo, “pensiero freddo e inerte”⁶, “esclusivo ed escludente”, si coniugano così con il richiamo, anch'esso sotto l'egida marxista, alle condizioni materiali di vita, a cui adattare l'approccio strutturale, in vista di una nuova legalità costituzionale⁷. La nuova legalità invocata, depurata per un verso degli elementi tipicamente borghesi e sensibilizzata per un altro al dato sociale, dovrebbe includere un costituzionalismo meno programmatico e più direttamente vincolante, di cui i diritti umani e la loro disciplina internazionale facciano parte integrante. Il cocktail dottrinale si presenta così alquanto complesso, se non confuso, e le sue ricadute sul diritto costituzionale⁸ e sulle teorie dei diritti sono alquanto ambigue. Valutare il tasso di innovatività della nuova Carta costituzionale nell'angolazione dei diritti risulta quindi tutt'altro che agevole. Infatti, a quanti, soprattutto sul versante ufficiale⁹, valutano comunque un progresso le nuove norme in materia di diritti, ritenute suscettibili solo di interpretazioni espansive e mai di regressive, e considerano la stagione costituente una “grande scuola nazionale di costituzionalismo”¹⁰, pur invocando per il partito un rapporto più stretto con la società, si contrappongono osservatori esterni che rimarcano la continuità con il passato, di cui sono emblemi la conferma del monopolio politico del Partito comunista e del controllo statale dell'economia con le sue imprese in cronico deficit¹¹.

Inoltre, l'eterna tensione tra l'orgogliosa autarchia con radici martiane, ammantata di aloni rivoluzionari, e le ricorrenti aperture verso modelli economici

para un programa de Investigación), Anuario de Fil. Pol. y Social de la Sociedad Chilena de Fil. Pol. y Soc., 2003, 345 ss.

⁵ V. il passo di Carrillo García y Mondelo García, loc. ult. cit., par. 29: “I mattoni sovietici hanno l'inconveniente di non lasciarti pensare, il Partito lo ha già fatto per te e tu devi digerirlo” (Che, 1965).

⁶ Ibidem, par. 56.

⁷ Ibidem, par. 83.

⁸ Cfr. ad es. M. Prieto, *El derecho, la Constitución y su interpretación*, La Habana, 2002; C. J. Bruzón Viltres, L. B. Palacio Castillo, *Tres presupuestos para el reconocimiento de los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento jurídico cubano*, *Rev. Jur. Pélagus*, 2013, 65 ss.

⁹ Come Y. Castro Morales, *Cuba para todos*, in *Granma*, 7 febbraio 2019.

¹⁰ Come D. Machado Rodríguez, *La reforma constitucional*, *Cubaperiodistas*, 29 luglio 2018.

¹¹ Come *The Economist*, July 26th 2018, *Cuba's new constitution preserves Communist power*.

meno chiusi ed inefficienti deve ora fare i conti con la politica estera della Presidenza Trump, certo più propensa della precedente all'uso del bastone più che della carota e quindi suscettibile di influire direttamente o indirettamente sulla politica cubana verso gli investimenti stranieri e la disciplina della proprietà immobiliare, e in ultima analisi sull'approccio ai diritti, nel senso dell'allentamento della morsa dei controlli o del loro irrigidimento. L'evoluzione del quadro costituzionale, già di per sé vago ed ambiguo, dipenderà dunque in misura preponderante da fattori di politica interna ed estera il cui effetto non è allo stato prevedibile che in parte.

2. Il contesto socio-economico e la effettività dei diritti

La situazione economico-sociale dell'isola presenta molteplici profili di problematicità per una concreta attuazione dei diritti: di quelli sociali, anzi tutto, ampiamente salvaguardati sulla carta dalla Costituzione del 1976 e addirittura resi più pregnanti nella nuova.

Il tasso di disoccupazione è calcolato ufficialmente al tra il 3 ed il 3.5% negli anni tra il 2012 ed il 2015 ed addirittura all'1.7% nel 2018¹². Nella realtà esso è stimato poco sotto il 30%¹³.

Il sistema di sicurezza sociale è in declino dagli anni '90 e dal 2008 ha perso il carattere universale per effetto di politiche amministrative errate: ad esempio nel 2011 sono state revocate le pensioni agli anziani conviventi con e mantenuti da familiari. Il livello dei trattamenti pensionistici, ad esclusione di quelli del personale delle forze armate e dei corpi di polizia, è inadeguato¹⁴. Si parla di un deficit di abitazioni di oltre un milione, mentre il ritmo di immissione sul mercato non supera le 10.000 unità abitative annue¹⁵, anche per difetto di materiali da costruzione. Oltre un milione degli undici milioni di abitanti non dispone di acqua potabile da fonte acquedottistica e deve venire rifornita con autobotti. La rete idrica registra perdite di oltre il 50%. La rete fognaria non raggiunge oltre la metà della popolazione¹⁶.

Sulla proprietà dei mezzi di produzione e sulle sue ricadute sull'occupazione plurime fonti riferiscono che l'apertura, dal 2006 in poi, a forme cooperative, alla proprietà individuale, anche straniera, in specie nel settore alberghiero e dei trasporti, e più in genere turistico, ha prodotto qualche vantaggio all'economia e ha determinato l'inclusione nel codice del lavoro del 2014 della disciplina del

¹² Fonte FX Empire, che utilizza dati governativi.

¹³ V. ad es. C. Mesa-Lago, *El estado actual del bienestar social en Cuba*, Cubapossible.com, 15 marzo 2017.

¹⁴ Cfr. ancora C. Mesa-Lago, *Las reformas en Cuba: racionales pero con efectos sociales adversos*, Cubapossible.com, 4 giugno 2015. Una sintesi di dati in M. Azor Hernández, *La Constitución de la República de Cuba y los derechos humanos universales*, in R. Rojas, V.C. Bobes, A. Chguaceda (coord.), *El cambio constitucional en Cuba*, Ciudad de México, 2017, 77 ss.

¹⁵ *Anuario Estadístico de Cuba*, 2015.

¹⁶ La falta de agua: asignatura pendiente, Cubaencuentro.com, 2 giugno 2014. Questi ed altri dati in C. Mesa-Lago, *Cuba en la era de Raúl Castro: Reformas económico-sociales y sus efectos*, Madrid, 2012.

rapporto di lavoro tra privati, con un insieme di garanzie a favore dei prestatori d'opera¹⁷. Alla stessa stregua è nata ed è venuta crescendo la categoria dei *cuenta propistas*, sorta di lavoratori autonomi. In complesso, il 30% della popolazione attiva pare essersi spostata al di fuori dell'impiego statale¹⁸. Le imprese pubbliche sono pertanto diminuite di numero¹⁹, occupando 4.474.800 lavoratori, contro una forza lavoro di ormai circa 1.300.000 nel settore privato in senso lato. Tuttavia, questo spostamento è contrastato da norme che vietano ai ristoranti privati di superare i 50 posti a sedere e precludono o rendono molto difficile alle imprese private gestite da cubani di assumere più di 20 persone.

Peraltro, questa tendenza è stata supportata in buona parte dal dualismo monetario e cambiario consistente nella convivenza tra il peso cubano (CUP) destinato a circolazione esclusivamente interna e il peso convertibile (CUC), parametrato al dollaro statunitense. L'accesso a quest'ultimo da parte di lavoratori privilegiati e dei beneficiari di rimesse dall'estero ha fornito ulteriori spinte alla divisività sociale, favorendo l'avvio di iniziative economiche private, come Raúl Castro ha ammesso in discorsi ufficiali²⁰. Va comunque segnalato che il personale assunto da imprese miste o a capitale straniero viene tuttora assunto attraverso il filtro di una selezione governativa, che utilizza il criterio della idoneità²¹, intesa anche come affidabilità politica. Il prelievo fiscale sui salari di questi lavoratori e di quelli che operano all'estero può raggiungere l'80%, nonostante la sottoscrizione da parte della Repubblica cubana delle convenzioni ILO, a cominciare da quella del 1959 che vieta espressamente le limitazioni alla disponibilità della retribuzione²².

Anche più sconcertante la situazione dei diritti civili e politici. Quanto ai primi, la repressione del dissenso politico porta a violazioni sistematiche della libertà personale, di quelle di domicilio e corrispondenza, mentre la mobilità ed il cambiamento di residenza sono soggette ad autorizzazione amministrativa, correlata di solito a ragioni di lavoro. Le manifestazioni sono del pari consentite solo dietro convocazione pubblica. Manca inoltre qualsiasi organismo indipendente per la verifica del rispetto dei diritti umani e qualsiasi collaborazione con autorità internazionali è vietata, al di là del rispetto formale per il diritto internazionale ostentato dai rappresentanti di Cuba nelle più diverse sedi istituzionali. Non risulta sussistere alcun margine per ricerche scientifiche o indagini statistiche sulla situazione concreta dei diritti civili, come d'altronde di quelli sociali.

¹⁷ Art. 74.

¹⁸ J. García Brigos, en *Temas*, marzo 2016.

¹⁹ Passando da 2250 nel 2012 a 1904 nel 2016: cfr. *Elestadocomotal*, 3 maggio 2017 e 29 giugno 2018, citato in J. Habel, *Cuba: une nouvelle constitution, pour quelle transition?*, *Rev. Int. et strat.* 2018, 3, 125 ss.

²⁰ Cfr. ancora J. Habel, *op. ult. cit.*, 132.

²¹ Gli oppositori del regime contestano in proposito la violazione di varie convenzioni ILO, come le nn. 87, 95, 98 e 158.

²² Art. 6.

Nella sfera dei diritti politici, è preclusa la facoltà di presentare candidature per le elezioni, al di fuori degli organi di partito, mentre manca qualunque informazione, in difetto di ammissione di osservatori internazionali, circa la effettiva libertà e segretezza del voto.

Né si può dimenticare, in chiusura di queste considerazioni di natura fattuale, che il sistema costituzionale cubano non contemplava e continua a non contemplare alcuno strumento di azionabilità dei diritti della sfera pubblica. Ciò significa che le carenze concrete nell'effettività dei diritti, e prima ancora le frequenti omissioni nel riconoscimento e nella tutela formale di essi, non hanno la minima speranza, a prescindere dalla cornice costituzionale appena riveduta, di approdare alla soglia di rilevanza e di essere rimosse per vie intra-sistematiche, anche dopo la pagina costituente appena conclusa²³.

Il contesto complessivo della società cubana e delle sue istituzioni non lascia troppo spazio, dunque, a considerazioni ottimistiche sullo stato di salute dei diritti, di quelli umani e neppure di quelli di cittadinanza²⁴, né consente di farsi soverchie illusioni circa l'incidenza della revisione costituzionale sulla Faktizität dell'isola caraibica. È verosimile che il nuovo testo e il suo riorientamento ideologico, seppure ve ne sia uno coerentemente definibile, non abbiano di per sé capacità di presa sulla realtà, in attesa di politiche legislative ed amministrative, anche spicciole, più vicine al dato fattuale e più idonee ad inciderlo.

3. Il nuovo dato costituzionale

Il nuovo testo costituzionale eredita dal precedente sia il contesto fattuale di riferimento, semmai anzi deteriorato dalle difficoltà che il Paese incontra nei rapporti internazionali, con le ovvie ricadute sulla qualità della vita e sul prodotto interno lordo, sia la cornice ideologica quanto meno composita, protesa verso ambizioni quasi utopiche e ideologie rigide, ma condizionata da dati materiali di segno molto diverso.

Dal lungo e alquanto pomposo Preambolo, riassuntivo di richiami storici e di ideologismi eterogenei, e dal Titolo I (Fundamentos políticos) si ricava il quadro in cui la disciplina dei diritti si inserisce.

Anzi tutto, l'ispirazione fondamentale si conferma quella marxista-leninista, come ribadito più volte²⁵, confermato dall'impegno alla costruzione²⁶ ed alla difesa del sistema socialista, definito "irrevocabile"²⁷ e supportato dal dovere di attuare

²³ Non è mancata peraltro in dottrina qualche voce in favore di una migliore tutela strutturata dei diritti, come quella di M. Prieto Valdés, *Una mirada desde y para el ordenamiento jurídico cubano: en defensa de los derechos*, Rev. Anales de la Academia de Ciencias de Cuba, 2013, 2, 1 ss.

²⁴ Su quest'ultimo tema, cfr. M. Prieto Valdés, *La ciudadanía: presupuesto del disfrute de los derechos. Pasado, presente y necesidades en y para Cuba*, Rev. Anales de la Acad. De Ciencias de Cuba, 2013, 1 ss.

²⁵ Ad es. nel sesto alinea del par. "Nosotros, el pueblo de Cuba", nel "Guiados", nell'art. 5.

²⁶ Come nel "Decididos" e nell'art. 5, comma 2.

²⁷ Art. 4, comma 3.

in maniera rigorosa (“estricamente”) la legalità socialista²⁸, oltre che dalla collocazione tra i fini essenziali dello Stato di quello di garantire ideologia ed etica della società socialista²⁹. Questo dato è rafforzato dall’impegno ad evitare il ritorno al capitalismo³⁰, presidiato da un vero e proprio diritto di resistenza anche armata³¹, e dalla enfasi sul ruolo del Partito comunista³², avanguardia organizzata della nazione e promotore degli sforzi comuni per il progresso verso la società comunista.

Si enfatizza poi anche la dimensione rivoluzionaria³³, collocata non solo nella prospettiva della storia nazionale, ma anche in quella internazionalistica³⁴. Il diritto internazionale dei trattati - mentre non viene menzionato quello consuetudinario- riceve un posto d’onore nel sistema costituzionale delle fonti, in chiave apparentemente monistica, benché non manchi qualche zona d’ombra nella statuizione per cui “Quanto prescritto nei trattati costituzionali in vigore per la Repubblica di Cuba forma parte o si integra, secondo i casi, nell’ordinamento giuridico nazionale”³⁵. La lettura antiimperialista ed anti-neocolonialista dell’apertura al diritto internazionale è però ripetuta a piene mani³⁶ e la funzionalizza in modo molto puntuale.

Il quadro assiologico, decisamente dogmatico, viene temperato dai richiami alla storia cubana ed in specie al ruolo di José Martí ed alle precedenti costituzioni, ed in specie a quella di Guáimaro del 10 aprile 1869³⁷, di cui ricorre il centocinquantesimo anniversario.

La sintesi dell’art.1 definisce Cuba come “Stato socialista di diritto e giustizia sociale, democratico, indipendente e sovrano, organizzato con tutti e per il bene di tutti come repubblica unitaria e indivisibile, fondata sul lavoro, la dignità, l’umanesimo, l’etica dei cittadini per il godimento di libertà, equità, eguaglianza, solidarietà, benessere e prosperità individuale e collettiva”. Il valore della dignità, da garantire pienamente alle persone nel loro sviluppo integrale, appare anche tra i fini essenziali³⁸. La difesa e la protezione dei diritti umani e la centralità della persona sono richiamati anche tra i principi del diritto internazionale³⁹, ma ovviamente nella prospettiva antiimperialista già accennata.

3.1. *La costituzione economica*

La costituzione economica cubana è definita nel Titolo II (Fundamentos económicos). I suoi pilastri, come indicati dall’art. 18, sono la proprietà “de todo el

²⁸ Art. 9.

²⁹ Art. 13, lett. g.

³⁰ Nel “Convencidos”.

³¹ Art.4, comma4.

³² Art. 5 e “Conscientes”.

³³ Sesto alinea del “Nosotros, el pueblo de Cuba” e “Identificados”.

³⁴ Decimo alinea del “Nosotros, el pueblo de Cuba”, “Apoyados”, art.16.

³⁵ Art. 8.

³⁶ Ad es. più volte nell’art. 16 e nel sesto alinea del “Nosotros, el pueblo de Cuba”.

³⁷ Richiamata nell’Adoptamos”.

³⁸ Art. 13, lett. F, oltre che nell’art. 40, su cui v. infra.

³⁹ Art. 16,lett. g ed m.

pueblo” sui mezzi fondamentali di produzione come forma principale di proprietà e la direzione pianificata dell’economia, che controlla e regola il mercato in funzione dell’interesse sociale. L’approccio è dunque quello tradizionale, temperato peraltro dalla principalità della proprietà pubblica, che l’art. 22 illustra in maggior dettaglio, elencando i diversi tipi di proprietà. Di quella socialista si dice che è esercitata dallo Stato in rappresentanza ed a beneficio del popolo titolare. Si danno poi quelle cooperativa e quella delle organizzazioni politiche, di massa o sociali; la proprietà privata di mezzi di produzione, appartenenti a persone fisiche o giuridiche, cubane o straniere, è qualificata complementare alla struttura del sistema economico. Quella personale, poi, può avere ad oggetto beni non costituenti mezzi di produzione ma comunque idonei a soddisfare le necessità materiali o spirituali del titolare. Le forme miste, riferite ai mezzi di produzione, sono pure ammesse.

La proprietà socialista del popolo è l’unico regime ammesso per la terra non intestata a cooperative, il sottosuolo, i giacimenti minerari, i boschi, le acque, le spiagge le vie di comunicazione e le risorse naturali. Questi beni non possono appartenere a persone fisiche o giuridiche, sono inalienabili ed inusucapibili. Diritti reali o di altra natura possono essere costituiti con approvazione preventiva del Consiglio di Stato se l’uso sia così conforme al fine dello sviluppo economico e sociale del Paese⁴⁰. La proprietà socialista si estende ad altre categorie di beni, tra cui le infrastrutture di interesse generale e le principali industrie ed installazioni economiche e sociali, che possono però appartenere a privati “solo in casi eccezionali”, sempre che siano destinati a fini di sviluppo e non intacchino le fondamenta economico-politiche del sistema, previa approvazione del Consiglio dei ministri⁴¹. E’ ammessa la proprietà privata della terra, regolata da un regime speciale⁴², che esclude mezzadria, affitto e garanzie immobiliari a persone private, mentre la cessione onerosa inter vivos è disciplinata con sfavore e subordinata a prelazione statale e quella gratuita assoggettata ad autorizzazione amministrativa. Anche la concentrazione di proprietà, non solo immobiliari, è regolata per legge, così da restare entro limiti di equità e giustizia sociale⁴³.

L’impresa statale socialista è il soggetto principale dell’economia nazionale⁴⁴, opera in autonomia secondo i principi di organizzazione e funzionamento stabiliti per legge ed assolve a responsabilità sociali. La loro responsabilità non si estende allo Stato⁴⁵. Il sistema viene chiuso da una disposizione di favore per gli investimenti stranieri⁴⁶, definiti importanti per lo

⁴⁰ Art. 23.

⁴¹ Art. 24.

⁴² Art. 29.

⁴³ Art. 30. Il regime della proprietà prima della revisione in D. Cutie Mustelier, J. Méndez López, *La propiedad en Cuba. Una visión desde la Constitución*, in *Foro const. iberoamericano*, 2006-2008, 45 ss.

⁴⁴ Art. 27.

⁴⁵ Art. 26.

⁴⁶ Art. 28.

sviluppo economico ma contenuti per legge entro i vincoli del rispetto delle risorse umane e naturali e della sovranità ed indipendenza nazionali.

La costituzione economica è completata da discipline di favore per il lavoro, diritto delle persone e dovere sociale⁴⁷ e dal carattere universalistico dei servi sociali⁴⁸.

Una costituzione economica ibrida, dunque: legata in linea di principio alle tradizioni post-rivoluzionarie, ma non chiusa al mutato contesto internazionale ed ai suoi effetti interni. Prudenti aperture al capitale straniero, alla proprietà privata dei mezzi di produzione e della terra sono i segnali che il regime dà al mondo esterno per favorire la parziale integrazione di un'economia asfittica se non collassata. Il legicentrismo che emerge con chiarezza dal dettato costituzionale⁴⁹ non è che lo strumento per differire e flessibilizzare scelte di politica economica ormai in larga parte inevitabili senza compromettere vistosamente la tradizione rivoluzionaria su cui si sono formate almeno due generazioni di cubani e si sono generate massicce ondate migratorie, che da un lato hanno irrigidito il dogmatismo di regime e dall'altro retroagito con rimesse ed investimenti ai timidi accenni di liberalizzazione. Un quadro evolutivo, insomma, a cui il dato costituzionale deve fornire copertura, rinviando alla legge e ad un insieme di atti di assenso amministrativo per lasciare spazio a sviluppi diversi e non interamente prevedibili.

636

3.2. I rapporti civili

La disciplina dei diritti civili presenta profili di necessaria ipocrisia, considerata la condizione effettiva della società cubana. Molti toni del testo costituzionale somigliano da vicino a quelli di carte liberaldemocratiche, ma i frequenti richiami alla legge in assenza di vincoli stringenti, lo spazio lasciato alle autorità amministrative e non poche funzionalizzazioni a valori ed interessi di natura collettiva tolgono ogni dubbio circa gli ambiti di libertà lasciati ai cubani.

La dignità, come già accennato, è identificata come il valore supremo posto a fondamento del sistema di diritti e doveri⁵⁰, mentre la centralità della persona è enfatizzata anche con una sottolineatura della doverosità del rispetto e sulla garanzia di essa⁵¹. Il principio di eguaglianza in tutte le sue declinazioni trova pure ampio spazio, con elencazione dei possibili parametri classificatori⁵², specificazione della tutela della donna⁵³, menzione dell'eguale accesso agli spazi pubblici ed ai

⁴⁷ Art. 31.

⁴⁸ Art. 31, terzo comma.

⁴⁹ Cfr. ad es. Y. Pérez Martínez, *Reserva de ley en Cuba? A propósito de un debate*, in *El derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, La Habana, 2011, 200 ss.

⁵⁰ Art. 40. Cfr. sul tema T.Y. Guzmán Hernández, *La dignidad como "Ley primera de nuestra República" y "con todos y para el bien de todos": dos deberes dialécticos desde la axiología martiana en la Constitución cubana*, *Rev. Der. del Estado*, 2015, 127 ss.

⁵¹ Art. 41.

⁵² Art. 42, primo comma.

⁵³ Art. 43.

servizi⁵⁴ e della parità salariale⁵⁵. In uno sforzo di individuazione dei limiti all'esercizio dei diritti, il testo costituzionale menziona i diritti altrui, la sicurezza collettiva, il benessere generale, l'ordine pubblico, oltre che la stessa Costituzione e le leggi⁵⁶.

L'elenco delle figure protette si apre con vita, integrità fisica e morale, insieme però a sicurezza, pace, cultura, ricreazione e sport, in una sorta di mix di diritti, valori, interessi⁵⁷ priva di gerarchie ma anche di suggestioni di bilanciamento. Seguono il diritto allo sviluppo della personalità⁵⁸, quello alla intimità, all'immagine, all'onore ed alla identità personale⁵⁹, l'inviolabilità del domicilio, peraltro con la riserva di intervento di un'autorità indipendente non meglio definita⁶⁰, quella della corrispondenza con analoga riserva⁶¹, il divieto di tortura, di pene crudeli, inumane o degradanti e di sparizioni forzate⁶². Poco credibile, alla luce del regime vigente, la proclamazione del diritto di entrare e rimanere, transitare e uscire dal territorio nazionale, come pure di cambiare domicilio e residenza, salve le limitazioni di legge⁶³. Lo stesso si può dire del diritto di richiedere e ottenere dallo Stato informazioni veritiere, obiettive ed opportune⁶⁴, della libertà di pensiero, coscienza ed espressione, con il limite, per la seconda, del non poter essere impiegata per eludere obbligazioni di legge o per impedire ad altri l'esercizio di loro diritti⁶⁵, della libertà di stampa⁶⁶, da esercitarsi comunque in conformità della legge e dei fini della società, con la riserva dei relativi mezzi di produzione alla proprietà socialista del popolo o delle organizzazioni sociali o di massa, e salva la definizione statale dei principi di organizzazione e funzionamento dei media. Meno labile la libertà religiosa, che include il diritto di professare o meno un credo e di passare dall'uno all'altro⁶⁷. Ancora sfumate le discipline di riunione e associazione, in cui appaiono come limiti il carattere non solo pacifico, ma anche lecito, dei fini, l'ordine pubblico e l'osservanza delle direttive di legge⁶⁸. L'elenco si chiude con il diritto al godimento dei beni, salva espropriazione circondata da ampie riserve di legge⁶⁹ e confisca anche amministrativa⁷⁰, ed il diritto al reinserimento sociale delle persone private della libertà⁷¹. Uno spazio è

⁵⁴ Art. 42, secondo comma.

⁵⁵ Art. 42, terzo comma.

⁵⁶ Art. 45.

⁵⁷ Art. 46.

⁵⁸ Art. 47.

⁵⁹ Art. 48.

⁶⁰ Art. 49.

⁶¹ Art. 50.

⁶² Art. 51.

⁶³ Art. 52.

⁶⁴ Art. 53.

⁶⁵ Art. 54.

⁶⁶ Art. 55.

⁶⁷ Art. 57.

⁶⁸ Art. 56.

⁶⁹ Art. 58.

⁷⁰ Art. 59.

⁷¹ Art. 60.

riservato anche alla tutela dei diritti da creazione intellettuale⁷² e alla successione ereditaria, come sempre nei limiti di legge⁷³.

3.3. I rapporti etico-sociali

Lo spazio dei diritti sociali è sulla carta amplissimo. Il lavoro è circondato di molte attenzioni: il diritto si configura come avente ad oggetto un impiego degno, corrispondente alla scelta, alla qualificazione, alle attitudini ed alle esigenze di economia e società, con sostegno dello Stato alle famiglie lavoratrici⁷⁴. Si aggiungono il diritto a retribuzione proporzionata a qualità e quantità delle prestazioni⁷⁵, il diritto al riposo⁷⁶, il divieto del lavoro minorile e adolescenziale⁷⁷. La sicurezza sociale tendenzialmente universalistica è particolarizzata in relazione ai più diversi eventi capaci di menomare la capacità di guadagno⁷⁸ ed alle figure più varie, come il nonno nelle famiglie con genitori occupati o i superstiti di questi ultimi, gli infortunati sul lavoro o affetti da malattie professionali⁷⁹.

Diritto all'assistenza sociale⁸⁰, alla casa⁸¹, garantito mediante programmi di costruzione, restauro e manutenzione, ed all'assistenza sanitaria⁸², all'istruzione sotto responsabilità statale⁸³, nonché ad educazione fisica, sport e ricreazione⁸⁴ ed alla partecipazione alla vita culturale ed artistica della nazione⁸⁵ completano la gamma di diritti a prestazione.

Tra i diritti di terza e quarta generazione trovano spazio quello ad un ambiente sano ed equilibrato⁸⁶, quello all'acqua⁸⁷, ad una alimentazione sana ed adeguata⁸⁸, a consumare beni e servizi di qualità, a protezione della salute e previa adeguata informazione⁸⁹.

Un nutrito pacchetto di articoli (81-89) è dedicato alla famiglia ed ai suoi componenti. Sono disciplinati i diritti dei figli, con particolare esclusione di qualifiche circa la natura della filiazione, della maternità e della paternità, dei minori, degli anziani, degli invalidi o handicappati. Circa l'estensione del matrimonio, dopo un vivace dibattito circa la menzione espressa di quello

⁷² Art. 62.

⁷³ Art. 63.

⁷⁴ Art. 64.

⁷⁵ Art. 65.

⁷⁶ Art. 67.

⁷⁷ Art. 66.

⁷⁸ Art. 68.

⁷⁹ Art. 69.

⁸⁰ Art. 70.

⁸¹ Art. 71.

⁸² Art. 72.

⁸³ Art. 73.

⁸⁴ Art. 74.

⁸⁵ Art. 79.

⁸⁶ Art. 75.

⁸⁷ Art. 76.

⁸⁸ Art. 77.

⁸⁹ Art. 78.

omosessuale, si è optato alla fine per una definizione generica, con il consueto rinvio alla legge⁹⁰.

3.4. I rapporti politici

Ai diritti politici è dedicato un solo articolo, ma ricco di un elenco di facoltà teoricamente concesse al cittadino, che variano dall'iscrizione nei registri elettorali alla proposta di candidati, al diritto di elettorato passivo, dalla revoca degli eletti all'iniziativa legislativa e di revisione costituzionale, dall'accesso alle funzioni pubbliche all'informazione sulla gestione della cosa pubblica⁹¹. La petizione è disciplinata a parte⁹².

In questo campo la discrasia tra teoria ostentata al mondo e realtà effettuale si esalta, considerato il ruolo del Partito comunista e le pesanti limitazioni lamentate dagli oppositori⁹³ e ammesse a mezza bocca dalla dottrina allineata alle posizioni governative. Si può discutere dei caratteri del regime dopo la morte di Fidel Castro nel 2016 o dopo il passaggio dei poteri al fratello Raúl tra 2006 e 2008 con la introduzione di forme di economia di mercato ad integrazione del modello socialista: la letteratura politologica su questi temi è ampia e variegata⁹⁴. Pare tuttavia condivisibile la tesi che rileva in sostanza il passaggio da un regime autocratico carismatico ad uno autocratico in evoluzione⁹⁵. Rimane il fatto che il cambio di alcuni protagonisti e gli esperimenti economici, pur in un contesto internazionale mutato, non hanno certo aperto la via ad un più esteso e proficuo esercizio dei diritti politici. In questo come in altri settori, il detto di José Martí secondo cui “una Constitución es una ley viva y práctica”⁹⁶ è ampiamente contraddetto dai fatti⁹⁷.

3.5. L'ambivalenza dei doveri

Un cenno ai doveri è imposto dall'art. 90, che li elenca come risvolto della responsabilità derivante dall'esercizio dei diritti. Si tratta in realtà di una congerie di obbligazioni, alcune civiche, altre burocratiche, altre ancora solidaristiche, che

⁹⁰ Art. 82.

⁹¹ Art. 80.

⁹² Art. 61.

⁹³ Cfr. ad es. A. Chaguaceda, *Constitucionalismo autocrático en Cuba: mito y realidad*, in R. Rojas, V.C. Bobes, A. Chaguaceda (coord.), *El cambio constitucional en Cuba*, cit. 99 ss.

⁹⁴ Si citano per brevità solo M. Frank, *Cuban Revelations: Behind the Scenes in Havana*, Gainesville, Fla., 2013 e S. Saxonberg, *Transitions and Non-Transitions from Communism. Regime Survival in China, Cuba, North Korea, and Vietnam*, Cambridge, 2013.

⁹⁵ Cfr. R. I. Centeno, *El nuevo posttotalitarismo cubano: un balance del raulismo*, in R. Rojas, V.C. Bobes, A. Chaguaceda (coord.), *El cambio constitucional en Cuba*, cit., 161ss.

⁹⁶ Citato da A. Matilla Correa, *Unas líneas (preliminares a un libro) con motivo de los cuarenta años de vigencia de la Constitución cubana de 1976*, in A. Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: Cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 1. Sulla figura di Martí, tra i tanti contributi, A. Matilla Correa (coord.), *José Martí: miradas desde el derecho*, La Habana, 2018.

⁹⁷ Una visione del problema anteriore alla Costituzione qui commentata in J. C. Guanche, *Estado, Participación y representación política en Cuba. Diseño institucional y práctica política tras la reforma constitucional de 1992*, Buenos Aires, 2013.

mirano a tratteggiare una figura di cittadino post-borghese, figlio della rivoluzione, creatura integra tra le difficoltà storiche di attuazione del modello. Come sempre in questi casi, l'approccio pedagogico e didascalico tradisce la sua vocazione ideologica

3.6. *Le garanzie processuali*

Un apposito Capítulo (il VI) del Titolo dedicato ai diritti (il V) si occupa in dettaglio delle garanzie.

L'elenco è lungo e dettagliato, non alieno da prescrizioni sofisticate, ma da calare ovviamente nella effettività del contesto cubano. Esso si apre con il diritto di azionabilità giudiziale di diritti e interessi legittimi e con la esecutività delle relative decisioni⁹⁸; prosegue con il riconoscimento di canali alternativi di risoluzione delle controversie⁹⁹ e di un due process articolato in una serie di facoltà di natura processuale, che vanno dall'eguaglianza delle parti all'assistenza legale, dal diritto di presentare mezzi di prova alla imparzialità ed indipendenza del giudicante, fino alla celerità del processo¹⁰⁰. Seguono una altrettanto analitica elencazione dei diritti nel processo penale¹⁰¹, le garanzie dell'habeas corpus e dell'habeas data¹⁰². Il Titolo si chiude con una puntuale disciplina del diritto all'indennizzo dei danni subiti dall'amministrazione e dai suoi funzionari e della responsabilità di questi ultimi¹⁰³ e con il divieto di retroattività della legge, salvo che per le norme penali più favorevoli¹⁰⁴

⁹⁸ Art. 92.

⁹⁹ Art. 93.

¹⁰⁰ Art. 94.

¹⁰¹ Art. 95.

¹⁰² Artt. 96 e 97.

¹⁰³ Artt. 98 e 99.

¹⁰⁴ Art. 100.

Le declinazioni del principio costituzionale di eguaglianza e non discriminazione tra continuità e innovazione

di Mia Caielli

Abstract: The constitutional principle of equality and non-discrimination between innovation and continuity – This paper provides an analysis of the equality provisions of the 2019 Cuban Constitution. On the one end, it emphasizes the legacies of the Socialist Revolution that can be found in the process towards female emancipation. On the other hand, it acknowledges that some new provisions mark a break with the recent past, linking the new prohibitions of discrimination to the full implementation of the principle of human dignity and providing answers to the social demands of many civil society organizations. Besides, particular attention is paid to some important linguistic aspects of the new Bill of Rights, revealing an interesting shift in the understanding of some discrimination issues.

Keywords: Constitution; Equality; Human Dignity; Gender; Sexual Orientation

641

1. Premessa

La Costituzione cubana approvata con il referendum popolare svoltosi il 24 febbraio 2019 introduce alcune significative novità in materia di tutela dalle discriminazioni e diritto all'eguaglianza, pur non segnando una rottura rispetto alla legge fondamentale precedente.

Ai fini di un'adeguata comprensione delle disposizioni attuali in materia, pare opportuno, innanzitutto, rivolgere l'attenzione sia al Preambolo, in cui si fa riferimento ai valori della «giustizia sociale e solidarietà umana» sia al suo primo articolo, inserito nel Capitolo I dedicato ai “Principi fondamentali”, in cui si stabiliscono i principali caratteri dello Stato: tra questi spiccano quelli relativi alla «dignidad», l'«humanismo», l'«equidad, l'«igualdad», la «solidaridad» e, infine, al «bienestar y la prosperidad individual y colectiva».

Tali principi fondamentali non si pongono in sostanziale discontinuità con il costituzionalismo cubano del secolo scorso: v'è, infatti, un filo comune che lega tutte le leggi fondamentali del Novecento, sia antecedenti, sia successive alla Rivoluzione castrista, con l'unica eccezione della Costituzione del 1901. Questa, approvata in seguito alla fine della dominazione spagnola, per ragioni in buon parte riconducibili al ruolo giocato dagli Stati Uniti nella guerra d'Indipendenza iniziata nel 1895, era ispirata all'individualismo e liberismo di cui era – ed è tuttora – permeata la Costituzione statunitense. Ma, a partire dalla Costituzione del 1940, in cui i principi dello stato sociale informano tutto il *Bill of Rights*, e, in

particolare, le disposizioni in materia di eguaglianza¹, tutte le carte costituzionali successive si caratterizzano per l'attenzione alla lotta alle discriminazioni e per l'accento posto sulla dimensione sostanziale del principio di eguaglianza dinanzi alla legge. La *Ley Fundamental* del 7 febbraio del 1959, adottata subito dopo la caduta del governo militare di Batista, si pose al riguardo in linea di continuità con il testo costituzionale del 1940², così come la Costituzione socialista del 1976 riprese, senza modifiche o integrazioni rilevanti, il catalogo dei diritti e delle libertà posto dalla legge fondamentale che avrebbe dovuto limitarsi a guidare la transizione ma che, invece, rimase in vigore per quasi un ventennio. Tale Costituzione ribadiva infatti l'eguaglianza come fondamento dello Stato, riprendendo in buona parte la formulazione del testo costituzionale del 1940. L'unica novità non trascurabile, riconducibile alla trasformazione socialista, era rappresentata dalla previsione del ruolo statale nell'educazione della cittadinanza: il II comma dell'art. 42, infatti, prevedeva che «las instituciones de lo Estado educan a todos, desde la mas temprana edad, en el principio de la igualdad de los seres humanos»³. Con le due successive revisioni costituzionali, eccezione fatta per l'inserimento della religione come fattore di discriminazione vietato avvenuto nel 1992⁴, la formulazione del principio di eguaglianza e non discriminazione non subisce variazioni di rilievo sostanziale.

Alcune novità, invece, sono riscontrabili nel testo costituzionale attuale e, per alcuni versi, possono ritenersi anticipate dai già menzionati “nuovi” valori fondanti lo Stato inclusi nel Preambolo e nell'art. 1. In particolare, pare degno di nota il riferimento all'«humanismo», in quanto prelude al significativo ampliamento del catalogo delle libertà, con l'aggiunta prevalentemente di diritti civili mutuati dai trattati internazionali sui diritti umani⁵, e contribuisce, insieme con la menzione espressa del valore dell'«equidad» accanto a quello dell'«igualdad», a una lettura in chiave sostanziale del principio di eguaglianza e a un aggiornamento significativo della lista dei fattori di discriminazione vietata.

¹ In cui spicca, in particolare, il divieto di discriminazioni etnico-razziali, «*producto de la presión de un fuerte activismo antirracista, tanto científico como político, apoyado por la marca impuesta por el fascismo sobre el racismo*» (J.C. Guanche, *La Constitución de 1940. Una reinterpretación*, in *Cuban Studies*, vol. 45, 2017, 66-88).

² L.A. De La Cuesta, *Cuatro décadas de historia constitucional cubana, 1959–1999*, in *Cuban Studies*, vol. 32, 2001, 98-119.

³ R. Brito Malgarejo, *El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado*, in N. González Martín (cur.), *Estudio jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, 2006, t. II, 135-148, 145.

⁴ L.A. De La Cuesta, *op. cit.*, 107-108.

⁵ A. Del Guercio, A. Guida, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, n. 1, 2019, 45 ss., 56. Sul riferimento all'«humanismo» nelle costituzioni sociali più recenti si veda lo studio di C.A. Britto, *O Humanismo como categoria constitucional*, Belo Horizonte, 2007, in cui si riflette sul passaggio dallo stato sociale allo stato “della fraternità”, che sarebbe rinvenibile nel costituzionalismo brasiliano in seguito all'adozione della Costituzione del 1988 (su cui cfr. C.A. Alcantara Machado, *Do estado liberal ao estado fraternal: a fraternidade como categoria jurídica e a contribuição da Constituição brasileira de 1988*, in A. Coseddu (cur.), *I sentieri del giurista sulle tracce della fraternità: Ordinamenti a confronto*, Torino, 2016, 119-137.

2. Il superamento della dicotomia eguaglianza formale e sostanziale

L'art. 42 della Costituzione così recita: «Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades», proseguendo con un lungo elenco dei fattori di discriminazione su cui ci soffermerà nel paragrafo successivo.

Manca una previsione costituzionale dedicata al principio di eguaglianza sostanziale, frequente negli ordinamenti contemporanei europei e non solo, che, nelle leggi fondamentali adottate nella seconda metà del secolo scorso, hanno inteso porre l'accento sul carattere sociale dello stato attraverso il riferimento ai doveri dei pubblici poteri di adoperarsi per la rimozione delle diseguaglianze di fatto: doveri stabiliti in articoli o commi appositi, che spesso, o comunque per lungo tempo, hanno contribuito a una lettura dicotomica del principio di eguaglianza. Il dibattito sull'apparente (o, per alcuni, reale⁶) tensione tra eguaglianza formale e sostanziale ha occupato per anni la dottrina costituzionalistica, nonché la giurisprudenza costituzionale, che faticano ancora oggi a ricondurre a unità le molteplici declinazioni del principio di (o diritto all'?) eguaglianza e ad accogliere una visione pluralistica di quest'ultima, che ne sappia trarre la complessità di fini⁷ e ne metta in luce il «carattere emancipatorio e correttivo congenito»⁸.

Il carattere socialista dello Stato cubano, certamente, determina la superfluità di simili precisazioni e non consente speculazioni sulla supposta contraddittorietà tra eguaglianza dinanzi alla legge ed eguaglianza effettiva, rendendo inevitabile l'accezione assiologicamente orientata dell'eguaglianza. Ma ciò che in questa sede si intende mettere in rilievo è la costituzionalizzazione del classico, liberale, principio di eguaglianza dinanzi alla legge in una breve formula che non può che essere intesa nella sua complessità di significati prescrittivi. L'unico, esplicito, accenno alla dimensione sostanziale dell'eguaglianza è, infatti, rinvenibile nel riferimento alle *mismas oportunidades* di cui devono godere tutti gli individui: espressione, questa, che fa la sua prima comparsa nel diritto internazionale e regionale in materia di eguaglianza tra i sessi sul finire del secolo scorso, prima con la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna* adottata nel 1979 dalle Nazioni Unite, poi con il Trattato di Maastricht del 1992, al fine di rimarcare la possibilità di interventi statali volti a rimuovere le diseguaglianze di fatto. Il nuovo testo costituzionale cubano accoglie questa specificazione – assente nelle disposizioni sull'eguaglianza della Costituzione del 1976 – ponendosi così in linea con le

⁶ Tra cui, ad esempio, M. Ainis, che aveva proposto un'interpretazione del II comma dell'art. 3 della Costituzione italiana come "autorottura" della Costituzione causata dalla vigenza simultanea di due norme conflittuali (*Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 582 ss., 597).

⁷ L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro Italiano*, 1996, 1961 ss., 1968.

⁸ O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale*, in C. Calvieri (cur.), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Perugia del 18 maggio 2005*, Torino, 2006, 439-468, 462.

formulazioni contemporanee del principio di eguaglianza, sebbene l'obiettivo della reale ed effettiva parità potesse agevolmente ricavarsi dal complesso dei valori che fondano il patto costituzionale.

Non solo, ma anche la menzione esplicita della dignità umana in più parti del testo costituzionale, contribuisce ad escludere una lettura meramente formale della eguaglianza dinanzi alla legge. *In primis*, l'art. 13 Cost. elenca, tra i numerosi obiettivi statali, quello di garantire la piena dignità umana e il suo completo sviluppo (lett. f); l'art. 40, con cui si apre il Titolo V della Costituzione dedicato ai diritti fondamentali, prevede che «la dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes»; infine, l'art. 42 Cost., come peraltro già prevedeva il testo costituzionale del 1976, contiene una clausola residuale che consente di estendere il divieto di discriminazioni a ogni «circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana». È stato evidenziato come il concetto di dignità umana fatto proprio dalla nuova legge fondamentale cubana non coincida con quello proprio della tradizione occidentale giusnaturalistica, ma si avvicini più a quello di tradizione socialista⁹: del resto, viene ricordato nel Preambolo, «solo nel socialismo e nel comunismo l'essere umano raggiunge la piena dignità». La nozione di dignità umana sembrerebbe così ricollegarsi alla dimensione sociale ed economica dei diritti, sebbene sia opportuno ricordare come il rilievo costituzionale della dignità umana risalga al periodo antecedente la Rivoluzione socialista: rappresenta, infatti, *in primis*, un omaggio all'eroe nazionale José Martí che, in un discorso del 1891, aveva chiarito: «Yo quiero que la ley primera de nuestra república sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre»¹⁰. Già la Costituzione cubana del 1940 menzionava espressamente la dignità umana, rappresentando una delle prime leggi fondamentali al mondo ad aver incluso il riferimento ad essa, insieme con la Carta costituzionale messicana del 1917, con quella di Weimar del 1919 e con le Costituzioni, entrambe del 1922, irlandese e finlandese¹¹. La *ratio* del riferimento alla dignità umana nella previsione costituzionale sull'eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge di cui all'art. 20 del testo costituzionale cubano sembra poter quindi essere rinvenuta nell'intento di chiarire il superamento dei principi classici dello stato liberale e di affermare il passaggio allo stato sociale, come ben si evince dalla Costituzione weimeriana due decenni prima, laddove all'art. 151, I comma, aveva sancito che l'ordinamento della vita economica dovesse conformarsi ai principi di giustizia, al fine di garantire «un'esistenza dignitosa per tutti». Diversa è, invece, la funzione del riferimento al principio fondamentale della dignità umana diffusosi dopo la

⁹ A. Del Guercio, A. Guida, *op. cit.*, 56.

¹⁰ Passaggio del discorso riportato da T.Y. Guzman Hernandez, *La dignidad como "Ley primera de nuestra República" y "con todos y para el bien de todos": dos deberes dialécticos desde la axiología martiana en la Constitución cubana*, in *Revista Derecho del Estado*, n. 34, 2015, 127-151, 130.

¹¹ D. Schultiner, G.E. Carmi, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, n. 2, 2014, 461-490, 464.

fine della II Guerra Mondiale sia nel diritto internazionale¹², sia in numerose carte costituzionali, soprattutto europee, come emblema della reazione alle violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani ad opera dei regimi fascista e nazionalsocialista. La nozione di “dignità cubana” della Cuba prerivoluzionaria pare anche differire dai significati – anche se indubbiamente non univoci – che va assumendo il riferimento alla dignità presente nei preamboli e nei cataloghi di diritti della maggior parte delle costituzioni adottate a cavallo tra il secolo scorso e quello attuale. L’inviolabilità della dignità umana tende, infatti, a porsi come fondamento dei diritti umani di stampo liberale incentrati sulla tutela della integrità psico-fisica della persona e delle sue molteplici estrinsecazioni¹³.

La dignità umana si rivela invece, nel costituzionalismo cubano, funzionale alla comprensione in senso sostanziale del principio di eguaglianza dinanzi alla legge¹⁴ e collegata ai principi fondanti lo stato sociale, contribuendo alla sua effettiva realizzazione. I molteplici riferimenti alla dignità umana presenti nel nuovo testo costituzionale cubano sembrano pertanto, da un lato, inscindibilmente connessi ai principi di solidarietà ed equità che hanno caratterizzato tanto lo stato sociale della prima metà del Novecento, quanto quello socialista instauratosi nel 1959, così contribuendo all’inevitabile interpretazione dell’eguaglianza giuridica come dovere dei pubblici poteri di agire per la parità di fatto¹⁵. Dall’altro, la conferma del divieto di discriminazioni che ledano la dignità umana, come si è visto presente sin dalla Costituzione del 1940, contribuisce a rendere la lista delle caratteristiche personali incluse tra le classificazioni sospette una lista aperta, non necessariamente esaustiva, che quindi non preclude un ampliamento per via interpretativa del già lungo elenco

¹² Cfr. i Preamboli della *Carta delle Nazioni Unite* del 1945 e della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* del 1948.

¹³ Emblematica di tale concezione della dignità umana è la *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* che dedica il primo dei sei Capi alla *Dignità*, in cui trovano posto il diritto di ogni individuo alla vita e l’esclusione della pena di morte; il diritto all’integrità psico-fisica e i divieti, sia di fare del corpo umano una fonte di lucro, sia della clonazione umana; la proibizione della tortura e di trattamenti inumani e degradanti; la proibizione della schiavitù e della tratta degli esseri umani.

¹⁴ Con delle analogie, pertanto, al significato che assume il riferimento alla “pari dignità sociale” contenuto nell’art. 3, I comma, della Costituzione italiana. E’ stato infatti sottolineato in dottrina come questo debba essere letto «non soltanto in chiave di eguaglianza formale (evocata dall’aggettivo «pari»), ma anche in chiave di eguaglianza sostanziale, nel senso che l’affermazione in ambito sociale della dignità umana implica che i pubblici poteri si adoperino per garantire il pieno rispetto ed il pieno sviluppo della persona, proprio in quanto portatrice di dignità» (M. Bellocci, P. Passaglia (cur.), *La dignità dell’uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, tenutosi a Roma il 30 settembre e il 1° ottobre 2007*, in www.cortecostituzionale.it). Più diffusamente, sul concetto di «pari dignità sociale» nella Costituzione italiana cfr. G. Ferrara, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.

¹⁵ Pare interessante ricordare il Presidente cubano Díaz-Canel alla vigilia del voto referendario sulla Costituzione abbia fatto propria tale concezione della dignità umana, spiegando che «Nuestra Constitución garantiza y preserva el acceso universal a la salud pública y a la educación, en fin, defiende el respeto a la dignidad humana» (messaggio twitter riportato in *Notimerica*, 19 febbraio 2019, <https://www.notimerica.com/politica/noticia-diaz-canel-nueva-constitucion-defiende-respeto-dignidad-humana-20190219105404.html>).

di fattori di discriminazione costituzionalmente vietata.

La specificazione delle discriminazioni vietate va quindi intesa alla luce di un principio di eguaglianza chiaramente declinato in chiave sostanziale in virtù dei plurimi riferimenti alla dignità umana, nonché ai principi di solidarietà ed equità con cui, come si è visto, si apre la Costituzione. I singoli divieti di discriminazione non sembrano, infatti, essere stati concepiti come mere declinazioni in negativo del principio di eguaglianza ma, al contrario, emerge il loro carattere squisitamente emancipatorio: carattere che, come opportunamente evidenziato da autorevole dottrina, è stato invece svalutato in Italia tanto dalla giurisprudenza costituzionale, quanto nelle ricostruzioni dottrinali, che hanno tendenzialmente preferito intenderli come generali divieti di arbitrarietà delle classificazioni normative¹⁶.

3. Sulla dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e l'estensione del suo nucleo forte

L'art. 42, dopo la generica proclamazione dell'uguaglianza dinanzi alla legge, specifica che questa vieta ogni discriminazione fondata su «sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial».

Salta subito all'occhio l'ampiezza di quello che, nella giuspubblicistica italiana, è noto come il "nucleo forte" del principio di eguaglianza. Sicuramente l'elenco degli specifici fattori di discriminazione vietata è più esteso di quello tipico delle leggi fondamentali europee del secondo dopoguerra, ma si differenzia anche da quello che caratterizza non solo il costituzionalismo della terza ondata di democratizzazione, ma anche quello latino-americano più recente. La formulazione della regola antidiscriminatoria, pur non segnando alcuna rottura con il passato, rappresenta una evoluzione non di poco conto rispetto al testo costituzionale del 1976 che sostanzialmente riproduceva il contenuto dell'art. 20 della Costituzione del 1940 e quello del catalogo dei diritti fondamentali¹⁷. In entrambe le leggi fondamentali, rispettivamente *pre* e *post* Rivoluzione, era già vietato qualsiasi trattamento discriminatorio fondato sulla razza, il colore della pelle, il sesso e, come già si è avuto modo di osservare, su ogni altra caratteristica personale che comportasse distinzioni lesive della dignità umana. L'inserimento del credo religioso tra i fattori di discriminazione vietati è più recente: risale, infatti, alla revisione costituzionale del 1992 intervenuta dopo decenni di repressione anticattolica e di limitazione delle attività religiose e del proselitismo. L'anno precedente il Partito comunista aveva, per la prima volta, consentito ai credenti l'ingresso nel Partito, spianando così la strada a una riforma che è andata a incidere su diverse disposizioni costituzionali: il processo

¹⁶ O. Pollicino, *op. cit.*, 446.

¹⁷ Sulla continuità tra Costituzione del 1940 e Costituzione del 1976 in materia di diritti fondamentali cfr. M. Prieto Valdés, *Una mirada desde y para el ordenamiento jurídico cubano: en defensa de los derechos*, in *Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, Vol.3, n.2, 2013, 1-10, 2.

c.d. di *Apertura* è, infatti, consistito non solo nella esplicito divieto di discriminazione religiosa agli artt. 42 e 43 Cost., ma anche nella previsione della libertà di professione religiosa inserita all'art. 55 Cost.¹⁸.

Diversi sono, invece, i fattori “nuovi” di discriminazione vietata. Peculiare è, innanzitutto, l'aggiunta al divieto di diseguaglianza fondate sul “sesso” di quelle fondate sul “genere”. Se il termine “sesso” fa riferimento alle differenze biologiche e genetiche tra maschi e femmine, il termine “genere” che fa la sua comparsa nelle scienze sociali negli anni Settanta dello scorso secolo, intende porre l'attenzione sulla costruzione sociale della mascolinità e della femminilità, ovvero sulle conseguenze sociali della nascita in un corpo sessuato, oggetto di riflessione e dibattito, ormai da decenni, nella letteratura anglo-americana in particolare.. A partire dalla celebre opera dell'antropologa Gayle Rubin, si è lavorato sul binomio sesso/genere per indagare sull'insieme dei «processi, adattamenti, modalità di comportamento e di rapporti, con i quali ogni società trasforma la sessualità biologica in prodotti dell'attività umana e organizza la divisione dei compiti tra uomini e donne, differenziandoli l'uno dall'altro»¹⁹. Ora, se i termini *sex* e *gender* hanno cessato da tempo di essere usati in modo interscambiabile negli studi femministi, anche giuridici, l'attenzione per il diverso significato dei due sostantivi è pressoché tuttora assente nel linguaggio di legislatori e costituenti che continuano a utilizzare una terminologia che non tiene conto di quanto vi è di socialmente e storicamente costruito nelle relazioni tra donne e uomini (o, meglio, tra femmine e maschi²⁰). Da una lettura sistematica delle numerose disposizioni che recano i principi fondamentali e i diritti umani posti a fondamento della nuova Costituzione e, soprattutto, alla luce dell'evoluzione del dibattito giuridico e politico sulle diseguali relazioni tra donne e uomini, pare possibile escludere che l'aggiunta del divieto di discriminazioni di “genere” a quelle fondate sul “sesso” sia solo *ad abundantiam*, ovvero una mera ripetizione volta a rafforzare la portata della regola di parità. Più verosimilmente, le e i Costituenti cubani hanno inteso sottolineare come le politiche antidiscriminatorie non debbano realizzarsi a scapito della tutela delle differenze, differenze che, però, non derivano solo dal dato biologico e genetico ma anche, e soprattutto, culturale. Non può pertanto non sorprendere la scelta della Assemblea nazionale cubana di proibire non solo le discriminazioni fondate sul *sesso*, ma anche quelle basate sul *genere*, cui la Costituzione attuale presta attenzione anche in altre disposizioni *ad hoc* che, come si avrà modo di osservare nel paragrafo seguente, sono indubbiamente indicative di un nuovo approccio alla questione della subordinazione femminile.

L'intervento del legislatore costituzionale sul piano terminologico interessa anche un altro divieto di discriminazione già sancito nelle leggi fondamentali precedenti. Nel nuovo art. 42, infatti, non passa inosservata la sostituzione del

¹⁸ Si rinvia, sul tema, allo scritto di A. Canepa, *La libertà religiosa*, in *Questo Volume*.

¹⁹ G. Rubin, *The Traffic in Women*, 1975, 157.

²⁰ Precisazione opportuna se si riflette sul fatto che “La realtà non è già articolata in donne e uomini. Piuttosto, tale ripartizione è argomento di stipulazione” (V. Tripodi, *Convenzioni e generi. Donna (o uomo) si nasce o si diventa?*, in *Rivista di estetica*, n. 41, 2009, 39-57).

termine “razza” con la locuzione “origine etnica”. Tale innovazione si pone significativamente in linea con le tendenze più recenti del diritto antidiscriminatorio europeo e non solo. Ad esempio, la Direttiva 43/2000/CE si limita a spiegare nel Preambolo, al *Considerando* n.6, che «L'Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine "razza" nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie»²¹

Scelte lessicali a parte, il divieto di discriminazioni etniche si pone in linea di continuità con la storia costituzionale cubana post-Indipendenza. La razza come fattore di discriminazione vietato era già stata prevista nella Carta costituzionale del 1940, grazie alle pressioni esercitate sia dal Partito comunista, sia dalle organizzazioni sindacali, che, sin dal 1892, anno in cui si svolse il Congresso dei lavoratori cubani che bandì ogni forma di discriminazione razziale, avevano iniziato a svolgere un ruolo particolarmente attivo nella lotta per l'eguaglianza etnica e contro le politiche segregazioniste di stampo nordamericano che si erano affermate a Cuba nel periodo immediatamente successivo alla Independenza dalla Spagna, coincidente con l'inizio del protettorato statunitense²². Con la Rivoluzione castrista si intensifica l'impegno volto a eradicare il razzismo istituzionalizzato nei confronti della popolazione discendente dagli schiavi importati dal continente africano durante l'epoca coloniale spagnola²³. Il 22 marzo del 1959 Fidel Castro pronunciò a L'Havana un celebre discorso incentrato sulla questione razziale, in cui ribadì più volte la necessità di liberare i luoghi di lavoro e di ricreazione da ogni forma di diseguaglianza fondata sul colore della pelle: «[...] No debiera ser necesario dictar una ley contra un prejuicio absurdo, lo que hay que dictar es el anatema y la condenación pública contra aquellos hombres llenos de pasados resabios, de pasados prejuicios, que tienen el poco escrúpulo de venir a discriminar a unos cubanos, de venir a maltratar a unos cubanos, por cuestiones de piel más clara o más oscura porque, en definitiva, todos la tenemos más clara o más oscura»²⁴. Si scorge, in quest'ultimo passaggio, l'argomento più utilizzato da Castro per spiegare il suo pensiero antirazzista che trovò espressione in molti altri discorsi in pubblico, in televisione, nonché in diversi documenti scritti, ovvero il fatto che il popolo cubano fosse da considerare un popolo “Afro-Latino”: espressione, questa, usata già molti decenni prima dal padre dell'Indipendenza cubana, José Martí, al fine respingere ogni tentativo di distinzione tra cittadini cubani di

²¹ in Italia, invece, si ricorda la Legge della Regione Piemonte n. 5 del 2016, la prima a formulare tale divieto avendo cura di non utilizzare il sostantivo “razza”, ma di riferirsi al «colore della pelle» e «ascendenza od origine nazionale, etnica o sociale».

²² Sulla chiara derivazione statunitense del regime di *apartheid* cubano durato per tutti i sessant'anni di dominazione americana cfr. J.B. Cole, *Race Toward Equality: The Impact of the Cuban Revolution on Racism*, in *The Black Scholar*, vol. 11, n. 8, 1980, 2-24, spec. 4-8.

²³ Cuba è stato il penultimo Paese dell'emisfero occidentale ad abolire la schiavitù, nel 1886, seguito da Portorico nel 1898 (si rinvia al riguardo a L. Bergad, *Slavery in Cuba and Puerto Rico, 1804 to Abolition*, in D. Eltis, S. Engerman, S. Drescher, & D. Richardson (cur.), *The Cambridge World History of Slavery*, Cambridge, 2017, 98-128).

²⁴ Il testo integrale del discorso è reperibile online sul sito web www.cuba.cu, al link www.cuba.cu/gobierno/discursos/1959/esp/f220359e.html.

ascendenza indigena, spagnola e africana²⁵.

In proclami, interventi normativi e impegno internazionale sarebbe consistita la lotta della Cuba rivoluzionaria per l'eguaglianza etnica²⁶. Oltre ai celebri manifesti anti-razzisti non solo di Castro, ma anche di altri e altre leader della Rivoluzione, infatti, furono le politiche socialiste inaugurate nei mesi immediatamente successivi al rovesciamento del regime di Batista a influire sulle relazioni etniche della società cubana. Come conseguenza degli interventi statali dell'inizio degli anni Sessanta nel settore lavorativo, educativo-scolastico, medico e di sicurezza sociale, l'accesso a tutti i servizi pubblici fu desegregato; la campagna di alfabetizzazione e la rapida riduzione del tasso di disoccupazione incrementarono senza dubbio la partecipazione della popolazione afro-cubana alla vita sociale del Paese; infine, la creazione dei *circulos infantiles* contribuì in maniera significativa alla integrazione etnica sin dalla età pre-scolare. La politica estera cubana si caratterizzò, negli anni immediatamente successivi, per il coinvolgimento nelle lotte per la liberazione dei popoli africani contro l'oppressione coloniale e per la fine dei regimi di *apartheid*: gli interventi militari in Angola, Mozambico, Congo, Guinea Bissau (e, più tardi, anche in Sudafrica), sono così stati letti, talvolta, come proseguimento nell'ambito internazionale dell'azione anti-razzista condotta a livello interno²⁷. Non può non segnalarsi, pur senza addentrarsi nella complessa questione, che diverse sono state – e sono tuttora – le letture della politica estera cubana degli anni Sessanta²⁸: certo è, per quel che in questa sede rileva, che, almeno dal punto di vista politico-simbolico, la presenza cubana nel dibattito internazionale sulle problematiche etnico-razziali non è mai venuta meno. Cuba è stato uno dei primi Paesi al mondo, nel 1972, a ratificare la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* approvata il 21 dicembre 1965 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e Fidel Castro non ha mai cessato di colorare di antirazzismo i molteplici interventi dinanzi alle Nazioni Unite sino alla fine dei suoi giorni.

Anche l'evoluzione normativa interna si è caratterizzata per interventi senza dubbio non “cosmetici”: il Codice penale introdotto nel 1987 ha previsto, all'art. 120, il reato di *apartheid* e, all'art. 295, ha stabilito il reato di discriminazione etnico-razziale, e, al II comma, il reato d'incitamento alla discriminazione e di diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale. Eppure, è ancora oggi evidente la condizione di svantaggio in cui si trova la popolazione cubana di discendenza africana: il dibattito socio-giuridico sulle ragioni della mancata realizzazione delle promesse costituzionali *pre* e *post* rivoluzionarie è quanto mai vivo. Di particolare interesse pare la riflessione sulla persistenza di quello che è stato definito “colonialismo interno”²⁹ – rinforzato

²⁵ J.B. Cole, *op. cit.*, 13-14.

²⁶ *Ivi*, 9-15.

²⁷ *Ivi*, 14-15.

²⁸ Cfr. F.F. Taylor, *Revolution, Race, and Some Aspects of Foreign Relations in Cuba Since 1959*, in *Cuban Studies*, vol. 18, 1988, 19-41.

²⁹ Espressione coniata dal sociologo messicano Pablo González Casanova nel 1963, nel saggio *Sociedad plural, colonialismo interno y desarrollo*, ripresa e aggiornata decenni dopo nel

dopo il 1959 da alcune «prácticas hegemónicas del socialismo como sistema político»³⁰, che avrebbero consentito il sorgere di un neo-razzismo, non sradicato da un «país antimperialista cuyos presupuestos ideológicos se declaran, por esencia, anticapitalistas, antirracistas y humanitarios, pero donde un chiste racista sigue siendo aceptado, compartido y celebrado hasta por algunos sujetos negros»³¹. La fiducia nella sfida lanciata dal regime castrista alle discriminazioni etnico-razziali di chi, ad esempio, aveva sottolineato come il fenomeno della sottopresenza della componente afro-cubana nelle posizioni apicali del partito, dell'esercito e di tutte le altre istituzioni sarebbe stato destinato a scomparire in tempi rapidi come conseguenza della fine del sistema segregazionista³², pare oggi, almeno in parte, mal riposta. Si è, infatti, evidenziato come la percentuale di afro-cubani attiva negli organi statali sia diminuita proporzionalmente all'aumentare del potere e prestigio di questi³³; inoltre, si è osservato come le riforme economiche avviate da Raul Castro abbiano colpito in modo sproporzionato la popolazione di colore, consentendo quindi di argomentare che la questione razziale sia lungi dall'essere stata risolta³⁴. Non pare quindi irrilevante che Cuba abbia scelto di rinnovare il suo impegno nella lotta alle discriminazioni etniche aderendo, recentemente, al *Decennio Internazionale per le Persone di Discendenza Africana (2015-2024)*.

Nella scelta del legislatore costituente di arricchire l'elenco delle differenziazioni *ratione subiecti* vietate è possibile distinguere tra l'inclusione da un lato, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, dall'altro di età e disabilità. Se l'attenzione nei confronti delle discriminazioni fondate sui primi due fattori rappresenta una reale innovazione costituzionale che non ha mancato di suscitare polemiche nel corso dei dibattiti parlamentari e nella fase di consultazione popolare, il generale divieto di classificazioni arbitrarie fondate su età e disabilità non ha sostanzialmente incontrato ostacoli, essendo riconducibile alla già presente attenzione giuridica nei confronti dei c.d. soggetti deboli, per ragioni di anzianità o incapacità psico-fisiche.

La nuova tutela dalle discriminazioni che la nuova carta costituzionale intende offrire alla popolazione LGBTQ+, attraverso la menzione esplicita sia dell'orientamento sessuale, sia dell'identità di genere, quali fattori di discriminazione vietati assume una rilevanza particolare, in considerazione della nota storia di repressione delle minoranze sessuali nel periodo cubano post-

contributo *Colonialismo interno (una redefinición)*, in A. Borón, J. Amadeo e S. González, *La teoría marxista hoy*, Buenos Aires, 2006, 409-434.

³⁰ R. Zurbano Torres, *Racismo vs. Socialismo en Cuba: un conflicto fuera de lugar (apuntes sobre/contre el colonialismo interno)*, in *Meridional. Revista Chilena de Estudios Latinoamericanos*, n. 4, 2015, 11-40, 18.

³¹ Id., *Cuba: Doce dificultades para enfrentar el (neo) racismo o doce razones para abrir el (otro) debate*, in *Revista Universidad de La Habana*, 2012, 266-277.

³² J.B. Cole, *op. cit.*, 17.

³³ Cfr., *inter alia*, H.C. Adams, *Fighting an Uphill Battle: Race, Politics, Power, and Institutionalization in Cuba*, in *Latin American Research Review*, vol. 39, n. 1, 2004, 171-173.

³⁴ E. L. Drake, J. C. Davidow, *Old History in the 'New' Cuba: Exploring the Legacy of Race and Economic Inequality on the Island Today*, in *Cornell International Affairs Review*, vol. 11, n. 1, 2017 (reperibile online al link www.inquiriesjournal.com/a?id=1722).

rivoluzionario³⁵. Gli anni Sessanta, infatti, videro la creazione delle *Unidades Militares de Ayuda a la Producción* (UMAP), campi di lavoro forzato che furono chiusi nel 1968 sotto la pressione internazionale e di cui Fidel Castro si assunse la responsabilità molti decenni dopo³⁶, in cui furono collocati gli omosessuali per essere rieducati— insieme a migliaia di religiosi od oppositori del regime — all’insegna del motto che campeggiava all’ingresso di uno di questi centri sparsi per l’isola: «El trabajo los hará hombres»³⁷. Insieme con il mantenimento del reato di omosessualità, fu questa solo una delle conseguenze della netta presa di posizione degli organi del Partito comunista: «Il carattere socialmente patologico delle deviazioni omosessuali è riconosciuto. E’ stato stabilito che qualsiasi manifestazione di deviazioni omosessuali sia da respingersi fermamente e da prevenire sin dall’inizio»: così si legge nell’edizione del 9 maggio 1971 di *Granma*, testata ufficiale del comitato centrale del Partito³⁸. E’ stata, del resto, evidenziata la stretta connessione tra ideologia marxista-leninista e repressione della omosessualità, quest’ultima ritenuta contraria alla morale socialista in quanto considerata come espressione dello stato borghese e antitetica rispetto agli ideali dell’ “uomo nuovo socialista”³⁹. In un’intervista rilasciata a un giornalista americano nel 1965, Fidel Castro spiegava come «we would never come to believe that a homosexual could embody the conditions and requirements of conduct that would enable us to consider him a true Revolutionary, a true Communist militant. A deviation of that nature clashes with the idea of what a militant communist must be»⁴⁰.

I rapporti omosessuali tra adulti consenzienti sono stati legalizzati nel 1979 ma, fino alla fine del secolo scorso, è rimasto in vigore il riferimento esplicito all’omosessualità contenuto nell’art. 303 del Codice penale che punisce l’offesa al pudore, l’esibizionismo, lo scandalo pubblico e l’adescamento⁴¹.

Il Partito ha ufficialmente cambiato posizione al riguardo nel corso del suo VII Congresso nazionale, tenutosi a L’Avana nel 2016, in cui ha trovato posto nel dibattito la questione delle discriminazioni, anche come conseguenza di un

³⁵ Impossibile non ricordare l’autobiografia-denuncia della repressione del regime castrista di R. Arenas, *Prima che sia notte*, Parma, 1993.

³⁶ Il 31 agosto 2010 Castro, in una celebre intervista rilasciata alla testata messicana *La Jornada*, ammise le proprie responsabilità per la persecuzione della popolazione omosessuale e per la ideazione delle UMAP: C. Lira, *Soy el responsable de la persecución a homosexuales que hubo en Cuba: Fidel Castro*, in *La Jornada*, 31 agosto 2010, intervista reperibile al link: www.jornada.unam.mx/2010/08/31/index.php?section=mundo&article=026e1mun.

³⁷ Cfr., *inter alia*, A. Madero, ‘*El Trabajo Os Hará Hombres: Masculinización Nacional, Trabajo Forzado y Control Social En Cuba Durante Los Años Sesenta*’, in *Cuban Studies*, n. 44, 2016, 309–349.

³⁸ E’ questo l’incipit della Dichiarazione del I Congresso nazionale di educazione e cultura, di cui un lungo estratto era stato pochi mesi dopo pubblicato e fermamente condannato dalla Rivista Fuori! (*Cuba: socialismo?*, in *Fuori!*, n. 1, giugno 1972, 8, reperibile online al link www.omofonie.it/fuori/n.1_1972.pdf).

³⁹ L. Guerra, *Gender policing, homosexuality and the new patriarchy of the Cuban Revolution, 1965–70*, in *Social History*, n. 35, 2010, 268–289, 271.

⁴⁰ Passaggio dell’intervista pubblicata in L. Lockwood, *Castro's Cuba, Cuba's Fidel*, Eugene (Oregon), 2003, 107.

⁴¹ Modificato dall’art. 28 del *Decreto- Ley* n. 175 del 1997.

incremento della partecipazione della società civile ai lavori delle commissioni e al coinvolgimento della popolazione più giovane. Lo Statuto è stato così oggetto di riforma nel medesimo periodo in cui si andavano svolgendo i lavori preparatori del nuovo testo costituzionale: si è così espressamente proibita l'omofobia, in prosecuzione del cammino iniziato nel 2013 con l'introduzione del divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nei luoghi di lavoro.

La riflessione che è stata avviata, sempre durante l'ultimo Congresso del Partito, sulle nozioni di sesso e genere lascia presagire ulteriori sviluppi che, malgrado le resistenze che si sono palesate durante il processo costituente, paiono oggi possibili in ragione della aumentata sensibilità che si va diffondendo nel Paese anche in conseguenza del lavoro svolto da diverse associazioni di tutela dei diritti delle persone LGBTIQ+ e dal *Centro nacional de educación sexual de Cuba* (Cenesex), guidato da Mariela Castro. Paiono quindi oggi possibili tali sviluppi del diritto antidiscriminatorio che andranno a incidere sul diritto di famiglia e, in particolare, sul riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali⁴², sebbene non sia da trascurare che le resistenze che si sono palesate durante il processo costituente abbiano influito in maniera considerevole sulla decisione del Cenesex di annullare la dodicesima *conga*, la marcia cubana per i diritti delle persone omosessuali, che era stata programmata per l'8 maggio 2019, a causa del timore che si ponesse come antigovernativa⁴³.

Nonostante i recentissimi segnali di arresto nel cammino giuridico-culturale verso il riconoscimento delle diversità sessuali che è impossibile negare, le nuove disposizioni in materia di eguaglianza mantengono uno spiccato carattere riformatore nella misura in cui si pone l'intento di anticipare, promuovere e accompagnare la trasformazione delle norme sociali cui stanno contribuendo soprattutto le nuove generazioni che hanno potuto far sentire la loro voce nella fase di consultazione popolare: si è spesso sottolineato nei mesi che hanno preceduto l'approvazione definitiva del testo costituzionale questo aspetto, evidenziandosi come «el derecho no puede permanecer esclavo perpetuo de rezagos sociales, aun cuando en un momento pueda entrar en colisión con parte del espectro social. En su misión transformadora le corresponde también impulsar el desarrollo»⁴⁴.

Tale carattere del testo costituzionale si manifesta anche nella parte in cui fa passare attraverso la tutela antidiscriminatoria anche il riconoscimento dell'identità di genere come diritto fondamentale. Timidi passi verso tale riconoscimento erano già stati compiuti negli anni precedenti: la prima forma di tutela delle persone *transgender* arriva, infatti, con la Risoluzione governativa n. 126 del 2008 con cui si garantisce, per la prima volta in America latina, la possibilità di accedere al servizio sanitario statale per la riassegnazione

⁴² Su cui si rinvia all'analisi di E. Ceccherini, *Genere e famiglia*, in *Questo Volume*.

⁴³ La marcia si è peraltro svolta ugualmente, senza l'appoggio governativo, e si è conclusa con l'arresto di diversi manifestanti e la grande attenzione dei media di molte democrazie occidentali (tra i numerosi commenti critici si veda P. Stublely, *LGBT+ Activists Arrested at Unauthorised March in Cuba*, in *The Independent*, 12 maggio 2019).

⁴⁴ H. Acosta Álvarez, *La futura Constitución es una obra colectiva*, in *Granma*, 17 ottobre 2018.

chirurgica del sesso anagrafico⁴⁵. Di particolare interesse pare la ragione che era stata all'epoca rinvenuta alla base di tale politica progressista, intrapresa da un ordinamento che, come si è ricordato poc'anzi, si è per decenni caratterizzato per l'affermazione sicura di un binarismo di sesso-genere chiuso e rigido e, conseguentemente, per la negazione ferma del diritto alla diversità di genere: un approccio alla questione dell'identità di genere non *rights based*, bensì *health-based*, in cui essendo il diritto alla salute un diritto fondamentale la cui protezione segue il modello universalistico non può tollerare alcuna discriminazione o difficoltà nel suo accesso⁴⁶. Ma, se è difficile negare che rispondessero (unicamente) a tale finalità del regime socialista anche le politiche precedenti di apertura verso la comunità transgender, quali la creazione, già nel 1979, della *National Commission for Comprehensive Attention to Transsexual People* per iniziativa del Ministero della Salute, pare assai più arduo, oggi, escludere che il divieto di discriminazione per ragioni di identità di genere incluso nella nuova Costituzione assurga al rango di diritto fondamentale autonomo, che prescinde dalla sua relazione (solo eventuale, peraltro) con il diritto alla salute.

Anche l'età è stata inclusa tra i fattori di discriminazione vietata con il nuovo testo costituzionale. Ciò si pone senza dubbio alcuno in linea con le carte costituzionali adottate negli ultimi anni e riflette l'influenza dello sviluppo del diritto antidiscriminatorio prima statunitense⁴⁷, poi europeo. Dal 1997 – in seguito al Trattato di Amsterdam – il diritto primario dell'Unione europea prevede l'intervento delle istituzioni europee per combattere le discriminazioni per età, intervento realizzatosi con l'adozione della Direttiva del Consiglio 78/2000/CE sulla parità di trattamento nel lavoro e seguito da alcune normative dei Paesi membri dell'UE che estendono l'ambito di operatività del divieto di discriminazione per età oltre a quello lavorativo e da una sola carta costituzionale, quella finlandese del 1999, che ha espressamente incluso tale fattore di discriminazione tra quelli vietati⁴⁸. La Costituzione cubana si pone quindi all'avanguardia se si considera che le uniche altre costituzioni al mondo a vietare la discriminazione per età sono quella canadese e quella sudafricana. Le ragioni che si celano dietro questa scelta sono però peculiari ed è possibile solo in parte ricondurle al desiderio di imitazione di modelli costituzionali avanzati sul piano della tutela dalle diseguaglianze: non può non notarsi, infatti, anche in questo caso, l'accento sul carattere sociale di tale divieto di discriminazione, sancito come esito di riflessioni meno recenti sulle nuove esigenze di una società destinata a invecchiare in cui assume un rilievo fondamentale il dovere statale di

⁴⁵ E.J. Kirk, R. Huish, *Transsexuals' Right to Health? A Cuban Case Study*, in *Health and Human Rights Journal*, vol. 20, n. 2, 2018, 215–222.

⁴⁶ *Ivi*, 216–217.

⁴⁷ Risale infatti al 1967 l'*Age Discrimination in Employment Act*, la legge federale sul divieto di discriminazione per età in ambito lavorativo.

⁴⁸ Sulla discriminazione per età si rinvia, *inter alia*, a C. O' Cinneide, *Constitutional and Human Rights Aspects of Age Discrimination*, in A. Numhauser-Henning, M. Rönningmar (cur.), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, The Netherlands, 2015, 51–70 e a L. Vickers, *Comparative Discrimination Law: Age as a Protected Ground*, Leiden-Boston, 2018.

agire per promuovere l'esistenza dignitosa e la partecipazione attiva alla vita sociale del Paese della popolazione più anziana⁴⁹.

Analoga, pare, la *ratio* dell'inclusione del fattore "disabilità" tra quelli vietati, fattore inserito nella maggior parte delle carte costituzionali adottate nel nuovo secolo su impulso del diritto internazionale e regionale: essa pare, infatti, una novità quasi "scontata", se si considerano le molteplici previsioni costituzionali e normative sulla tutela degli individui in vigore dall'epoca rivoluzionaria. La Legge fondamentale del 1959 aveva posto le basi per la creazione del Ministero della Sicurezza Sociale istituito nello stesso anno e per l'adozione di numerosi interventi statali a tutela delle persone con disabilità, misure che trovarono successivamente copertura costituzionale nella Costituzione del 1976, come modificata nel 1992: all'art. 9 si stabilì che ogni persona incapacitata al lavoro avesse il diritto ai mezzi necessari per una esistenza dignitosa mentre l'obbligo statale di tutela dei lavoratori disabili venne sancito agli artt. 48 e 49 in materia di sicurezza e protezione sociale⁵⁰. Più recente, invece, la ratifica da parte di Cuba della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* avvenuta nel 2008 emblematica del proseguimento dell'impegno dei pubblici poteri nella rimozione degli ostacoli che incontrano gli individui disabili nella piena partecipazione alla vita sociale del Paese.

4. Verso la parità di genere: un lungo cammino iniziato con la Rivoluzione?

L'art. 43, I comma, della nuova Costituzione ribadisce il principio dell'eguaglianza tra donne e uomini prevedendo che «La mujer y el hombre tienen iguales derechos y responsabilidades en lo económico, político, cultural, laboral, social, familiar y en cualquier otro ámbito» e ponendo l'accento sulla accezione sostanziale di tale principio: «El Estado garantiza que se ofrezcan a ambos las mismas oportunidades y posibilidades». Di particolare interesse pare il II comma del medesimo articolo, non solo laddove sancisce il dovere dei pubblici poteri di adoperarsi per la piena partecipazione delle donne alla vita sociale ma, soprattutto, nella parte in cui impegna lo Stato a garantire i diritti sessuali e riproduttivi delle donne e a proteggerle da qualsiasi forma e manifestazione di violenza⁵¹.

⁴⁹ T. Delgado Vergara, J. Pereira Pérez, *El envejecimiento: un fenómeno demográfico con repercusión jurídica*, in *Revista Novedades en Población*, n. 26, 2017, pp. 24-39.

⁵⁰ Sulla legislazione civilistica e giuslavoristica attuativa del dettato costituzionale *post* rivoluzionario cfr. Y. Ballester Toranzo, W. Marrero Ballester, *Derechos y Garantías de las personas con discapacidad, especificaciones de la regulación jurídica en Cuba*, 2014 (testo integrale reperibile on line al link: repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/372) e L. Perez Navarro, *Cuba and the rights of people with disabilities*, 2008 (reperibile on line al link: www.cubaminrex.cu/English/61CDH/Articles%20and%20opinions/Cuba%20and%20the%20Rights.htm)

⁵¹ Così recita l'art. 43, II comma: «El Estado propicia el desarrollo integral de las mujeres y su plena participación social. Asegura el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, las protege de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones y espacios, y crea los mecanismos institucionales y legales para ello».

Nella narrazione giornalistico-mediatica del recente processo costituente cubano si è spesso posto l'accento sul ruolo attivo svolto dalle donne: ruolo che si è giocato, sia nella fase di consultazione popolare, sia nella campagna elettorale per l'approvazione referendaria del testo costituzionale, soprattutto attraverso la partecipazione alla *Federación de Mujeres Cubanas* (FMC), organizzazione creata nel 1960 sotto il governo rivoluzionario, all'indomani della caduta del regime di Batista, in cui confluirono numerose associazioni femminili preesistenti⁵². Viene, peraltro, spesso sottolineato come tutte le leggi fondamentali cubane adottate nel secolo scorso abbiano visto un significativo coinvolgimento della cittadinanza femminile, così «segnando una rottura con l'androcentrismo che aveva permeato il testo della Costituzione del 1901»⁵³, approvato dopo lunghi dibattiti sul riconoscimento del diritto di voto alle donne che sfociarono nel respingimento della mozione per il suffragio femminile⁵⁴. L'adozione della Costituzione del 1940 era stata preceduta dal *Terzo Congresso Nazionale delle Donne*, svoltosi nel 1939, che aveva rappresentato una significativa rottura con il femminismo liberale del primo ventennio del secolo. Divorzio, potestà genitoriale, elettorato attivo e passivo, accesso agli uffici pubblici, erano infatti diritti acquisiti per le donne cubane che avevano, quindi, potuto iniziare ad affrontare sia la questione del potere economico sbilanciato in favore degli uomini, sia le problematiche della “donna situata”: giovane, nubile, povera, vedova⁵⁵, così ponendo l'accento sulla dimensione sostanziale della parità di genere. La partecipazione all'Assemblea costituente fu di sole tre donne tra 76 delegati, eppure il ruolo di costoro nella formulazione del testo rimasto in vigore solo poco più di un decennio si è rivelato tutt'altro che marginale⁵⁶, portando alla proclamazione del principio di eguaglianza tra i sessi⁵⁷; alla costituzionalizzazione del riconoscimento della piena capacità giuridica della donna con espresso riferimento all'abolizione dell'autorizzazione maritale di cui all'art. 43; al rilievo attribuito alla protezione della maternità delle donne lavoratrici sancita all'art. 68 e, all'art. 60, al principio di parità salariale.

Anni dopo, la Rivoluzione socialista ha indubbiamente giocato un ruolo,

⁵² Tra i numerosi commenti al riguardo apparsi su *Granma*, si veda A. García Elizalde, *Respaldar la Constitución es apoyar la igualdad que ha impulsado la Revolución*, in *Granma*, 31 gennaio 2019.

⁵³ S. Antón, *Constituciones cubanas con alma de mujer*, in *El Correo*, 9 luglio 2018 (articolo reperibile online al link: www.elcorreo.eu.org/IMG/article_PDF/Constituciones-cubanas-con-alma-de-mujer_a27111.pdf). La traduzione in italiano è stata successivamente pubblicata in *Granma*, 18 febbraio 2019.

⁵⁴ Sulla lotta cubana per il suffragio femminile poi riconosciuto nel 1936 e, più in generale, sulla costruzione “androcentrica” del testo costituzionale del 1901, cfr. J.C. González Pagés, *Construcción de la ciudadanía femenina cubana a inicios del Siglo XX. Influencias del Sufragismo y el Feminismo (1898-1925)*. *Selección de lecturas de Sociología y Política Social de Género*, La Habana, 2005.

⁵⁵ Cfr. J.C. González Pagés, *Historia de la mujer en Cuba: del feminismo liberal a la acción política femenina*, La Habana, 2008, 485-505.

⁵⁶ Si tratta di Esperanza Sánchez Mastrapa, della *Unión Revolucionaria Comunista* e di due esponenti del *Partido Revolucionario Cubano*: María Esther Villoch e Alicia Hernández de la Barca.

⁵⁷ Sul principio di eguaglianza nella Costituzione del 1940 si veda *supra*, § 2.

per quanto ambiguo e oggi sottoposto a frequenti critiche, nel pur lento processo di emancipazione femminile cubana. Fidel Castro, in un celebre discorso pronunciato nel 1966 dinanzi al V Congresso della FMC, si riferì alla partecipazione femminile alla Rivoluzione cubana come a «una Rivoluzione nella Rivoluzione»⁵⁸, con ciò riferendosi alla necessaria integrazione delle donne nel mercato del lavoro da accompagnarsi a interventi statali volto a incrementare i servizi socio-educativi per la prima infanzia⁵⁹. E' stato, quindi, per decenni inevitabile speculare sulla correlazione tra il diritto cubano post-Rivoluzione e il processo di emancipazione femminile che ha caratterizzato il periodo castrista e anche esprimere un certo ottimismo sull'impatto che il regime socialista avrebbe avuto sulla condizione femminile ritenendo che prima la Rivoluzione, poi la Costituzione del 1976, avessero posto solide basi per un sostanziale mutamento socio-culturale che avrebbe condotto al superamento della subordinazione delle donne⁶⁰. Fu effettivamente grazie all'iniziativa della FMC che, nel 1961, prese il via la Campagna di Alfabetizzazione grazie alla quale il tasso di analfabetismo del Paese fu ridotto dal 20% al 3,9%, senza distinzioni rilevanti tra la popolazione femminile e quella maschile, e furono creati i primi *circulos infantiles*, strutture che si prendevano cura dal punto di vista medico, educativo e ricreazionale dei bambini tra le sei settimane e i sei anni per tutta la giornata, al fine di consentire il reale accesso al lavoro retribuito degli adulti⁶¹. Inoltre, risalgono agli anni Sessanta e Settanta alcune significative leggi sulla tutela della gravidanza e della maternità: degna di nota è la *Ley de la Maternidad de la Mujer Trabajadora* n. 1263 del 1974, che, oltre a prevedere, come quella precedente n. 1100 del 1963 forme di protezione delle lavoratrici madri, aveva contemplato congedi di maternità obbligatori e retribuiti⁶². Inoltre, al fine di favorire l'accesso delle donne al lavoro retribuito erano stati organizzati programmi di formazione *ad hoc* e, nel 1968, fu adottato il primo piano di assunzioni preferenziali per le donne nel settore tessile, con l'approvazione da parte della *Confederación de Trabajadores de Cuba* della Risoluzione n. 47 e, poco dopo, della Risoluzione n. 48 con cui le donne furono escluse da determinati lavori ritenuti pericolosi per la salute⁶³. Entrambe queste misure furono, però, successivamente tacciate di paternalismo: la stessa FMC, nell'ambito del suo XIII Congresso svoltosi nel 1974, fu infatti costretta a denunciare le conseguenze di fatto discriminatorie della gran parte delle politiche governative di protezione delle donne lavoratrici⁶⁴.

Nello stesso anno, la Presidente della FMC, Vilma Espin, spiegò in

⁵⁸ Cfr. F. Castro, *A Revolution within a Revolution*, in E. Stone (cur.), *Women and the Cuban Revolution*, New York, 1981, 64 ss.

⁵⁹ *Ivi*, 72.

⁶⁰ *Ivi*, 296.

⁶¹ N. Murray, *Socialism and Feminism: Women and the Cuban Revolution*, in *Feminist Review*, 1979, n. 2, 57-73, 64.

⁶² J.L. Silva González, A. Pérez Véliz, *El derecho de la mujer al trabajo y a la maternidad en Cuba*, in *Revista de Ciencias Médicas*, vol. 23, n. 1, 2018, 151-162.

⁶³ Cfr. N. Murray, *op. cit.*, 70.

⁶⁴ Cfr. M. Perez-Stable, *op. cit.*, 60-61.

un'intervista che la Federazione era da considerarsi «*Feminine, not feminist*»⁶⁵: la rilevanza di tale affermazione pare enorme, soprattutto in quanto in grado di spiegare, almeno in parte, le ragioni del fallimento del programma del governo rivoluzionario di realizzare una società senza discriminazioni di genere. La c.d. "*woman question*" non è mai stata posta e il marxismo non ha mai realmente affrontato la questione di genere, indagando sulle ragioni teoriche e pratiche della subordinazione femminile ma limitandosi per lo più a rinvenire la principale causa delle disparità tra i sessi nel modo di produzione capitalistico⁶⁶. L'idea di fondo del modello socialista-castrista di emancipazione femminile riponeva, infatti, fiducia nell'accesso al lavoro e, soprattutto, all'istruzione: «a través de la educación de los individuos dentro del sistema revolucionario, los valores considerados "machistas" se corrigen y se eliminan en las nuevas generaciones»⁶⁷. Ma l'azione volta all'eliminazione dello sfruttamento e dell'oppressione non ha automaticamente creato le condizioni necessarie per una piena partecipazione femminile alla vita sociale e politica del Paese: del resto, sarebbe stato illusorio pensare che l'affermazione di una cultura dell'uguaglianza tra i sessi sarebbe derivata esclusivamente e direttamente dalla creazione di una base materiale per lo sviluppo economico e sociale, a prescindere da una adeguata riflessione sulle relazioni e i ruoli di genere capace di orientare le riforme legislative riguardanti l'emancipazione femminile⁶⁸.

Catherine MacKinnon, qualche decennio dopo, nella sua celebre riflessione su marxismo e femminismo, ben spiegava la parziale inconciliabilità tra prospettiva di genere e socialismo: «Marxists have criticised feminism as bourgeois in theory and in practice, meaning that it works in the interest of the ruling class. They argue that to analyze society in terms of sex ignores divisions of women in terms of class, dividing the proletariat»⁶⁹. L'idea di fondo di MacKinnon può essere rintracciata in una sua breve, ma aspra, critica all'approccio alle disparità tra i sessi prevalente soprattutto nella seconda metà del secolo scorso: «sulla base dello standard della somiglianza veniamo valutate in base alla corrispondenza con l'uomo, la nostra

⁶⁵ Celebre affermazione riportata e commentata da H. Steffens, *FMC: Feminine, not Feminist, in Cuba Review*, n. 4, 1974, 22-24.

⁶⁶ Sul punto si veda diffusamente M. Perez-Stable, *op. cit.*: «Official revolutionary discourse on the struggle for women's full equality is steeped in the orthodox Marxist tradition which identifies the exploitation of women with capitalism and, conversely, contends that socialism will create the full conditions for their emancipation» (52).

⁶⁷ S. Lundgren, *Igualdad y diferencia: ideales de género en la vida cotidiana y el discurso estatal cubano*, in L. Suarez, E. Martin, R.A. Hernández (cur.), *Feminismos en la antropología: nuevas propuestas críticas*, 2008, 207-222, 208.

⁶⁸ Cfr., *inter alia*, C. Aguilar Ayerra, *Las cubanas de hoy: el destino y su circunstancia. En Con el lente Oblicuo: Aproximaciones Cubanas a los estudios de Género*, 1999 e C. Aguilar Ayerra, A. Chenard, *Is There a Place for Feminism in the Revolution?*, in G. Küppers (cur.), *Compañeras: Voices from the Latin American Women's Movement*, London, 1994, 102-110.

⁶⁹ C.A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*, in *Signs. Journal of Women in Culture and Society*, vol. 7, n. 3, 1984, 515-544. Si vedano, peraltro, i diversi commenti critici alla lettura di MacKinnon pubblicati nella stessa Rivista due anni dopo: J. A. Miller, J. Acker, K. Barry, M. M. Johnson, and L.A. West, *Comments on MacKinnon's "Feminism, Marxism, Method, and the State"*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 10, no. 1, 1984, 168-184.

eguaglianza è giudicata in base alla nostra prossimità all'unità di misura maschile. Sulla base dello standard della differenza veniamo valutate in base alla mancanza di corrispondenza con l'uomo, il nostro essere donne è giudicato in base alla distanza rispetto all'unità di misura maschile»⁷⁰.

Ora, i risultati cubani in termini di partecipazione politica femminile sono stati effettivamente notevoli. Attualmente Cuba è il terzo Paese al mondo per presenza femminile in parlamento (dopo Rwanda e Bolivia): l'Assemblea nazionale eletta l'11 marzo 2018 conta infatti 322 deputate su un totale di 605 membri; quattro commissioni permanenti sono presiedute da donne e la presenza femminile nel Partito dopo il VII Congresso svoltosi nel 2016 è pressoché pari a quella maschile. Ma la lettura acritica di tali dati conduce a una rappresentazione mistificata della condizione femminile nella Cuba socialista. Tale questione è stata affrontata anche nel menzionato Congresso del Partito, in cui non è mancata un'autocritica riguardante la significativa sproporzione esistente tra presenza femminile negli organi statali e le reali possibilità per le donne di ricoprire posizioni apicali e incarichi di responsabilità⁷¹, nonché sulla presa d'atto che il processo di emancipazione femminile che la Rivoluzione castrista aveva promesso di supportare non potesse ritenersi compiuto. Del resto, la letteratura giusfemminista insisteva da tempo sull'evidente perpetuarsi di non pochi elementi di conservatorismo patriarcale in cui il diritto e le politiche socialiste continuavano a giocare un ruolo tutt'altro che trascurabile⁷².

Tornando al recente processo costituente che ha condotto a una indubbia inclusione della dimensione di genere nel testo costituzionale da poco in vigore, non pare possibile negare che via sia stata una linea di continuità con il passato di attivismo femminile nella Rivoluzione castrista. Come affermato dalla Segretaria Generale della FMC alla vigilia del voto referendario, del resto, «To support the Constitution is to support the equality that the Revolution has promoted since the beginning; we owe it this Yes»⁷³. Si rimarca anche il ruolo di primo piano giocato dalla Federazione stessa nella stesura del testo costituzionale, attraverso il coinvolgimento consapevole e attivo della popolazione femminile sin dagli inizi: ovvero, prima nella fase organizzativa del processo di consultazione popolare, poi nelle migliaia di riunioni e interventi con cui si è realizzata nei mesi da agosto a novembre del 2018, in cui si è riscontrato un rinnovato approccio alla questione di genere che lascia sperare in una rinnovata attenzione alle disparità tra i sessi.

⁷⁰ C. MacKinnon, *Le donne sono umane?*, Roma-Bari, 2012, 29 (ed. originale: *Are women human? And Other International Dialogues*, Cambridge, MA, 2007).

⁷¹ Cfr. I.A. Luciak, *Party and State in Cuba: Gender Equality in Political Decision Making*, in *Politics and Gender*, vol. 1, n.2, 2005, 241-263, 260. In seguito al rinnovo delle cariche nel Partito avvenuto in tale Congresso la presenza femminile nel Politburo è rimasta sostanzialmente invariata (è, infatti, di sole 4 donne su un totale di 17 membri), mentre la percentuale femminile all'interno del nuovo Comitato centrale del Partito è attualmente del 44.4% (W.M. Leogrande, *Updating the Party: Cuba's New (and Not So New) Leaders*, in *Huffington Post*, 23 aprile 2016).

⁷² Cfr., *inter alia*, D. Evenson, *Women's Equality in Cuba: What Difference Does a Revolution Make*, in *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, vol. 4, n. 2, 1986, 295 ss.

⁷³ In *CubaDebate*, 7 febbraio 2019.

In tale, parziale, innovazione nell'approccio alla diseguglianza tra donne uomini non pare, infine, trascurabile l'elemento linguistico. E' stato, infatti, rilevato in dottrina, come nella fase di consultazione popolare non si sia trascurata l'attenzione al linguaggio di genere: nel Preambolo non ci si riferisce più, come nel testo costituzionale del 1976, ai «cittadini cubani», bensì al «popolo cubano»⁷⁴. Tale differenza può apparire non di primario rilievo ma segna, invece, a parere di chi scrive, un significativo mutamento di prospettiva, nel senso di una acquisita consapevolezza del fatto per cui il «genere non è soltanto una categoria grammaticale che regola fatti puramente meccanici di concordanza, ma è al contrario una categoria semantica che manifesta entro la lingua un profondo simbolismo»⁷⁵. Conseguentemente non pare azzardato ritenere che nella redazione della nuova Costituzione si sia riflettuto sulla falsa neutralità di genere della lingua del diritto, costruita a partire dal punto di vista maschile e che ne sottintende la priorità⁷⁶, così ponendo le basi per un ripensamento del rapporto tra genere, diritto e società che, aldilà delle misure senz'altro rilevanti e dei proclami di principio del governo castrista, non era mai stato davvero effettuato.

Mia Caielli
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Torino
mia.caielli@unito.it

⁷⁴ A. Del Guercio e A. Guida, *op. cit.*, 60.

⁷⁵ P. Violi, *L'infinito singolare: considerazioni sulla differenza sessuale nel linguaggio*, Verona, 1986.

⁷⁶ Cfr. per tutti A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, il Mulino, Bologna, 2013, 62 ss.

La tutela dei soggetti vulnerabili

di Vincenzo Lorubbio

Abstract: Protection of Vulnerable Persons – Vulnerable persons in Cuba had already been given protection to some extent in the Constitution of 1976. However, in this paper, after a necessary theoretical explanation related to the concepts of vulnerable persons and vulnerability from the legal point of view, the differences in assumptions and aims between the modalities of protection of the current Constitution and the previous one will emerge clearly. Finally, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights concerning vulnerable persons will be examined to understand whether and how it could affect the Cuban system, even if Cuba is not subject to this supranational jurisdiction.

Keywords: Vulnerable persons; Children's rights; Rights of persons with disabilities; Migrants' rights; Older people's rights.

661

1. Una premessa necessaria

Nelle cronache quotidiane si sente sempre più spesso parlare di vulnerabilità (vulnerabilità sociale, economica, psicologica, ambientale ecc.) e si dà anche spesso per scontato di comprendere quale sia la natura e quali siano le implicazioni giuridiche sottese e conseguenti a tale genere di condizione umana. Pur non essendo questa la sede più idonea per un approfondimento di tipo teorico in merito al significato del termine in questione, prima di passare ad esaminare nel concreto le articolazioni relative al focus centrale del presente lavoro, appare necessario un chiarimento preliminare: a chi ci riferiamo esattamente quando parliamo di soggetti (o persone) vulnerabili? Rispondere alla presente domanda si palesa come compito tutt'altro che scontato e banale.

Com'è noto, il termine vulnerabile [dal latino *vulnerabilis*] indica una persona che può essere facilmente ferita, attaccata, lesa o danneggiata e, pertanto, la condizione di vulnerabilità implica la circostanza di poter essere potenzialmente esposto ad un rischio¹.

Più nello specifico, è stato osservato che la vulnerabilità, dal punto di vista del soggetto, si riferisce alla combinazione congiunta di tre caratteristiche: che una

¹ Sul concetto di vulnerabilità soggettiva e sul rapporto tra questa e gli aspetti più strettamente giuridici e politici v., tra tutti, M. Fineman, *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, 2013; v., anche H. Biggs and C. Jones, *Legally Vulnerable: What is Vulnerability and Who is Vulnerable?*, in M. Freeman, S. Hawkes and B. Bennett (Eds), *Law and Global Health: Current Legal Issues*, Vol. 16, 2014, 133-148; M. Albertson Fineman, *Vulnerability and Inevitable Inequality* in 4 *Oslon Law Review*, 2017, 133-149.

persona sia esposta al rischio di subire un danno; che manchino in quel soggetto resilienza e risorse per evitare il verificarsi del danno e che manchino, infine, le risorse per rispondere al danno qualora questo venga a concretizzarsi².

Pertanto, dietro al concetto di vulnerabilità, dal punto di vista giuridico, non c'è necessariamente uno status personale, quanto piuttosto la specifica condizione nella quale la persona umana si trova in via contingente, transitoria o permanente e che, per tale motivo, richiede una particolare protezione, non relativa, tuttavia, a tutte le condotte o a tutti i fatti che sono posti in essere da quella persona, ma solo a quegli accadimenti che l'ordinamento considera meritevoli di una "speciale attenzione"³.

Uno dei tentativi più riusciti di fornire una definizione esaustiva alla dicitura "soggetti vulnerabili" è rinvenibile all'interno delle "Regole di Brasilia riguardanti l'accesso alla giustizia per le persone vulnerabili"⁴, dove si specifica che vulnerabili sono quelle persone che «per motivi di età, genere, stato fisico o mentale o per circostanze sociali, economiche, etniche e/o culturali, trovano particolarmente difficile esercitare pienamente i loro diritti davanti al sistema giudiziario così come riconosciuto loro dalla legge» e che possono costituire causa di vulnerabilità "l'età, la disabilità, l'appartenenza a comunità o minoranze indigene, la persecuzione, la migrazione e lo sfollamento interno, la povertà, il genere e la privazione della libertà"⁵.

Ed è proprio la Corte interamericana (il cui contributo in materia andremo ad approfondire più avanti), all'interno delle sue pronunce, a specificare che ogni persona che si trova in una situazione di vulnerabilità gode di una protezione speciale, a causa dei doveri particolari che ogni Stato deve adempiere al fine di soddisfare i propri obblighi generali di rispetto e garanzia dei diritti umani, non essendo appena sufficiente che lo stesso si astenga dal porre in essere violazioni di diritti, ma risultando necessaria l'adozione di misure positive, determinabili in base alle specifiche esigenze di protezione del soggetto di diritto, o a causa delle sue condizioni personali o in ragione della situazione specifica in cui si trova⁶.

A partire da tale ultima specificazione, la condizione di vulnerabilità, pertanto, potrebbe essere dovuta o ad una condizione naturale/strutturale (come per esempio la minore età, la vecchiaia, la disabilità) oppure ad una situazione contingente (ad esempio la povertà, la malattia, la gravidanza, la prigionia, la migrazione, la sofferenza fisica, psicologica e ambientale).

In maniera assolutamente approssimativa e parziale e senza pretesa di esaustività, si potrebbero, quindi, considerare a vario titolo "vulnerabili" i seguenti

² J. Herring, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Oxford, 2018, 9-14.

³ Cfr. R. Conti, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno*. Relazione tenuta all'interno del Convegno dell'Associazione Cammino – Camera Nazionale Avvocati per la persona, le relazioni familiari e i minorenni" dal titolo "Persone vulnerabili e diritti fondamentali. Esigenze di tutela, nodi critici, lacune legislative". Senato della Repubblica, Roma 24 gennaio 2014, disponibile su www.questionegiustizia.it/doc/conti_diritti_fondamentali_soggetti_deboli.pdf.

⁴ Approvate all'interno del XIV Judicial Summit Iberoamericano, tenutosi a Brasilia dal 4 al 6 marzo 2008, disponibile su www.osce.org/odihr/68082?download=true

⁵ *Ivi*, p. 5.

⁶ Vedi, tra le altre, Corte IDH, *Sentencia de Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4-7-2006, p. 103; Corte IDH, *Furlán y Familiares vs. Argentina*, 31.08.2012, p. 134.

soggetti: bambini e adolescenti; anziani; diversamente abili; malati; gestanti; detenuti e internati; poveri (es. sfrattati, senza fissa dimora); migranti, profughi e rifugiati; vittime di calamità naturali (es. alluvioni, terremoti); vittime di inquinamento e/o disastro ambientale; vittime di tortura, stupro o altre forme di violenza sessuale o di genere.

Ciononostante, come è stato osservato in dottrina, resta molto complesso riuscire ad individuare una categoria unitaria di vulnerabilità nel contesto legale⁷.

2. I soggetti vulnerabili nella precedente Costituzione di Cuba

Prima della riforma costituzionale del 2019, i soggetti vulnerabili avevano già trovato una qualche forma di riconoscimento nella Costituzione del 1976, emendata nel 1992 e nel 2002⁸: tuttavia, è necessario premettere che, come ben evidenziato in dottrina, l'inquadramento e il riconoscimento formale di tutti i diritti civili e sociali elencati nella Carta costituzionale dell'epoca, e le relative libertà riconosciute e garantite ai cittadini, fossero strutturalmente vincolate (*rectius* sottoposte) agli obiettivi dello Stato cubano e all'edificazione del comunismo⁹.

Ciò detto, trascurando in questa fase i risvolti pratici relativi alle enunciazioni delle norme e dei principi costituzionali, si procederà con l'analisi dell'impianto teorico all'interno del quale emergono i connotati di quei soggetti ai quali il legislatore del 1976 accorda particolare attenzione, in virtù del riconoscimento esplicito o implicito di un bisogno speciale di tutela.

Per prima cosa, si segnala che, nel Preambolo della Costituzione, per ben tre volte, viene richiamato il concetto di "dignità umana", quale ideale conseguibile solo tramite la realizzazione del socialismo e del comunismo¹⁰, così come esplicitato nell'idea di José Martí, riportata nel testo¹¹.

Inoltre, anche tra i "Fondamenti politici, sociali ed economici dello Stato", viene specificato che lo Stato rispetta la volontà del "popolo lavoratore" garantendo «la libertà e la piena dignità dell'uomo, il godimento dei suoi diritti, l'esercizio e l'adempimento dei suoi doveri e lo sviluppo integrale della sua

⁷ H. Biggs - C. Jones, *What is Vulnerability and Who is Vulnerable?* cit., che afferma «Hence none of the accounts considered so far seems to provide a sufficiently nuanced understanding of vulnerability to offer an approach that is capable of application in the law».

⁸ Per un'interessante ricostruzione delle varie tappe che hanno preceduto la Costituzione del 2019, v., *inter alia*, A. Noguera Fernández, *La Constitución Cubana de 2019: un Análisis Crítico*, in 105 *UNED - Revista de Derecho Político*, Mayo-Agosto 2019, 363-376.

⁹ Cfr. A. Del Guercio, A. Guida, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo* in 1, *NAD-DIS*, 2019, 50. V. anche M. Ferrari Yaunner, *Los valores en la Constitución cubana de 1976*, in A. Matilla Correa, *La Constitución Cubana de 1976. Cuarenta años de vigencia*, Editorial UNIJURIS, 2016, 47, la quale in maniera ancora più diretta afferma che, nella Costituzione cubana «se establecen las doctrinas marxista-leninista y marxiana como la plataforma ideológica de la que inevitablemente se derivan los valores que se defienden expresa o tácitamente en la Constitución».

¹⁰ Nel preambolo della Costituzione del 1976 si legge: «Coscienti che... solo nel socialismo e nel comunismo, quando l'uomo è stato liberato da tutte le forme di sfruttamento, dalla schiavitù, dalla servitù e dal capitalismo, si consegue la piena dignità dell'essere umano...».

¹¹ *Ibidem.* «...Desidero che la prima legge della nostra Repubblica sia il culto dei cubani per la piena dignità dell'uomo».

personalità»¹² e che organizza, dirige e controlla anche le attività economiche del Paese «al fine di rafforzare il sistema socialista...» e «...di promuovere lo sviluppo della persona umana e della sua dignità, il progresso e la sicurezza del Paese»¹³.

La dignità dell'uomo nelle sue estrinsecazioni politiche, sociali ed economiche sembrerebbe strettamente connessa alla realizzazione del socialismo, costituendo, al contempo, la necessaria premessa e la naturale conseguenza di una fedele applicazione dei principi rivoluzionari¹⁴.

Ma il punto di congiuntura tra il rispetto della dignità dell'uomo e la tutela dei soggetti vulnerabili viene fornita dalla solenne affermazione di uno dei cardini dell'ordinamento cubano: il concetto di uguaglianza, inteso nella sua triplice dimensione di principio, valore e diritto¹⁵.

All'articolo 42 della Costituzione si può leggere che «Ogni discriminazione ... è proibita e punita dalla legge. Le istituzioni dello Stato educano tutti, fin dalla più tenera età, al principio dell'uguaglianza degli esseri umani». Ed invero, in linea di principio, individuare le posizioni di vulnerabilità e, di conseguenza, quali siano i soggetti vulnerabili, consente di giustificare l'introduzione di mezzi giuridici speciali, che hanno come obiettivo quello di evitare la violazione del principio di uguaglianza oppure di ripristinarne la sua tutela una volta accertata la violazione¹⁶.

Relativamente a ciò, il legislatore del 1976 si preoccupa in maniera costante di accordare “speciale protezione” all'infanzia e alla gioventù, richiedendo a «la famiglia, la scuola, gli organi dello Stato e le organizzazioni sociali e di massa» di «dedicare speciale impegno alla piena formazione dei fanciulli e dei giovani»¹⁷.

Tuttavia, anche la tutela delle giovani generazioni sembra avere come fine non tanto quello dello sviluppo integrale della persona, quanto piuttosto la realizzazione di obiettivi dello Stato cubano. E infatti, relativamente all'istruzione dei più giovani lo Stato cubano garantisce a ciascuno, a prescindere dalle condizioni economiche, il diritto di studiare secondo le «proprie attitudini, le esigenze della società e quelle dello sviluppo economico-sociale»¹⁸.

In maniera ancora più esplicita, nel capitolo dedicato alla politica educativa e culturale viene evidenziato come lo Stato debba attenersi ad una serie di principi tra cui la promozione «dell'educazione patriottica, la formazione comunista delle

¹² Cost. Cuba ('76), art. 9.

¹³ Cost. Cuba ('76), art. 16.

¹⁴ Sul punto v. M. Ferrari Yaunner, *Los valores en la Constitución cubana de 1976* in A. Matilla Correa, *La Constitución Cubana de 1976*, cit., 48. Sul concetto di dignità come “legge primaria” della Repubblica di Cuba, v. Y. Guzmán Hernández, *La dignidad como “Ley primera de nuestra República” y “con todos y para el bien de todos”: dos deberes dialécticos desde la axiología martiana en la Constitución cubana*, in 34 *Revista Derecho del Estado*, gennaio-giugno 2015, 127-151

¹⁵ A tal riguardo interessante la posizione di D. Cutié Mustelier, *Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a cuarenta años de vigencia*, in A. Matilla Correa, *La Constitución Cubana de 1976*, cit., 166.

¹⁶ Cfr. J-Y. Carlier, *Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres*, in 2 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2017 (Volume 79), 175 - 204, che fa un parallelo tra il concetto di uguaglianza come fulcro del sistema di protezione dei diritti dell'uomo e il concetto di vulnerabilità come perno del divieto di discriminazione.

¹⁷ Cost. Cuba ('76), art. 40.

¹⁸ Cost. Cuba ('76), art. 51.

nuove generazioni e la preparazione di fanciulli, giovani e adulti alla vita sociale»¹⁹, dal momento che una delle funzioni originarie dello Stato è proprio quella di «promuovere la partecipazione attiva delle masse giovanili nei compiti dell'edificazione socialista»²⁰.

La stessa architettura sembra emergere anche relativamente alle altre figure di persone vulnerabili, come ad esempio, le donne, i malati e gli anziani: l'elemento di raccordo nella tutela della posizione giuridica di tali soggetti sembra essere proprio il lavoro, contemplato come diritto, dovere e motivo di onore per ogni cittadino²¹.

Ed infatti, se da una parte viene solennemente dichiarata la parità di diritti tra uomo e donna nella «sfera economica, politica, sociale e familiare», il fine della concessione delle medesime opportunità è proprio quello «di ottenere la loro piena partecipazione allo sviluppo del Paese». E parimenti, vengono promossi «circoli infantili» e «case di attenzione per anziani» per facilitare la famiglia «lavoratrice» nello svolgimento delle «proprie responsabilità»; infine, viene garantita la licenza retribuita per maternità alla donna «lavoratrice» sia per garantire la «sua salute» sia quella di una «sana discendenza»²².

Da queste premesse sembrerebbe, pertanto, più opportuno parlare di lavoratore vulnerabile che di persona/soggetto vulnerabile, e di tale asserzione si può avere conferma dalla lettura complessiva del Capitolo dedicato a “Diritti, doveri e garanzie fondamentali”. In questa sede, infatti, viene specificato che lo Stato comunista garantisce, tramite il «sistema di previdenza sociale» adeguata protezione a ogni lavoratore che, per motivi legati ad «età, invalidità o malattia», non sia in grado di lavorare²³ e, tramite il «servizio di assistenza sociale», sempre lo Stato provvede agli anziani privi di protezione e a chiunque sia impossibilitato a lavorare e sia privo di familiari che possano aiutarlo²⁴. Allo stesso modo, anche per coloro che incorrono in una malattia professionale o che subiscono un incidente sul lavoro è previsto un «diritto all'assistenza medica e a un sussidio o al pensionamento in caso di incapacità temporanea o permanente al lavoro»²⁵.

L'intersezione tra i concetti di dignità umana, uguaglianza e lavoro costituisce, pertanto, il sostrato etico all'interno del quale trovano riconoscimento e tutela i diritti dei soggetti vulnerabili nell'idea del legislatore cubano del 1976.

Un capitolo a parte merita, invece, il discorso relativo ai soggetti che hanno una cittadinanza differente da quella cubana²⁶.

Innanzitutto, è necessario notare che all'interno della Costituzione del 1976, non si parla mai di “migrante” (né emigrati, né immigrati) ma di “straniero”, pur

¹⁹ Cost. Cuba ('76), art. 39.

²⁰ Cost. Cuba ('76), art. 6.

²¹ Cost. Cuba ('76), art. 45.

²² Cost. Cuba ('76), art. 44.

²³ Cost. Cuba ('76), art. 47.

²⁴ Cost. Cuba ('76), art. 48.

²⁵ Cost. Cuba ('76), art. 49.

²⁶ Il tema è stato affrontato da O. Martínez Pérez – D. Zaldivar Valdes, *El status constitucional de los cubanos migrantes. Reflexiones en torno a una futura reforma constitucional* in *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, (abril 2015). Disponibile su <http://xn--caribea-9za.eumed.net/2015/04/cubanos-migrantes.html>.

essendo proprio il fenomeno migratorio a caratterizzare in maniera notevole la vita degli abitanti dell'isola cubana nell'ultimo secolo²⁷.

Dal punto di vista strettamente costituzionale, gli stranieri sono soggetti ad una serie di garanzie e di obblighi all'interno dello Stato, essendo equiparati ai cubani relativamente alla protezione della persona e dei beni, nel godimento dei diritti e nel rispetto dei doveri riconosciuti in Costituzione²⁸.

Relativamente alla cittadinanza, poi, viene stabilito che la stessa può essere acquisita o per naturalizzazione o per nascita: quest'ultima, tuttavia, è concessa solo ai nati nel territorio nazionale, ma non anche ai figli di stranieri che si trovano a Cuba per servire il proprio Governo o altri organismi internazionali²⁹.

Desta perplessità, infine, la specificazione relativa al divieto di doppia cittadinanza: l'art. 32 co. 2, infatti, stabilisce che «acquistando una cittadinanza straniera, si perderà quella cubana»: in effetti, il governo cubano non priva esplicitamente i suoi cittadini della possibilità del cambio di cittadinanza, tuttavia, non consentendo loro di rinunciare a quella cubana, ignora la circostanza che un residente cubano all'estero possa detenere la cittadinanza di un altro Stato, non esistendo, tra l'altro, alcuna procedura per rinunciare formalmente alla cittadinanza cubana³⁰.

Pertanto, il problema della perdita della cittadinanza e delle conseguenze a ciò ricollegate risulta particolarmente rilevante: infatti, non poche critiche sono state sollevate nei confronti degli articoli costituzionali relativi allo status degli stranieri, tacciati di eccessiva vaghezza, contraddittorietà con le leggi speciali e non sufficientemente rispettosi dei diritti essenziali, quali il diritto di voto e quello di residenza³¹.

Più nello specifico, relativamente allo “status” del cittadino cubano emigrato si segnalano alcune importanti lacune, quali il mancato riconoscimento del principio di cittadinanza effettiva come regola generale, il mancato riconoscimento del principio della libera circolazione, l'assenza del diritto all'assistenza consolare e al ricongiungimento familiare e, infine, la mancanza di protezione per le vittime di tratta³².

²⁷ Il tema è stato diffusamente trattato in dottrina. Per avere un quadro completo si suggerisce, tra i tanti, la lettura di A. Aja Díaz, *La emigración cubana. Balance en el siglo x.x. Centro de Estudios de Migraciones Internacionales*, Universidad de La Habana, Enero 2002, disponibile su bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/cemi/emig.pdf.

²⁸ Cost. Cuba ('76), art. 34.

²⁹ Cost. Cuba ('76), art. 29.

³⁰ M. E. Cobas Cobiella, *La cuestión migratoria cubana. Algunas consideraciones*, in 23 *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 169.

³¹ *Ibidem*. Proprio a proposito del diritto di voto per esempio l'autrice sottolinea che l'art. 132 che assicura il diritto al voto per «los cubanos, hombres y mujeres, mayores de dieciséis años de edad, excepto los incapacitados mentales, los inhabilitados judicialmente por causa de delito» non include anche i cubani non residenti: «Entonces ¿cabría que pudiera votar en Cuba un cubano que no resida en el territorio nacional? La respuesta es negativa, no es posible ello, aunque no se infiera de la lectura del texto constitucional».

³² Cfr. O. Martínez Pérez – D. Zaldivar Valdes, *El status constitucional de los cubanos migrantes. Reflexiones en torno a una futura reforma constitucional*, in 4 *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 2014, 34 ss.

Lo sviluppo normativo dei precetti costituzionali relativi alla migrazione, tuttavia, ha poi trovato una qualche forma di attuazione nella “Ley de Extranjería” e nella “Ley de Migración” (entrambe del 1976), sebbene sarà solo con la riforma dell’immigrazione del 2012 che lo status giuridico dei cubani migranti troverà, nonostante alcune criticità, una compiuta attuazione³³.

3. I soggetti vulnerabili nella Costituzione del 2019

A quarantatré anni dalla Costituzione del 1976 e dopo circa diciassette anni dall’ultima modifica costituzionale, nel 2019 a Cuba vede la luce la nuova e tanto attesa “Constitución de la Republica”³⁴.

Questo documento si presenta come la formalizzazione giuridica di un lungo processo di “costituzione materiale” che ha avuto luogo a Cuba dagli anni ‘90 dello scorso secolo in poi³⁵.

In estrema sintesi, il nuovo documento, pur non stravolgendo l’assetto costituzionale storico (si noti che nel Preambolo, viene definito come «irrevocable» il sistema socialista a cui la Costituzione si ispira) apporta interessanti novità, come per esempio il riconoscimento della proprietà privata in alcuni specifici settori³⁶ e la promozione degli investimenti stranieri³⁷; a livello istituzionale, invece, viene introdotta la figura del primo ministro³⁸ e viene imposto il limite di due mandati per il Presidente della Repubblica³⁹.

Per ciò che attiene al presente ambito di indagine, invece, è necessario segnalare alcuni importanti spunti, frutto anche del dibattito che da tempo si era aperto all’interno del conteso cubano circa la necessità di adottare una nuova regolamentazione dei diritti⁴⁰.

Dal punto di vista procedurale, oltre ai ricorsi ordinari e alla possibilità di ricorrere a metodi alternativi di risoluzione delle controversie, viene introdotto uno strumento di notevole importanza, ovvero una sorta di “recurso de amparo”⁴¹, attraverso il quale le persone possono accedere ai tribunali in virtù di una procedura preferenziale, accelerata e concentrata, per richiedere la protezione o riparazione di diritti violati direttamente o indirettamente da enti dello Stato o dai suoi dirigenti, funzionari o impiegati⁴².

³³ Cfr. M. E. Cobas Cobiella, *La cuestión migratoria cubana. Algunas consideraciones*, cit., 164 ss.

³⁴ Per un’analisi critica e puntale della nuova Costituzione di Cuba del 2019 si rinvia a A. Noguera Fernández, *La Constitución Cubana de 2019: un Análisis Crítico*, cit., 377-394.

³⁵ *Ivi*, 364.

³⁶ Cost. Cuba, art. 22 co.1 b).

³⁷ Cost. Cuba, art. 122 co. 1 r); art. 137 co. 1 e); art. 137 co. 1 n).

³⁸ Cost. Cuba, art. 134.

³⁹ Cost. Cuba, art. 126.

⁴⁰ Cfr. H. M. Azcuy, *Análisis de la Constitución Cubana y Otros Ensayos*, La Habana, 2010, 128-168.

⁴¹ Sul significato, i presupposti e il ruolo del “recurso de amparo” in America Latina v, su tutti, v. A.R. Brewer-Carías, *Leyes de Amparo de America Latina*, Caracas – New York, 2016.

⁴² Cost. Cuba, art. 99

Sul piano teorico, invece, viene stabilita una nuova e più puntuale categorizzazione dei diritti, strutturata e ordinata in sei capitoli,⁴³ nella quale emergono significative modifiche in relazione ai diritti e alle garanzie individuali, che incidono positivamente sulla sfera dei diritti civili già precedentemente riconosciuti ed introducono nuove tutele anche per alcune categorie di persone vulnerabili. Andando per gradi, nel primo capitolo, dopo l'iniziale riaffermazione del valore supremo della dignità umana, viene garantito a tutti l'esercizio «irrevocabile, imprescrittibile, indivisibile, universale e interdipendente» dei diritti umani, in accordo con i principi di «progressività, uguaglianza e non discriminazione»⁴⁴.

Proprio in relazione al principio di non discriminazione, la Carta costituzionale afferma che non saranno tollerate diversità di trattamento basate su sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere, età, etnia, colore della pelle, convinzioni religiose, disabilità, origine nazionale o territoriale o su qualsiasi un'altra condizione o circostanza personale che implichi una distinzione lesiva per la dignità umana⁴⁵.

A tal riguardo, dopo aver ribadito l'uguaglianza di diritti e responsabilità tra l'uomo e la donna, viene inserito un comma specifico per esaltare il ruolo dello Stato nel propiziare lo "sviluppo integrale" e la "piena partecipazione sociale" delle donne, assicurando loro l'esercizio dei propri diritti sessuali e riproduttivi e la protezione dalla violenza di genere, con la creazione, a tal fine, di appositi meccanismi istituzionali e legali⁴⁶.

Ma la novità più significativa riguarda l'inedito riferimento al diritto di tutte le persone a creare una famiglia, con l'eliminazione della dicitura presente nella Costituzione del 1976⁴⁷, che apre, in tal modo, alla concreta possibilità di configurazione normativa del matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁸. Parimenti, viene conferito un riconoscimento giuridico alle unioni di fatto tra persone che intendano condividere un progetto di vita comune⁴⁹.

Pertanto, in linea tendenziale, il nuovo sistema costituzionale cubano sembrerebbe intercettare quelle che sono le nuove esigenze emergenti sul piano sociale e civile: appare, dunque, interessante verificare se e in che modo questo processo di rinnovamento abbia tenuto in conto le permanenti istanze provenienti dai soggetti deboli, andando ad analizzare sia le conferme che le novità inserite nel recente testo costituzionale, isolando le differenti posizioni di vulnerabilità.

⁴³ I. Disposizioni generali, II. Diritti, III. Famiglie, IV. Doveri, V. Diritti e doveri degli stranieri, e VI. Garanzie.

⁴⁴ Cost. Cuba, art. 41.

⁴⁵ Cost. Cuba, art. 42.

⁴⁶ Cost. Cuba, art. 43.

⁴⁷ L'art. 36 della Costituzione previgente sosteneva che il matrimonio fosse «l'unione liberamente decisa di un uomo e di una donna aventi capacità giuridica di contrarla, allo scopo di fare vita in comune».

⁴⁸ All'art. 81 viene specificato che «La protección jurídica de los diversos tipos de familias es regulada por la ley» e l'art. 82 co. 2 delega alla "ley" la forma da assegnare e gli effetti da riconnettere a questo rinnovato istituto.

⁴⁹ Cost. Cuba, art. 82 co. 3.

3.1. I bambini, gli adolescenti, i giovani

Il primo riferimento che si incontra in Costituzione, nel capitolo dedicato ai “Diritti”, in relazione ad una vulnerabilità soggettiva, è quello relativo ai minorenni, con il divieto di lavoro per bambine, bambini ed adolescenti: l’art. 66, infatti, prevede esplicitamente tale divieto generale, assegnando al contempo allo Stato il compito di prestare «speciale protezione» a quegli adolescenti che abbiano conseguito diplomi tecnici e professionali, e che quindi siano autorizzati a porre in essere un’attività lavorativa, al fine di garantire la loro formazione e il loro «sviluppo integrale». Inoltre, costituisce parte integrante della «formazione integrale» dell’infanzia, dell’adolescenza e della gioventù, l’insegnamento e la pratica dell’educazione fisica e dello sport che lo Stato, per il tramite del sistema nazionale educativo, si impegna a garantire⁵⁰.

L’articolo 86 della nuova Costituzione, invece, è quello che sembra recepire maggiormente le novità introdotte a livello internazionalistico in merito alla tutela dei bambini e degli adolescenti. Il dettato normativo in questione, infatti, specifica che lo Stato, la società e le famiglie non solo devono offrire una «protezione speciale» a ragazze, ragazzi e adolescenti, ma anche garantire il loro sviluppo armonico e integrale tenendo in conto, in tutte le decisioni e gli atti che li riguardano, il loro interesse superiore⁵¹: gli stessi sono considerati, a pieno titolo, soggetti titolari di diritti, che sono attribuiti loro esplicitamente dalla Costituzione o direttamente connessi allo speciale status di persona in formazione, di cui ogni minore gode⁵².

Allo stesso modo, anche “i giovani”, vengono considerati come protagonisti attivi della società e, per tale ragione, è necessario creare le opportune condizioni affinché gli stessi possano esercitare i propri diritti e raggiungere uno sviluppo integrale⁵³.

L’attuale Costituzione, quindi, appare altamente sensibile alla tutela dei soggetti minori di età, andando a recepire, in maniera abbastanza evidente, quelle che sono le indicazioni provenienti dagli organismi preposti alla tutela dei diritti

⁵⁰ Cost. Cuba, art. 74.

⁵¹ È palese qui il riferimento al principio di matrice internazionalistica del “superiore interesse del minore”, introdotto dall’art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia del 1989 e ripreso in innumerevoli documenti normativi e decisioni giurisprudenziali in ogni parte del mondo. Tuttavia, pur avendo avuto una diffusione planetaria, tale principio non si è sottratto a diverse critiche relative alla sua presunta vaghezza ed aleatorietà. La letteratura sviluppatasi sul principio del “best interests of the child” è molto vasta. Per un inquadramento generale v., *ex multis*, M. Freeman, *Article 3 – The best interests of the child*, Leiden – Boston, 2007; C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague, 2002; P. Alston (ed.), *The Best Interests of the Child*, Oxford, 1994.

⁵² Sempre nell’ottica della capacità progressiva, con specifico riferimento ai diritti riproduttivi e sessuali degli adolescenti come estrinsecazione del diritto alla personalità, molto interessante il contributo di A. Varela Mayor – P. Fuentes Herviz, *Los derechos reproductivos y sexuales de los adolescentes desde la óptica de la capacidad progresiva* in AA.VV., *Temas contemporáneos de derecho de familia*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2017, 95-108, disponibile su <http://vlex.com/vid/derechos-reproductivos-sexuales-adolescentes693060717>.

⁵³ Cost. Cuba, art. 87.

dei minori sul piano internazionale, soprattutto dal Comitato ONU sui diritti dell'Infanzia⁵⁴.

Tuttavia, quella che sembra apparire una marcia spedita verso una tutela completa dei diritti dei minorenni, presenta ancora, nonostante tutto, alcuni lati oscuri, che emergono con chiarezza all'interno del capitolo dedicato alle famiglie: infatti, in questa sede, laddove viene posta in rilievo la tutela da accordare alla condizione di maternità e paternità, si specifica che questa debba svolgersi pur sempre nel quadro dei «valori morali, etici e civici, in aderenza alla vita della nostra società socialista»⁵⁵.

Si comprende da quest'ultima specificazione come, all'interno del quadro costituzionale cubano, non solo sul piano dei principi teorici, ma anche relativamente ai risvolti più pratici, permanga una chiara dicotomia: la realizzazione dei cittadini, in questo caso dei minori, è certamente una priorità per lo Stato, ma essa è possibile e realizzabile solo nell'alveo di una società che si ispiri ai valori del socialismo.

3.2. *Gli anziani e i disabili*

670

Se la categoria dei soggetti minori di età è senz'altro quella alla quale l'ordinamento cubano sembra accordare maggiore attenzione, è necessario comunque sottolineare come anche gli altri soggetti vulnerabili siano presi in considerazione nella nuova Costituzione.

Restando sulle vulnerabilità connesse all'età, il legislatore riserva uno specifico articolo alla categoria degli anziani⁵⁶: infatti, se nella Costituzione del 1976 l'unico riferimento alla "terza età" era quello relativo ad una generica assistenza sociale dello Stato solo per quegli «anziani privi di protezione e di mezzi di sussistenza», già a partire dal 1983 con la Legge sulla Sanità pubblica e poi in maniera più decisa negli anni '90, lo Stato cubano, a fronte di una situazione economica critica, ha dedicato importanti risorse per l'assistenza agli anziani, ritenendo che la famiglia non potesse da sola prendersi cura dei problemi e dei bisogni di questi ultimi: ciononostante, un approccio indirizzato esclusivamente alla sicurezza sociale e all'assistenza non sembrava rispondere in maniera efficace alle loro integrali istanze di tutela⁵⁷.

Pertanto, è emersa, a livello istituzionale e politico, una crescente e positiva preoccupazione relativa all'esigenza di conoscere più a fondo le dinamiche

⁵⁴ Cfr. Committee on the Rights of the Child (CRC), *Consideration of reports submitted by States parties under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography Reports of States parties due in 2003 – Cuba*, 18 settembre 2015; v. anche CRC, *Consideration of reports submitted by States parties under article 8, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict Initial reports of States parties due in 2009 – Cuba*, 14 gennaio 2011.

⁵⁵ Cost. Cuba, art. 84.

⁵⁶ Cfr. Cost. Cuba, art. 87.

⁵⁷ Sul punto v. M. Mabél Candáno Perez, *La tercera edad, ¿una etapa vulnerable? Su protección jurídica en Cuba* in *Temas contemporáneos de derecho de familia*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana 2017, 36

connesse al processo di invecchiamento a Cuba, considerato come uno dei principali problemi sociali del Paese⁵⁸, per superare l'insufficiente e inefficiente legislazione in materia e consentire a tutte le persone di «trascorre una vecchiaia meno vulnerabile»⁵⁹.

Tale processo ha contribuito notevolmente ad accrescere una rinnovata consapevolezza sulla tematica in questione che ha, poi, generato frutti anche all'interno della novella costituzionale: a tal proposito, all'interno della stessa, è stata inserita una disposizione per la quale «lo Stato, la società e le famiglie, in ciò che compete a ciascuno di essi» hanno l'obbligo di proteggere, assistere e facilitare le condizioni di tutti gli anziani, al fine di soddisfarne i bisogni e migliorare la qualità della loro vita⁶⁰; tale tutela, inoltre, impone anche l'obbligo di rispettare la loro autodeterminazione, di garantirne il pieno esercizio dei diritti e, infine, di promuoverne l'integrazione e la partecipazione sociale⁶¹.

È chiaro adesso che, così come già evidenziato per la minore età, anche rispetto alla vecchiaia, la tutela accordata dallo Stato sembra prestare attenzione all'integralità del soggetto anziano, preso in carico non solo nei suoi «bisogni», «condizioni» e «diritti», ma anche relativamente alla sua «autodeterminazione», alla «qualità della vita», all'«inclusione» e alla «partecipazione», all'interno della società cubana.

Strettamente connessa alla tematica relativa agli anziani è, poi, sicuramente quella legata ai soggetti portatori di disabilità: pur essendo, infatti, differente la natura delle due vulnerabilità, essendo la vecchiaia una condizione contingente legata all'età, mentre la disabilità una condizione dipendente da un handicap fisico e/o psichico permanente, la tutela dei soggetti che si trovano in queste particolari condizioni presenta caratteri di stretta affinità, pur non coincidendo in tutti i suoi aspetti⁶².

A riprova di ciò, si può notare una grande consonanza, anche terminologica, tra il già esaminato articolo, relativo alla tutela della terza età e quello inerente alla promozione e alla tutela dei disabili⁶³.

⁵⁸ Y. Ramos González – A. Medina Goite, *Demencia y discapacidad. Derechos del adulto mayor en Cuba*, in O. Mesa Castillo - Y. González Ferrer, *Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2013, 699.

⁵⁹ Come sottolineato da M. Mabél Candáno Perez, *La tercera edad, ¿una etapa vulnerable? Su protección jurídica en Cuba*, cit., 36-40, il quale inoltre specifica che in tale processo vi è stato il coinvolgimento diretto di vari attori istituzionali, tra cui il Centro Internacional de la Tercera Edad (CITED), il Centro de Estudios Demográficos (CEDEM), l'Università di L'Avana e la Fiscalía General de la República.

⁶⁰ Cost. Cuba, art. 88 co.1.

⁶¹ Cost. Cuba, art. 88 co.2.

⁶² Sulle divergenze e le convergenze tra la condizione di disabilità e quella di vecchiaia, molto interessante il contributo di T. Delgado Vergara, *Vulnerabilidad y dependencia en la madurez de la vida: apuntes sobre la protección a las personas de la tercera edad en Cuba*, in L. B. Pérez Gallardo (eds), *Discapacidad y Derecho Civil*, Madrid, 2014, 259.

⁶³ L'Art. 89 recita, infatti, così: «Lo Stato, la società e le famiglie hanno l'obbligo di proteggere, promuovere e garantire il pieno esercizio dei diritti delle persone con disabilità. Lo Stato crea le condizioni richieste per la loro riabilitazione o per il miglioramento della loro qualità della vita, della loro autonomia personale, della loro inclusione e della loro partecipazione sociale».

L'articolo in questione, che conclude il capitolo su "le famiglie", così come il precedente, infatti, vede come destinatari ancora una volta, appunto, le famiglie, ma anche la società e lo Stato e, a riprova della rilevanza pubblica accordata alla tutela di tale condizione, questa deve essere opportunamente sostenuta tramite interventi che facilitino (anche qui come per gli anziani) l'autonomia, l'inclusione e la partecipazione sociale dei portatori di disabilità.

Rispetto alla precedente Costituzione, si possono rilevare sicuramente due aspetti di novità: per la prima volta, infatti, all'interno della Carta costituzionale viene inserito un articolo dedicato espressamente ai diritti delle persone con disabilità, dal momento che, nella precedente versione del 1976, l'unico riferimento a tale categoria di soggetti era quello relativo alla previdenza assicurata dallo Stato agli «invalidi» ed ai «malati»⁶⁴.

Ma ciò che risulta decisivo è, senza dubbio, il cambio di prospettiva rispetto al destinatario e al fine ultimo di tale tutela: nella Costituzione del '76 il beneficiario era costituito dal "lavoratore" inabile o malato, mentre adesso è la "persona" disabile nella sua interezza ad essere oggetto di una speciale protezione; conseguentemente, se il fine della previdenza sociale era costituito dal sostegno di natura economica da accordare a tale categoria di soggetti, adesso gli scopi costituzionali sono diventati l'autonomia della persona e la sua piena inclusione sociale⁶⁵.

Ma come nel caso dei minori, anche la rinnovata considerazione per i soggetti anziani e disabili è frutto di un lungo e ragionato cammino istituzionale che ha visto una tappa importante già nel 1996 con l'istituzione a Cuba del *Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad* (CoNAPED): quest'organo, presieduto dal Ministro del lavoro e della sicurezza sociale, ma integrato anche da organismi dell'amministrazione del Governo centrale che si occupano a vario titolo di disabilità, e da associazioni di rappresentanza di soggetti disabili, ha il compito di sviluppare un piano d'azione nazionale quinquennale per l'assistenza alle persone con disabilità⁶⁶.

Gli esiti di questo processo sono ampiamente visibili dal punto di vista giuridico, dal momento che, sia nel settore penale⁶⁷, che in quello

⁶⁴ È importante comunque sottolineare il grande valore per l'epoca di quel dettato costituzionale, come precisa I. A. Tamayo Torres, *Una Aproximación Acerca de la Discapacidad y la herencia en Cuba*, in L. B. Pérez Gallardo (coord.), *Discapacidad y Derecho Civil*, Madrid, cit., 250, la quale specifica che «Si bien no contiene una referencia expresa a las personas con discapacidad, sí traza una línea en función de proteger dicho sector constituido por enfermos, o desvalidos, física o mentalmente, no aptos para desempeñar una actividad laboral, a cargo de la seguridad o la asistencia social».

⁶⁵ Sul punto, con particolare riferimento ai bambini disabili, v. O. Mesa Castillo, *El niño discapacitado en Cuba: disquisiciones jurídicas desde un enfoque de políticas públicas* in J. Pérez de Vargas Muñoz (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2007, 279-300.

⁶⁶ Cfr. Y. González Ferrer, *Un Acercamiento a los Derechos a la Salud y la Educación de las Personas con Discapacidad en Cuba*, in L. B. Pérez Gallardo (coord.), *Discapacidad y Derecho Civil*, Madrid, cit., 154-155.

⁶⁷ L'articolo 20 co.1 del codice penale, per esempio, prevede l'esimente dell'infermità mentale per i reati commessi in stato di alienazione mentale, disturbo mentale transitorio o ritardo dello sviluppo mentale; e ancora gli articoli dal 275 al 278 tipizzano il reato di abbandono di «menores incapacitados y desvalidos».

civile⁶⁸, la legislazione appare progressivamente sensibile alla considerazione di questa particolare vulnerabilità.

Ed è, inoltre, interessante notare come tale sensibilità non si sia alimentata in ambito puramente domestico, quanto piuttosto all'interno di un dialogo con gli attori internazionali: infatti, già nel 2004, la Commissione permanente di Cuba presso le Nazioni Unite, nella "Nota Verbal" di risposta relativa all'applicazione della Risoluzione 2004/52 "sui diritti umani delle persone con disabilità", annunciava l'inizio, nel territorio nazionale, di una strategia di sviluppo basata sui principi di libertà, equità, giustizia sociale e inclusione, che riservava alle persone con disabilità un posto di rilievo in qualità di beneficiari e al contempo di protagonisti di questa strategia⁶⁹.

4. Il contributo "esterno" della Corte interamericana dei diritti umani

673

Nel paragrafo che conclude la presente analisi, si andrà ad indagare la modalità con cui la Corte interamericana dei diritti umani si approccia al tema della vulnerabilità e dei soggetti vulnerabili, cercando di capire quali indicazioni si possono estrapolare dalla sua giurisprudenza su questo tema e, soprattutto, se il sistema cubano può attingere da essa nuova linfa, anche in via indiretta⁷⁰.

Innanzitutto, è importante chiedersi cosa sia la "vulnerabilità" per la Corte interamericana e, poi, di conseguenza chi siano per essa i soggetti vulnerabili.

Le risposte sono tutte rintracciabili all'interno della giurisprudenza della stessa Corte⁷¹, ma, prima di tentare di rispondere a questi interrogativi, è necessario sottolineare che il concetto di vulnerabilità possiede già una robusta base normativa nell'articolo 24 della Convenzione Americana sui diritti umani: questo, stabilendo il principio di eguaglianza e di non discriminazione⁷², va anche

⁶⁸ L'art. 30 del codice civile conferisce "limitata capacità di agire legalmente" oltre che per i minori che hanno compiuto 10 anni, anche per coloro che soffrono di un ritardo mentale che non li priva totalmente di discernimento e per coloro che, a causa di un danno fisico, non possono esprimere la loro volontà in modo inequivocabile.

⁶⁹ Cfr. United Nations, *Respuesta de Cuba en relación con la aplicación de la resolución 2004/52 de la CDH, sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Ginevra, 8 novembre 2005, disponibile su anterior.cubaminrex.cu/CDH/60cdh/los%20derechos%20de%20las%20personas%20discapacitadas.htm

⁷⁰ Vale la pena ricordare, infatti, che Cuba, pur essendo Stato parte dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS), non ha mai ratificato la Convenzione americana per i diritti umani e, di conseguenza, non soggiace alla giurisprudenza della Corte interamericana. Sul ruolo svolto dalla Corte interamericana negli ordinamenti "esterni" alla propria giurisdizione v. G. I. Neuman, *The External Reception of Inter-American Human Rights Law* in 60 *Revue Québécoise de droit international*, 2011, 99-125.

⁷¹ Per una panoramica completa sulla elaborazione concettuale della Corte interamericana sul tema della vulnerabilità, a cui la presente analisi deve molti spunti, v. R. Estupiñan-Silva, *La Vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una Tipología*, in J. F. Beltrão Filho [et al.] (coord), *Derechos humanos de los grupos vulnerables: manual*, Barcelona, 2014, p. 193-232.

⁷² L'art. 24 della CADE stabilisce infatti che «Tutte le persone sono eguali davanti alla legge. Di conseguenza esse godono senza discriminazione di eguale protezione da parte della legge». Per un commento sull'art. 24 CADE si rinvia a T. M. Antkowiak – A. Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, Oxford, 2017, 20-21 e 32-53.

a determinare, indirettamente, i contorni entro i quali si sviluppa gran parte della giurisprudenza in materia di vulnerabilità e soggetti vulnerabili.

Uno dei primi fattori che determina la vulnerabilità di un soggetto per la Corte è la sua esposizione agli eventi esterni, sia quando questi si traducono in un'“omissione” dello Stato, sia quando è l'azione stessa dello Stato a determinare direttamente la violazione di interessi o diritti soggettivi: relativamente ai primi, i giudici di San José affermano, ad esempio, che l'assenza di misure di protezione, base necessaria per il godimento di una vita dignitosa, è uno dei fattori che aumenta la vulnerabilità⁷³, e che l'assenza di risorse economiche individuali e familiari rendono alcune categorie di soggetti più vulnerabili alla minaccia di violazioni dei propri diritti⁷⁴. Allo stesso modo, l'esposizione ad eventi distruttivi, come nel caso dei conflitti armati, produce rischi che aggravano la situazione di preesistente vulnerabilità di determinati individui⁷⁵.

In questi casi, gli Stati devono accordare un trattamento preferenziale ai gruppi più fragili, adottando misure di carattere positivo per invertire gli effetti derivanti da situazioni di vulnerabilità, debolezza, e impotenza⁷⁶.

In sintesi, per la Corte interamericana la vulnerabilità può derivare, quindi, o da uno stato di fragilità fisica, come la già citata minore età o la disabilità⁷⁷, oppure da una fragilità relativa a fattori culturali, come il caso dei popoli indigeni o tribali, o ancora da una fragilità sociale, come nel caso degli sfollati ma anche dei giornalisti o dei leader di opposizione; nessun riferimento specifico viene, invece, riservato dalla Corte alla condizione dei soggetti anziani⁷⁸.

Procedendo con l'analisi, poi, si può notare che già all'interno dell'*Opinión Consultiva* n.18 del 2003, con specifico riferimento ai migranti, la Corte afferma che la condizione di vulnerabilità è alimentata da alcune cause che possono essere determinate da situazioni *de jure* (come le disuguaglianze che alcune leggi pongono tra i cittadini e gli stranieri) oppure *de facto*, come le disuguaglianze strutturali⁷⁹.

Sempre sui migranti, la Corte precisa che il loro stato di vulnerabilità aumenta quando questi si trovano in una situazione di illegalità, dal momento che tale condizione determina l'esposizione ad un maggior rischio di violazione delle proprie garanzie giudiziarie e di giusto processo, nonché a possibili abusi dei diritti

⁷³ Corte IDH, *Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos del niño*, OC-17/02, 28 agosto 2002, p. 42 e p. 86.

⁷⁴ Ibid. p. 40.

⁷⁵ La Corte definisce “vulnerabili” oltre ai minori (Corte IDH, *Masacre de Santo Domingo c. Colombia*, 20.11.2012, pp. 237, 241, 244, 247) anche le donne (Corte IDH, *Masacres de Ituango c. Colombia*, 1.06.2006, p. 212), gli sfollati (Corte IDH, *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, 15.09.2005, p.186), i popoli indigeni (Corte IDH, *Masacre Plan de Sanchez c. Guatemala*, 29.04.2004, p.51), i funzionari giudiziari (Corte IDH, *Masacre de la Rochela c. Colombia*, 11.05.2007, pp.80-81, 165-170), i gruppi o i leader di opposizioni politiche (Corte IDH, *Gudiel Álvarez et al. (Diario Militar) c. Guatemala*, 20.11.2012, pp.119-122) e persino i giornalisti (Corte IDH, *Vélez Restrepo y familia c. Colombia*, 3.09.2012, p.126).

⁷⁶ Cfr. Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 17.06.2005, p. 144.

⁷⁷ Cfr. Corte IDH, *Ximenes Lopes c. Brasil*, 4.07.2006, pp. 103-106.

⁷⁸ Sul punto v. R. Estupiñan-Silva, *La Vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una Tipología*, cit., 214.

⁷⁹ Corte IDH, *Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 settembre 2003, p. 112.

dei lavoratori⁸⁰; analogo discorso vale quando un soggetto vulnerabile è coinvolto nel processo di migrazione⁸¹.

In conclusione, si nota una considerevole sensibilità della Corte nei confronti dei soggetti vulnerabili, a maggior ragione quando due o più situazioni di vulnerabilità coesistono in relazione allo stesso soggetto o gruppo, andando a determinare quelle che vengono definite vulnerabilità “rafforzate”⁸²: ciò accade quando ad una condizione di vulnerabilità strutturale, si affianca una condizione di vulnerabilità contingente.

Pertanto, rispetto a tutti questi soggetti, incombe sempre sugli Stati un ineludibile dovere di tutela, non solo nel campo della pubblica amministrazione, ma anche in campo legislativo e giudiziario e, per analogia, lo stesso dovere riguarda anche gli operatori legali che si imbattono in persone in situazioni di vulnerabilità⁸³.

A partire da queste ultime considerazioni, si può affermare che la nuova Costituzione cubana non pare cogliere suggerimenti univoci dalle indicazioni giurisprudenziali provenienti dalla Corte di San José: da una parte, infatti, per certi aspetti, Cuba parrebbe inserirsi a pieno titolo nel solco di quanto indicato sul piano sovranazionale, basti pensare alla specifica attenzione rivolta dal legislatore del 2019 relativamente a bambini e adolescenti e ai disabili; discorso analogo può dirsi per l’attenzione dedicata dalla Costituzione cubana alla diversità di genere e di identità di genere⁸⁴.

E si potrebbe, inoltre, addirittura affermare che in relazione ai vulnerabili anziani, il piano normativo interno abbia accordato una tutela ancora più specifica e circostanziata di quanto non sia avvenuto a livello interamericano⁸⁵.

D’altra parte, però, ciò da cui il nuovo assetto costituzionale sembra prendere le distanze è senz’altro la tutela dei migranti: troppe ambiguità permangono a livello interno sul riconoscimento e sulla tutela di questa categoria di soggetti, la cui protezione resta pressoché priva di considerazione⁸⁶.

⁸⁰ *Ivi.* pp.126, 149, 160.

⁸¹ La Corte dedica un intero parere consultivo alla condizione dei minori migranti, la *Opinión consultiva OC-21 del 19.08.2014*, disponibile su www.acnur.org/5b6ca2644.pdf

⁸² R. Estupiñan-Silva, *La Vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una Tipología*, cit. 220.

⁸³ Cfr. U. Basset, *La vulnerabilidad como estándar internacional de protección de los derechos humanos, con especial referencia al adulto mayor* in AA.VV., *Descarte vs. Inclusión. Hacia la resignificación de los adultos mayores*, Buenos Aires, 2017, 39-53.

⁸⁴ L’articolo 42 che prevede parità di trattamento e protezione anche per ragioni di «sexo, género, orientación sexual, identidad de género» sembra riprendere fedelmente quanto richiesto nella *Opinión consultiva OC-24/17 del 24 novembre 2017* su “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, dove la Corte riconosce ampiamente i diritti all’identità e all’orientamento sessuale e invita gli Stati a fare altrettanto. Il testo della OC-24/17 è disponibile su www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

⁸⁵ Vale la pena ricordare che la Convenzione interamericana non prevede una specifica tutela per gli anziani ed in generale per la condizione della terza età.

⁸⁶ Se si pensa che la Corte interamericana stabilisce espressamente che relativamente ai migranti, gli Stati «deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental». Cfr. Corte IDH, *OC-18/03* cit, p. 81.

5. Considerazioni conclusive

Appare, comunque, assolutamente prematuro andare a valutare a pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova Costituzione quelli che saranno gli effetti sulla tutela dei soggetti vulnerabili. Tuttavia, si possono esprimere, almeno sul piano teorico, alcune brevi considerazioni su quelli che sono i pregi di questa novella costituzionale e, al contempo, evidenziare le ipotetiche lacune in relazione alle diverse situazioni di vulnerabilità evidenziate.

È innegabile che il passaggio dalla vecchia alla nuova Costituzione abbia segnato per certi aspetti una netta cesura con il passato: la tutela della condizione dell'infanzia, dell'adolescenza, della disabilità e della vecchiaia costituisce ormai un caposaldo essenziale del sistema di tutela dei diritti dello Stato cubano.

Diversamente dal passato, la speciale protezione che la Carta costituzionale accorda a questa tipologia di soggetti non è riferita (e limitata) al mero ambito del lavoro, ma è ricollegabile direttamente alla dignità della persona umana: i vulnerabili sono tutelati e garantiti in quanto persone umane che, a differenza degli altri soggetti, vivono una situazione di fragilità che non consente loro di ottenere un'uguaglianza di posizione giuridica e di possibilità sociale⁸⁷.

L'esempio più luminoso che la Costituzione offre relativamente alla tutela di una condizione di vulnerabilità e che segna, almeno sul piano teorico, l'apertura di un nuovo protagonismo anche sul piano internazionale è sicuramente l'art. 86: con l'introduzione del principio del superiore interesse del minore, infatti, lo stato cubano mostra di voler iniziare ad aderire a quelle che sono le indicazioni che provengono sia a livello sovranazionale⁸⁸ che internazionale⁸⁹.

Tuttavia, proprio a tal riguardo è necessario ravvisare che, a differenza di quanto già accaduto per le nuove Costituzioni di Ecuador, Bolivia e Venezuela, la nuova Costituzione di Cuba non conferisce in maniera esplicita gerarchia costituzionale ai trattati internazionali sui diritti umani firmati dal Paese, né inserisce una clausola aperta al riconoscimento dei diritti ivi incorporati⁹⁰.

Tale sottolineatura, lungi dall'apparire una mera questione teorica, si mostra in tutta la sua rilevanza, allorché si nota che, per esempio, il legislatore cubano non ha inserito in Costituzione nessun esplicito divieto di tortura: tale silenzio appare "tuonante" in un Paese caratterizzato da un prolungato periodo di dittatura

⁸⁷ Sul punto v. M. Fineman, *The vulnerable subject and the responsive State* in 60 *Emory Law Journal*, 2010, p. 25 ss.

⁸⁸ La Corte interamericana ha dedicato un intero capitolo della *Opinión Consultiva OC-17/2002* proprio al principio del superiore interesse del minore al quale «han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos».

⁸⁹ Anche il comitato ONU sui diritti dell'infanzia nel General comment No. 14 (2013) "on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration" ha specificato che «To ensure compliance, States parties... ensure that the best interests of the child are a primary consideration in all actions, including (a) reviewing and, where necessary, amending domestic legislation and other sources of law so as to incorporate article 3, paragraph 1».

⁹⁰ L'art. 8 della nuova Costituzione afferma che «La Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales». Sul punto cfr. A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, in UNED – 105, *Revista de Derecho Político*, maggio-agosto 2019, 383.

e che aveva già ricevuto, da parte del Comitato ONU per i diritti dell'infanzia, la richiesta ufficiale di agire a livello normativo per dichiarare esplicitamente il divieto di ogni tipo di castigo corporale sui minori⁹¹.

Anche sul fronte della tutela della disabilità, si ravvisa che, pur in presenza di una volontà politica disponibile alla realizzazione di programmi globali di cura per le persone con disabilità, in ambito giuridico appare necessario, proprio alla luce del nuovo spunto costituzionale, adeguare la legislazione in materia di disabilità, al fine di aumentare il potenziale delle persone disabili, tutelandole in concreto, e non solo nelle dichiarazioni di principio, come veri soggetti di diritto⁹².

Un discorso sovrapponibile pertiene agli anziani, rispetto alla cui tutela si registrano importanti progressi, se si pensa ai nuovi regolamenti amministrativi in materia di sanità pubblica e alle novità legislative nel campo della sicurezza sociale, ma che, tuttavia, «resultan insuficientes para garantizarles una vejez menos vulnerable»⁹³.

Il discorso più critico, invece, continua a riguardare i migranti: la Costituzione attuale aggiunge poco di nuovo rispetto a quanto già presente nei testi previgenti, fatta eccezione per la concessione della possibilità di ricevere la doppia cittadinanza⁹⁴. Permangono, poi, assolutamente irrisolti tutti i problemi già segnalati nella precedente Costituzione e relativi alla mancanza del riconoscimento della cittadinanza effettiva come regola generale, al mancato riconoscimento del principio della libera circolazione e del diritto all'assistenza consolare, così come all'assenza di protezione per le vittime della tratta o del traffico di persone⁹⁵.

Ma soprattutto il soggetto migrante, diversamente dagli altri soggetti prima esaminati, non è considerato come destinatario di nessuna “speciale attenzione” da parte dello Stato, come dimostra anche la disattesa applicazione del principio che riconosce i diritti umani come universali: infatti, pur avendo sancito all'art. 41 l'universalità dei diritti umani, l'art. 91 lett. e) specifica che solo «los extranjeros

⁹¹ Cfr. Comitato ONU sui diritti dell'Infanzia, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Cuba, 57° periodo de sesiones 30 maggio - 17 giugno 2011*, 7. Ancora oggi il codice civile prevede che i genitori possano «reprender y corregir» i propri figli. Sul punto v. R. Pereira Ramirez, *La práctica de “corregir” a niños, niñas y adolescentes en la familia en Cuba: Una aproximación necesaria* in O. Mesa Castillo - Y. González Ferrer, *Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2013, 341

⁹² Cfr. Y. González Ferrer, *Un Acercamiento a los Derechos a la Salud y la Educación de las Personas con Discapacidad en Cuba*, cit. 166.

⁹³ M. Mabel Candáno Perez, *La tercera edad, ¿una etapa vulnerable? Su protección jurídica en Cuba* in *Temas contemporáneos de derecho de familia*, cit. 40. È il caso di segnalare, tra l'altro che Cuba non ha ancora firmato la Convenzione Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores, entrata in vigore l'11 gennaio 2017.

⁹⁴ L'Art. 36 del dettato costituzionale prevede infatti che, sul territorio nazionale, i cittadini cubani siano soggetti alla sola cittadinanza del Paese, non potendosi avvalere di una cittadinanza straniera; tuttavia, adesso, l'acquisizione di un'altra cittadinanza straniera non implica più la perdita contestuale di quella cubana.

⁹⁵ Cfr. O. Martínez Pérez – D. Zaldivar Valdes, *El status constitucional de los cubanos migrantes. reflexiones en torno a una futura reforma constitucional*, in *Revista Caribeña de Ciencias Sociales* (aprile 2015) disponibile su xn--caribea-9za.eumed.net/2015/04/cubanos-migrantes.html

con residencia legal se equiparan a los cubanos en el disfrute de los derechos». «Derechos», appunto, ma a quanto pare, non «fundamentales», dal momento che questa dicitura, come nella precedente Carta del 1976 non appare mai, così come non risulta presente nessun tipo di gerarchia tra i diritti, all'interno del nuovo dettato costituzionale⁹⁶.

Per concludere, si può osservare che la nuova Costituzione della Repubblica di Cuba, relativamente alla tutela dei soggetti vulnerabili, incorpora nuovi principi di applicazione e interpretazione dei diritti e ne espande l'elenco, senza tuttavia raggiungere il carattere fortemente garantista delle Costituzioni ideologicamente affini quali quelle di Ecuador e Bolivia⁹⁷, nonché del Venezuela⁹⁸, ma soprattutto senza riuscire a rendere sufficientemente chiaro un aspetto fondamentale: in che modo il principio di uguaglianza, di parità di trattamento e il rispetto della dignità umana, presupposti indefettibili per una reale tutela e valorizzazione di ogni soggetto vulnerabile, possa integrarsi e coesistere con l'imposizione di un immodificabile sistema sociale (art.4) e con la permanenza del monopartitismo (art. 5).

⁹⁶ Cfr. A. Noguera, «¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y en el nuevo constitucionalismo» in 21 *Derechos y Libertades* 2009.

⁹⁷ Per un commento/bilancio relativo ai primi dieci anni del modello sociale del costituzionalismo di Ecuador e Bolivia v. A. Noguera, *Diez años de Constitución en Ecuador y Bolivia: el desmontaje por vía política y judicial del modelo de constitucionalismo social andino*, in Q. Arrufat – I. Escorihuela (coord), *Constitucionalización de Derechos Sociales: análisis de los procesos constituyentes recientes en África y América Latina, y perspectivas de futuro*, Observatori DESC, Barcelona, 2018, 69-91

⁹⁸ Sulla particolarità del costituzionalismo sociale del Venezuela v. F. Palacios – G. Gutiérrez, *Constitución Bolivariana de Venezuela ¿constitucionalismo social neoclásico o insurgente?* in Q. Arrufat – I. Escorihuela (coord), *Constitucionalización de Derechos Sociales: análisis de los procesos constituyentes recientes en África y América Latina, y perspectivas de futuro*, Observatori DESC, Barcelona, 2018, 45-68

Confessioni e libertà religiosa in un “Estado socialista de derecho”. Alcuni spunti di riflessione

di Aristide Canepa

Abstract: Faiths and Freedom of Religion in an “Estado socialista de derecho”. Some Observations – The paper studies the evolution of constitutional rules about relationship between State and religions in the case of Cuba. Starting from a short overview of the pluralistic religious landscape of the island, the paper analyses the relationship between State and religions in Constitutions and draft Constitutions of 19th and 20th centuries, before and after the independence. Then it focuses on the problematic features of such a relationship after the introduction of a socialist regime. The final part is devoted to the innovations 2019 Constitution introduced and to possible future developments on the subject.

Keywords: State-religions relationship; Socialist State; Secularism; Constitutional Law; Freedom of religion.

679

1. Note introduttive

Nel prendere in considerazione la questione del rapporto tra poteri pubblici e confessioni religiose nella vicenda costituzionale cubana, è necessario partire da una sommaria considerazione dell’impatto sociale che il fenomeno religioso ha esercitato nella società insulare.

In questa prospettiva, possiamo sottolineare innanzi tutto la sostanziale scomparsa delle credenze religiose proprie delle popolazioni aborigene (a loro volta praticamente scomparse nei primi decenni della colonizzazione spagnola, per l’azione congiunta delle brutalità dei *conquistadores* e delle malattie di origine europea, con progressivo assorbimento dei superstiti in varie forme di meticciato, sia con l’elemento europeo che con quello africano¹), se non nella forma di contributo confluito nei successivi sviluppi delle forme di religiosità popolare, in particolare delle religioni sincretistiche afro-cubane².

In secondo luogo, va rilevato il profondo *gap* a lungo esistito tra la posizione di forza istituzionalizzata della Chiesa cattolica, imposta dal potere coloniale spagnolo, e la sua effettiva capacità di espandere il proprio messaggio di evangelizzazione al di fuori di una cerchia relativamente ristretta della

¹ Sulle confliggenti teorie a proposito della sussistenza o meno di una componente india nella società cubana, v. R.W. Gott, *Cuba. A New History*, New Haven, 2004 (trad. it. *Storia di Cuba*, Milano, 2008, 30 ss.).

² In tal senso v. M.D. Fariñas, *La religión en las Antillas. Paralelismo y transculturación*, La Habana, 1995.

popolazione, cosa che ne ha fatto una delle chiese più deboli dell'America Latina³. Da un lato, infatti, la stretta dipendenza delle gerarchie cattoliche dalla Corona di Spagna e la preferenza da quest'ultima accordata, nell'esercizio del Regio Patronato sulle nomine episcopali, all'elemento ispanico "puro" rispetto a quello creolo confinarono l'influenza dell'alto clero alle città e solo a parte delle classi elevate, alienando in particolare la borghesia indipendentista sviluppatasi nel XIX sec., mentre l'azione di evangelizzazione delle classi inferiori incontrò importanti ostacoli nella scarsità numerica e qualitativa del clero dedicato e nelle difficoltà di comunicazione con le zone dell'interno⁴. A livello popolare, quindi, il trapianto delle forme religiose spagnole su un tessuto sociale per lo più privo del retroterra culturale della madrepatria favorì, piuttosto che una formazione teologicamente e pastoralmente strutturata, la diffusione del c.d. "cattolicesimo popolare spagnolo"⁵, espresso in forma principalmente devozionale e non alieno da componenti anche superstiziose, elemento che indebolì il cattolicesimo cubano in almeno quattro direzioni: lo frazionò tra una Chiesa istituzione strettamente legata al potere coloniale e una religiosità popolare poco controllabile dalla prima; lo rese particolarmente adatto a facilitare il sincretismo; lo rese particolarmente attaccabile dalla critica illuministica e liberale, che negli anni 1830-1850 fu attivamente sostenuta anche dai governi liberali spagnoli; e, più tardi, lo rese poco capace di resistere alla diffusione delle denominazioni evangeliche di origine nordamericana. Inoltre, non va dimenticato che la stessa dialettica tra Chiesa cattolica e Monarchia presentò momenti assai problematici per la prima, specie dopo l'ascesa al trono dei Borbone, che condussero politiche spiccatamente giurisdizionalistiche, comprensive di misure quali l'abolizione degli ordini religiosi e l'incamerazione dei loro beni da parte dello Stato, estese a Cuba con la Regia Ordinanza del 22 dicembre 1836 e il Regio Decreto del 30 gennaio 1838. Peraltro, va anche segnalato che la periodica emersione, nella Chiesa cattolica cubana, di importanti tradizioni di impegno sociale le ha permesso di sviluppare una certa sensibilità alle problematiche che di volta in volta hanno attraversato la società insulare, di modo che in occasione delle grandi svolte della storia cubana (lotta per l'autonomia, poi per l'indipendenza, annessionismo agli USA, rivoluzione castrista, ecc.) figure provenienti dal mondo ecclesiale hanno sovente partecipato, secondo le sensibilità rispettive, ai dibattiti e alle lotte, spesso su entrambi i fronti interessati, il che impedisce di dare della presenza della Chiesa cattolica a Cuba letture riduttivamente univoche, sia in chiave apologetica che polemica⁶.

³ In tal senso v. J. Daudelin, W.E. Hewitt, *Churches and Politics in Latin America: Catholicism at the Crossroads*, in *Third World Quarterly*, 2/1995, 221 ss., e M.E. Crahan, *Salvation through Christ or Marx: Religion in Revolutionary Cuba*, in *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1/1979, 156 ss..

⁴ V. in proposito J.B. Amores Carredano, *La Iglesia en Cuba al final del período colonial*, in *Anuario de Historia de la Iglesia*, 1998, 67 ss.

⁵ Cfr. J. Ramírez Calzadilla, *Religión, cultura y sociedad en Cuba*, in *Papers. Revista de Sociologia*, vol. 52, 1997, 142, reperibile all'indirizzo [dx.doi.org/10.5565/rev/papers/v52n0.1885](https://doi.org/10.5565/rev/papers/v52n0.1885).

⁶ In materia, si possono consultare A. Alonso Tejada, *Iglesia y política en Cuba*, La Habana, II ed., 2002; R. Torreira Crespo, *Breve acercamiento histórico a la Iglesia católica en Cuba: conquista, colonización y pseudorrepublica*, in N. Quezada (ed.), *Religiosidad popular. México-Cuba*, México, 2004, 187 ss.

In terzo luogo, si segnala l'importanza della presenza di religioni di origine africana (come *santería*, *palo monte*, *abakuá*, *regla conga*, *arará*, *iyesá*), caratterizzate da un elevato grado di sincretismo, non tanto coi contenuti, quanto con l'iconografia cattolica, le cui espressioni più popolari (in particolare i santi e le diverse rappresentazioni della Vergine Maria) vengono sovrapposte alle deità tradizionali che costituiscono i *pantheon* delle religioni africane originarie. Questo fenomeno, comune ad altre aree caribiche e sudamericane storicamente interessate dall'economia schiavista, è invece marginale nel mondo afro-americano degli USA, se non a seguito di una più tarda immigrazione dai paesi caribici. Tale diversa evoluzione può essere spiegata con molti fattori. Il sistema coloniale spagnolo, a differenza di quello delle colonie britanniche, tendeva a favorire la conservazione di legami tra schiavi provenienti dalle stesse aree geografiche e culturali, che si organizzavano (al pari dei coloni originari di diverse parti della Spagna) in *cabildos* secondo la regione di provenienza e ciò favorì la conservazione e il sincretismo delle culture africane originarie⁷. Inoltre, gli stessi proprietari di schiavi finirono per ostacolare la conversione di questi ultimi, in quanto l'acquisizione dello *status* di cattolici da parte loro avrebbe comportato alcuni limiti alle possibilità di sfruttamento da parte dei loro padroni⁸. Al contempo, la presenza di un'importante percentuale di neri liberi favoriva l'insediamento delle religioni africane al di fuori della cerchia strettamente schiavistica, sia in ambiente urbano, sia nelle zone dell'interno dove tendevano invece a rifugiarsi gli schiavi fuggiti, dando vita ai *palenques*, villaggi indipendenti, spesso abitati sia da neri che da *indios*⁹. Infine, l'appropriazione e l'adattamento di una simbologia e di un'iconografia cattoliche permettevano alle religioni afro-cubane di dissimulare la loro essenza, in un contesto in cui, come si è visto, la Chiesa cattolica aveva relativamente limitate capacità di penetrazione, sia missionaria che inquisitiva, ma il divieto di praticare le credenze di origine africana durò ben oltre l'abolizione della schiavitù, influenzandone quindi la propensione a svilupparsi in ambiti privati¹⁰.

In quarto luogo, il passaggio dell'isola nella sfera d'influenza statunitense, a seguito della guerra tra Spagna e USA nel 1898, unito alla propensione separatista delle *leadership* indipendentiste cubane, ha comportato la rottura del duopolio Chiesa cattolica-religionie afro-cubane, con la comparsa di un nuovo attore, le Chiese evangeliche, originariamente di provenienza nordamericana, frazionate in diverse denominazioni e tuttavia capaci di rapida e significativa diffusione, al punto che, secondo Azicri, nella Cuba degli anni Novanta del secolo passato si potevano contare novecento templi e cappelle protestanti, a fronte di seicentocinquanta chiese cattoliche¹¹. Come noto, il fenomeno non è solo cubano, ma interessa l'intero

⁷ V. in proposito Ph.A. Howard, *Changing History. Afro-Cuban Cabildos and Societies of Color in the Nineteenth Century*, Baton Rouge, 1998.

⁸ Come sottolinea J. Ramírez Calzadilla, *op. ult. cit.*, 142.

⁹ V. R.W. Gott, *trad. it. cit.*, 31.

¹⁰ V. J.I. Goldenziel, *Sanctioning Faith: Religion, State, and U.S.-Cuban Relations*, in *Journal of Law & Politics*, 2009, 183.

¹¹ Cfr. M. Azicri, *Cuba Today and Tomorrow: Reinventing Socialism*, Gainesville, 2001, 370.

continente latino-americano¹². Indubbiamente legate all'interesse statunitense di de-cattolicizzare l'America Latina per favorire l'espansionismo statunitense¹³, queste denominazioni si caratterizzano però ormai come solidamente radicate nel continente e, sebbene la loro estrema frammentazione non permetta di trattarle come un tutto unitario, frequentemente appaiono legate a posizioni politiche di stampo conservatore ed intransigente¹⁴; nel caso cubano, per es., alcune di esse hanno adottato un atteggiamento politico interventista in occasione del *referendum* sulla nuova Costituzione cubana del 2019, minacciando il voto contrario se il nuovo testo avesse contenuto aperture al matrimonio omosessuale¹⁵ e di fatto ottenendo che tale tema venisse stralciato¹⁶.

In quinto luogo, la vittoria della rivoluzione castrista e, soprattutto, la sua rapida evoluzione in senso marxista-leninista, han comportato l'adozione di un'ideologia di stato di orientamento ateistico che, quanto meno nel periodo 1959-1992, attraverso azioni di natura repressiva ha seriamente limitato la libertà religiosa e, attraverso il controllo del sistema educativo e di produzione culturale, ha fomentato un processo di secolarizzazione e di distacco dalle appartenenze religiose nelle nuove generazioni¹⁷. Se tale attitudine è andata attenuandosi negli anni successivi alla caduta del muro di Berlino, per es. con l'assunzione della piena compatibilità tra orientamento religioso ed appartenenza al partito comunista cubano o agli organi del potere statale, così come con l'apertura di una delicata fase di rispetto e collaborazione reciproci tra il regime e la Chiesa cattolica, a partire dalla visita del papa Giovanni Paolo II nel 1998, ciò non toglie che violazioni dei diritti umani legate più o meno direttamente alla sfera della libertà religiosa (talvolta difficile da distinguere dalla libertà di pensiero *tout court* e quindi anche dalla libertà politica) continuino ad essere denunciate¹⁸.

¹² Secondo una ricerca del *Pew Center* di Washington (che però non tiene in conto Cuba), in circa un secolo il rapporto tra cattolici e protestanti in America Latina sarebbe passato da 94-1 (nel 1910) a 69-19 (nel 2014). V. Pew Research Center, Nov. 13, 2014, *Religion in Latin America. Widespread Change in a Historically Catholic Region*, 27, reperibile all'indirizzo www.pewforum.org/2014/11/13/religion-in-latin-america/.

¹³ In tal senso R. Cepeda, *Las iglesias protestantes y el expansionismo norteamericano*, in *Caminos. Revista cubana de pensamiento sociológico*, abril 2012, reperibile all'indirizzo revista.ecaminos.org/article/las-iglesias-protestantes-y-el-expansionismo-norte/.

¹⁴ V. E. Pace, A. Buttici, *Le religioni pentecostali*, Roma, 2010.

¹⁵ V. per es. *Medio millón de evangélicos dirán no a reforma de Carta Magna de Cuba*, in *Evangélico Digital*, 3 feb. 2019, reperibile all'indirizzo www.evangelicodigital.com/latinoamerica/5620/medio-millon-de-evangelicos-diran-no-a-reforma-de-carta-magna-de-cuba.

¹⁶ La XI disp. trans. della Costituzione del 2019 dà mandato al Parlamento di disporre, entro due anni dall'entrata in vigore della Costituzione, l'avvio di una consultazione popolare su un progetto di Codice della Famiglia, che dovrà disciplinare "la forma da dare al matrimonio".

¹⁷ Va peraltro segnalato che, in rapporto alle religioni organizzate tradizionali, un elevato livello di indifferenza costituisce elemento ben più risalente della rivoluzione, se già nel 1917 le indagini antropologiche di Fernando Ortiz lo portavano ad affermare che l'indifferenza fosse il tratto caratterizzante dell'isola in materia religiosa (v. *Los negros brujos*, Madrid, 1917, 252).

¹⁸ Per es., il Rapporto Annuale 2017/18 di *Amnesty International* (reperibile all'indirizzo www.amnesty.it/rapporti-annuali/rapporto-annuale-2017-2018/americhe/cuba/) segnala la condanna a tre anni di reclusione del leader del *Movimiento Cristiano Liberación* Eduardo Cardet Concepción, per aver criticato pubblicamente la figura di Fidel Castro. Per una denuncia recente di diverse violazioni nel campo della libertà religiosa, v. A. Hraste, *La situación de la libertad religiosa*

Queste brevi considerazioni iniziali ci offrono quindi il quadro di una società estremamente composita sul piano religioso, quasi al limite del disorientamento¹⁹; sembra quindi necessario cercar di comprendere come le previsioni costituzionali del 2019 in materia di libertà religiosa e rapporti tra Stato e confessioni religiose possano relazionarsi con una realtà così magmatica. Non prima, però, di aver cercato di ricostruire l'evoluzione positiva di tali temi nella storia costituzionale del Paese.

2. Stato e religione nella storia del costituzionalismo cubano

Sebbene Cuba non abbia seguito le sorti della maggior parte degli altri possedimenti spagnoli in America Latina, resisi indipendenti nel primo trentennio del XIX sec., i dibattiti ideologici e politici che scuotevano l'impero spagnolo vi hanno trovato terreno fertile, con lo sviluppo di diversi orientamenti istituzionali, dal riformismo nel quadro del centralismo imperiale all'autonomismo entro le istituzioni spagnole, dall'indipendentismo all'annessionismo agli Stati Uniti d'America. L'intensità dei dibattiti favorì già dagli inizi del XIX sec. una interessante produzione di bozze e proposte di testi costituzionali, sopra tutto nell'alveo autonomistico e indipendentistico.

Nei progetti maturati in ambito autonomistico²⁰, i temi relativi alla libertà religiosa e al rapporto tra Stato e confessioni religiose non appaiono di particolare interesse, assumendosi la conservazione del legame con la Spagna e concentrandosi così l'attenzione sulla dimensione organizzativa delle ipotizzate istituzioni autonomistiche. La religione è in essi per definizione quella cattolica e

en Cuba, in *Puente Democrático. Documentos*, a. XVI, n. 68, 30/4/2018, reperibile all'indirizzo www.puentedemocratico.org/documentos/DocumentoPD68.pdf.

¹⁹ Appaiono interessanti le notazioni di J. Ramírez Calzadilla, *op. ult. cit.*, 139, secondo cui “sebbene nella maggioranza della popolazione siano presenti elementi religiosi, tuttavia il popolo cubano non è fondamentalmente cattolico, protestante, *santero* o spiritista. Prevale una religiosità spontanea, asistemica, legata principalmente alla quotidianità, che si esprime in varie forme devozionali, credenze e pratiche di contenuto assai più magico e superstizioso”. Con ciò rivelandosi anche un parziale fallimento dell'educazione scientifico-positivista propugnata dalle istituzioni educative pubbliche.

²⁰ Si ricordano in particolare F. de Arango y Parreño, *Informe de don Francisco de Arango al sr. d. Rafael Gomez Roubaud, superintendente director general de tabacos en la isla de Cuba, sobre los males y remedios que en ella tiene este ramo*, Habana, 1812 (ma scritto nel 1805); il progetto di Costituzione autonomistica sottoposto alle *Cortes* di Cadice dal sacerdote José Agustín Caballero nel 1811; le *Variaciones a la Constitución de la Monarquía española para esta isla exclusivamente*, preparate nel 1822 da Gabriel Claudio Sequeira per esser presentate alle *Cortes* spagnole del 1822, ma bloccate dalle autorità coloniali; e soprattutto il *Proyecto de Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias de Ultramar* presentato alle *Cortes* spagnole nel 1823 da otto deputati, tra cui il sacerdote Félix Varela, primo docente di diritto costituzionale sull'isola, che ne è di solito considerato l'autore. Su questi testi in genere v. B. Bernal Gómez, *Propuestas y proyectos constitucionales en la Cuba del signo XIX*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1997, 861 ss., e A.F. Franco Pérez, *Cuba en los orígenes del constitucionalismo español: la alternativa descentralizadora (1808-1837)*, Zaragoza, 2011. Il progetto di Caballero è stato pubblicato per la prima volta in A. Zayas y Alfonso, *Discursos y conferencias*, La Habana, 1942, vol. II, t. I, 203 ss.; su di esso v. A.F. Franco Pérez, *La eclosión del particularismo cubano: el proyecto descentralizador de José Agustín Caballero*, in *Historia Constitucional*, 1/2000, 165 ss.. Il progetto Sequeira è stato pubblicato in I. Fernández Sarasola, *Proyectos constitucionales de España (1786-1824)*, Madrid, 2004, 433 ss..

la sua disciplina permane competenza della Corona spagnola. Così, per es., i riferimenti al tema che incontriamo nel progetto di Félix Varela, il più ampio e dettagliato, riguardano il potere delle municipalità (*ayuntamientos*) di curare l'istruzione primaria, della quale fa parte un "Catechismo" che però, accanto agli "elementi fondamentali della religione", comprenda anche quelli "dei diritti e doveri civici" (art. 30), e l'approvazione del "superiore ecclesiastico" per quanto riguarda la nomina dei maestri (art. [99] 97). Peraltro, con Varela ci troviamo di fronte ad un progetto, redatto da un ecclesiastico, che assume comunque la centralità della religione cattolica ma struttura compiti e funzioni delle istituzioni in una prospettiva chiaramente illuministica di fomento delle attività volte al benessere delle popolazioni, tanto che è stato notato come la sua proposta (modernissima) di sostituire i ricoveri in ospedale con forme di cura a domicilio (art. 24) costituissero "una misura liberale contro certe istituzioni sostenute dalla Chiesa"²¹.

Tra i progetti di taglio independentista rileva in particolare il *Proyecto de Constitución para la Isla de Cuba* di Joaquín Infante, del 1810²². Testo in verità piuttosto farraginoso, che alterna eccessiva stringatezza in materie costituzionali fondamentali ed eccessivo dettaglio in materie decisamente secondarie, questo presenta un marcatissimo carattere giurisdizionalista, in quanto assegna al potere legislativo non solo la "regolamentazione del Culto", ma anche il controllo e l'eventuale sottoposizione a giudizio dei vescovi e vicari generali (art. 6), assegna al ministro dell'interno il compito di intrattenere rapporti stabili col clero (art. 11) e, nel lungo titolo VII *De la Religión*, definisce la religione cattolica come "dominante" ma, proprio per questo, essa costituirebbe un "ramo dello Stato" e sarebbe soggetta alla Costituzione (art. 35). Dopo di che, con evidente intento moralizzatore, l'a. si dilunga sulle misure necessarie a dare un carattere più austero al mondo ecclesiastico e finisce per disciplinare dettagliatamente l'organizzazione della Chiesa sull'isola, fino al numero di chiese e sacerdoti e alla riduzione allo stato laicale del clero in eccesso e dei membri degli ordini religiosi, aboliti con tutte le altre forme di associazione religiosa dall'art. 36, con annessa vendita all'asta dei beni relativi (art. 39). Di particolare rilievo la disciplina dell'elezione dell'unico vescovo previsto per l'isola, che dovrebbe essere eletto dal clero insulare ed esser consacrato dal vescovo più prossimo, senza ricorrere alla conferma pontificia (art. 45), mentre la "Potestà Ecclesiastica si [dovrebbe ridurre] allo spirituale, al culturale e alla disciplina" (art. 44). Senza dilungarsi oltre su un testo che non è comunque mai stato in vigore, appare degna di nota l'ispirazione illuministica, che

²¹ Cfr. P. Ortego Gil, *La Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias de Ultramar*, in *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n. 14/2002, 343 ss. (406). Il lavoro reca in appendice (410 ss.) il testo completo del progetto di Varela.

²² Pubblicato dalla *Academia Nacional de la Historia de Venezuela*, Caracas, 1959; ripubblicato in formato elettronico dall'editrice Red di Barcellona, 2020 (ma disponibile già dal 2019). Altri progetti, con finalità però temporanee, sono quello del 1851 di Narciso López, leader della cospirazione della *Mina de la Rosa Cubana*, e quello del 1858 detto *del Ave María*, preparato da seguaci di López e che costituisce un'edizione riveduta e modificata del testo precedente. V. B. Bernal Gómez, *op. cit.*, 867 ss., e J.M. Goig Martínez, *Del autonomismo a la revolución. Historia del constitucionalismo en Cuba*, in *Rev. de Derecho UNED*, 20/2017, 96 ss..

mira a fare della chiesa una mera *longa manus* del potere statale²³. La stessa tolleranza nei confronti di altre religioni, pur affermata dal testo, è peraltro dallo stesso giustificata in relazione al benessere e allo sviluppo che può portare al paese l'afflusso di uomini ed opinioni di differente provenienza (art. 35).

Tra i meri progetti elaborati più o meno a tavolino (anche se spesso legati a tentativi insurrezionalisti) e la prima Costituzione della repubblica di Cuba del 1901, bisogna ancora considerare i quattro testi della c.d. “Repubblica in armi”. Si tratta di quattro testi costituzionali che hanno avuto vigenza limitata nel tempo e nello spazio, adottati nel corso delle diverse insurrezioni indipendentiste armate succedutesi tra il 1868 e la provvisoria occupazione statunitense nel 1898²⁴. Si tratta di testi stringati e che si pongono deliberatamente come transitori, concentrandosi sull'organizzazione temporanea dei poteri pubblici. Tuttavia, in due di essi si affacciano alcuni riferimenti al tema qui trattato, importanti soprattutto perché introducono nel costituzionalismo cubano il tema della libertà religiosa.

Nella Costituzione di Guáimaro, l'art. 28 proibisce alla Camera dei Rappresentanti, titolare del potere Legislativo, di “attaccare”, tra le altre, le libertà di culto e di insegnamento, mentre quella di La Yaya, l'unica del gruppo a contenere un articolato catalogo di diritti e libertà, afferma che “cubani e stranieri saranno protetti nelle loro credenze religiose e nella pratica dei rispettivi culti”, col solo limite della morale pubblica (art. 6) e ribadisce che “l'educazione sarà libera in tutto il territorio della Repubblica” (art. 8). Risaltano il sostanziale abbandono della logica della religione di Stato (sia essa in chiave confessionale o giurisdizionalista), in favore di una libertà religiosa dai confini ancora nebulosi, per la stringatezza delle disposizioni considerate, ma apparentemente piena, nonché, nel caso di La Yaya, l'espressa garanzia di tale libertà anche a favore degli stranieri.

La posizione assunta dalle gerarchie ecclesiastiche di nomina regia e di origine spagnola in occasione delle guerre di indipendenza, nonostante la partecipazione ad esse anche di sacerdoti e fedeli, generalmente creoli, ne indebolì

²³ Come dimostrano anche le citazioni poste dall'a. in calce al testo e tutte riconducibili ad espressioni, teoriche, politiche o giurisdizionali, dell'orientamento giurisdizionalistico prevalente negli Stati europei della fine del XVIII sec. (v. *ed. elettr. cit.*, 28-31).

²⁴ Precisamente si tratta della Costituzione del 1869, detta di Guáimaro, adottata da un'assemblea costituente riunita nell'omonima località e composta solo di rappresentanti della parte orientale dell'isola, convocata a seguito dello scoppio della Guerra dei Dieci Anni (1868-1878), che fu in vigore nei territori controllati dagli insorti sino alla fine della stessa; della Costituzione del 1878, detta di Baraguá, brevissimo testo di soli sei articoli, approntato e proclamato il 15 marzo 1878 nel quadro della Protesta di Baraguá, tentativo di proseguire la lotta indipendentista ad opera del gen. Antonio Maceo, che rifiutava il patto di Zanjón con cui si era appena posto termine alla Guerra dei Dieci Anni; della costituzione del 1895, detta di Jimaguayú, adottata dall'Assemblea riunitasi in tale località dal 13 al 18 settembre 1895, dopo lo scoppio della Guerra Necessaria (1895-1898), e composta dai delegati delle diverse armate dell'esercito indipendentista, anche in questo caso non potendosi dare rappresentanza dell'intero territorio cubano; e della Costituzione del 1897, detta di La Yaya, approvata dall'Assemblea convocata dopo un biennio di vigenza della Costituzione di Jimaguayú, ai sensi dell'art. 24 della stessa: anche questa assemblea fu composta di rappresentanti dei diversi corpi dell'esercito indipendentista e il testo adottato rimase in vigore fino alla fine della guerra ispano-statunitense nel 1898. I testi di tali Costituzioni e delle successive Costituzioni cubane, salvo quella del 2019, si possono consultare, con un ampio saggio introduttivo, in B. Bernal Gómez, *Las Constituciones de Cuba republicana*, Miami, 2003.

alquanto le possibilità di influenzare le scelte dell'assemblea costituente del 1901, nonostante nel periodo di occupazione statunitense il papa Leone XIII avesse proceduto alla sostituzione dei vescovi spagnoli con un cubano, un italiano ed uno statunitense²⁵. Infatti, sebbene agli albori del pensiero autonomista prima e indipendentista poi si fosse posto in luce l'apporto di eminenti personalità ecclesiastiche come Caballero e Varela, la posizione nettamente filo-spagnola della gerarchia indusse larga parte delle élite indipendentiste ad allontanarsi dalla Chiesa stessa e ad avvicinarsi ad orientamenti di tipo massonico.

Nel testo del 1901, infatti, si accoglie un approccio di tipo separatista, sebbene parzialmente attenuato in due elementi. L'art. 26 recitava infatti "La professione di tutte le religioni è libera, così come l'esercizio di tutti i culti" (c. 1) e "La Chiesa sarà separata dallo Stato, che in ogni caso non potrà sovvenzionare alcun culto" (c. 2). Tuttavia, le limitazioni che si sarebbero potute porre alla libertà religiosa e di culto discendevano dal "rispetto della morale cristiana e dell'ordine pubblico" (c. 1). Appare contraddittoria la possibilità di limitare la libertà di professare tutte le religioni alla luce della morale di una di esse, per quanto il concetto di "morale cristiana" risulti di difficile enucleazione, potendo presentare importanti differenze a seconda delle confessioni interessate. Peraltro, nel dibattito costituente, l'emendamento presentato dal deputato Manduley per sostituire la locuzione "morale cristiana" con "morale pubblica" (poi respinto) venne difeso dallo stesso – dichiaratosi cristiano ma non cattolico – principalmente col timore che interpretazioni sofistiche potessero portare ad una lettura intransigente, atta a minacciare proprio la libertà di religione appena espressa²⁶. Il principio separatista venne ampiamente condiviso, nonostante la presa di posizione del deputato González Llorente che espresse la propria contrarietà sia per ragioni di principio sia per l'opportunità di lasciare aperta allo Stato la possibilità, ove necessario, di poter contare sull'appoggio della Chiesa; un emendamento presentato dal deputato Juan Gualberto Gómez, mirante ad eliminare il riferimento alla separazione, ma solo nell'ottica di non legare le mani alle possibili scelte delle generazioni future, venne respinto, mentre dal dibattito emerse anche la contrarietà all'opzione di un Concordato con la S. Sede²⁷.

Il secondo elemento di attenuazione dell'approccio separatista è ravvisabile nel preambolo, che contiene un'invocazione al "favore di Dio". Anche questa formulazione fu oggetto di proposte di cancellazione nel dibattito in Convenzione, ad opera dei deputati Morúa Delgado e Cisneros Betancourt, con differenti motivazioni, ma va sottolineato come in nessun caso si segnalasse il rischio che atei ed agnostici potessero non sentirsi integrati nei valori costituzionali; peraltro, l'interpretazione dell'invocazione data dal deputato Sanguily, il cui intervento fu forse decisivo per orientare le scelte della Convenzione, faceva invece riferimento

²⁵ V. R. Torreira Crespo, *op. cit.*, 212 ss.

²⁶ Sul dibattito in Convenzione costituzionale a proposito della questione religiosa, v. F. Álvarez Tabío, *Teoría e historia de la Constitución cubana. La Convención constituyente de 1901*, dattiloscritto, Universidad de La Habana, 1964, 10 ss..

²⁷ *Op. ult. cit.*, 12 ss..

ad un approccio di tipo meramente teistico, sganciato da qualsiasi riferimento a religioni positive²⁸.

È stato peraltro rilevato che le opzioni separatiste del testo costituzionale del 1901 sarebbero rimaste essenzialmente lettera morta: da un lato perché il riconoscimento della piena libertà di insegnamento effettuato dalla stessa Costituzione (art. 31, c. 2), inserendosi in un contesto in cui l'educazione era fondamentalmente nelle mani della Chiesa e non essendo seguito da un adeguato finanziamento dell'istruzione pubblica, pur previsto a carico dello Stato e degli enti locali, avrebbe finito per rafforzare la posizione delle istituzioni educative cattoliche; d'altro lato perché al riparo della formulazione dell'art. 26 le leggi continuarono a penalizzare e sanzionare le pratiche religiose non cristiane²⁹. Peraltro, la vigenza stessa della Costituzione del 1901 risultò assai tormentata, venendo a più riprese sospesa o emendata fuori dal procedimento previsto, poi riportata in vigore nella sua forma originaria o semplicemente messa da parte da diversi governi di tendenza autoritaria³⁰, e tali traversie non possono certo aver aiutato l'applicazione dei precetti costituzionali testé esaminati.

Nel 1933, in particolare, la c.d. "rivoluzione dei sergenti" portò in primo piano la figura di Fulgencio Batista, *leader* di provenienza militare e di tendenze autoritarie che però si rifaceva ad un discorso politico-programmatico socialmente avanzato, tanto da ottenere, almeno in un primo momento, l'appoggio di diverse forze politiche di sinistra, compreso il giovane Partito Comunista Cubano, e da costituire, per certi aspetti, un prototipo dell'azione politica di tipo populista. Negli ultimi anni di vigenza della Costituzione del 1901, Batista svolse piuttosto un ruolo di *deus ex machina* alle spalle di presidenti deboli, per poi divenire il primo Presidente legittimamente eletto nella vigenza della successiva Costituzione del 1940 e, dopo una dozzina d'anni di tenuta della stessa e di elezioni democratiche, decretarne sostanzialmente la fine guidando il colpo di stato militare del 10 marzo 1952.

In ogni caso, l'evoluzione socio-economica ed ideologica, tanto della società cubana quanto del contesto internazionale, fece maturare la coscienza dell'insufficienza dell'ormai indebolita Costituzione del 1901 e portò alla convocazione di una nuova Convenzione costituente nel 1940, eletta a suffragio universale anche femminile e caratterizzata dalla presenza di diverse forze politiche di recente istituzione che coprivano l'intero spettro ideologico da una destra sociale con tendenze fascistizzanti fino all'estrema sinistra. La Convenzione elaborò un testo estremamente innovativo, destinato almeno nelle intenzioni a segnare l'irruzione dei diritti sociali e dell'intervento equiparativo dello Stato nella vita sociale ed economica³¹. Un testo che anticipava, tanto nella forma dell'elaborazione quanto in molti contenuti, tanto nei pregi quanto nei difetti, le

²⁸ *Op. ult. cit.*, 10 ss..

²⁹ V. R. Torreira Crespo, *op. cit.*, 217 ss.

³⁰ V. B. Bernal Gómez, *Las Constituciones...*, cit., 17 ss.; E. Hernández Corujo, *Historia constitucional de Cuba*, La Habana, 1960.

³¹ V. in proposito N. Carbonell Cortina, *El espíritu de la Constitución cubana de 1940*, Madrid, 1974.

attuali costituzioni democratiche della maggior parte dei Paesi del Sudamerica, prefigurando un ordinamento di social-democrazia avanzata pur nell'armonica integrazione tra iniziativa economica privata e regolamentazione pubblica, un'autentica "esplosione" degli strumenti di garanzia giurisdizionale dei diritti sia individuali che sociali, ma anche presentandosi come un testo estremamente prolisso (286 articoli, molti dei quali lunghi, e 58 disposizioni transitorie e finali) e, presumibilmente nell'auspicio di garantire che le scelte del costituente non venissero poste nel vuoto dalla legislazione successiva, inopportunamente dettagliato.

Proprio queste caratteristiche fanno risaltare, per converso, il fatto che invece, in materia di libertà religiosa e rapporti tra Stato e religioni, il testo del 1940 non si sia scostato da quello del 1901. L'invocazione iniziale al "favore di Dio", sebbene ampiamente discussa in Convenzione³², rimase nell'identica formulazione, e lo stesso accadde all'enunciazione del principio separatista, con la contraddizione già sopra rilevata del rinvio al "rispetto della morale cristiana" come elemento di possibile giustificazione delle limitazioni alla libertà di culto³³, che concretamente colpivano, nella legislazione ordinaria, i riti di origine africana.

Il carattere più ampio e dettagliato del nuovo testo importò qualche ulteriore accenno al tema qui studiato o a quelle *res mixtae* che lo interessano indirettamente, ma senza innovazioni sostanziali. Tra i riferimenti diretti possiamo qui ricordare che, nella clausola anti-discriminatoria dell'art. 10, lett. a), le "credenze religiose" erano espressamente indicate come insuscettibili di causare discriminazioni; e che la libertà religiosa era garantita anche qualora il Congresso avesse adottato una sospensione delle garanzie costituzionali (tassativamente elencate) in caso di guerra o invasione del territorio nazionale o gravi e profonde perturbazioni dell'ordine e della tranquillità pubblica (art. 41).

Tra i temi indirettamente collegati o collegabili al fenomeno religioso, si può segnalare il rafforzamento del carattere separatista della disciplina matrimoniale, per cui era "valido solamente il matrimonio autorizzato da funzionari aventi la facoltà legale di celebrarlo" (art. 43, c. 2), mentre venivano costituzionalizzati

³² V. in dettaglio N. Carbonell Cortina, *Grandes debates de la Constituyente cubana de 1940*, Miami, 2001. Rispetto a quanto ricordato per la Convenzione del 1901, nel dibattito si sottolineò dal deputato García Agüero che la costituzione dovesse valere per credenti e non, ma prevalse un'opzione, anche qui in certo qual modo illuministica, secondo cui ad un Paese credente, seppur poco praticante, convenisse esser guidato "sulla strada dell'illusione che dona respiro, piuttosto che su quella della fede perduta, che distrugge ed avvilisce" (così il deputato Coyula, cit. in A. Lazcano y Mazón, *Constitución de Cuba*, La Habana, 1941, t. I, 3 ss.).

³³ L'art. 26 Cost. 1901: "La professione di tutte le religioni è libera, così come l'esercizio di tutti i culti, senza altra limitazione che il rispetto della morale cristiana e dell'ordine pubblico. La Chiesa sarà separata dallo Stato, che in ogni caso non potrà sovvenzionare alcun culto", divenne l'art. 35 del nuovo testo, con la sola scomparsa, nel secondo comma, dell'espressione "in ogni caso", che risultava effettivamente pleonastica. Anche su questo punto, il dibattito in Convenzione vide l'opposizione alla formula "morale cristiana" di quanti ne temevano un'utilizzazione confessionale e restrittiva, ma prevalse la lettura proposta dal deputato Mañach, secondo cui, stante la necessità di scegliere tra diverse morali esistenti, in questo si sceglieva la "morale tradizionale cubana ... rappresentata dalla figura di Gesù Cristo", la cui "esemplarità morale" era assunta anche da quegli autori che criticavano la dottrina tradizionale sulla sua divinità: cfr. A. Lazcano y Mazón, *op. cit.*, 519 s..

l'istituto del divorzio e la facoltà per i tribunali di equiparare in casi concreti al matrimonio civile le coppie di fatto (cc. 5-6); la proibizione di dar conto in documenti ufficiali (compresi i “certificati di battesimo”: art. 44, c.3) del carattere legittimo o naturale dei figli; il divieto di stabilire gravami ipotecari perpetui (*censos*) sulle proprietà, divieto cui erano però sottratti i *censos* stabiliti a beneficio dello Stato, degli enti locali, degli enti pubblici e delle istituzioni private di beneficenza (art. 93); l'inusucapibilità dei beni di queste ultime (numerose delle quali possiamo ipotizzare di origine religiosa) (art. 95); la garanzia dell'indipendenza delle istituzioni private di previdenza e cooperazione sociale, che a loro volta potevano anche essere di origine religiosa (art. 279). Sul delicato tema dell'insegnamento, la Costituzione del 1940 stabilì la laicità dell'insegnamento pubblico, salvaguardando però, sempre sotto supervisione pubblica, la libertà di insegnamento e di istituzione di scuole private (estesa dall'art. 54 anche alla fondazione di università) e, in queste ultime, la facoltà di impartire educazione religiosa, purché chiaramente distinta dagli insegnamenti di altro genere (art. 55).

Il testo del 1940, come tutti i documenti costituzionali di ispirazione sociale, indicava le linee di sviluppo delle istituzioni cubane, ponendosi come una costituzione largamente programmatica. Ora, anche se, durante la presidenza di Carlos Prío Socarrás (1948-1952), si era cominciato per lo meno ad approvare le prime leggi applicative delle istituzioni e delle procedure previste dal testo costituzionale, resta non di meno il fatto che quella Costituzione non trovò mai piena applicazione, venendo spazzata via dal golpe di Batista nel 1952 e dagli Statuti costituzionali del 4 aprile dello stesso anno, che concentravano il potere legislativo e l'esecutivo nelle mani del Presidente, annichilendo il carattere democratico delle istituzioni anche se riproducevano parti significative del testo precedente.

3. Stato e religione nella Cuba socialista

Ben noti sono gli sviluppi successivi della storia cubana, con l'appello di Fidel Castro all'insurrezione, lo sbarco del *Granma* e l'avvio della guerriglia nella Sierra Maestra, fino al trionfo della Rivoluzione. Nel contesto del nuovo ordinamento, il rapporto tra Stato e religione subì radicali cambiamenti, caratterizzati però da una parziale discrasia tra il piano politico e quello costituzionale, il che parrebbe richiedere una duplice temporizzazione.

Sul piano politico, la *summa divisio* sembra identificabile nel crollo del blocco comunista, intorno al 1989, e nella conseguente perdita, da parte del regime cubano, di un fondamentale sostegno e riferimento, tanto ideologico quanto economico, anche se diversi elementi dell'evoluzione successiva avevano già cominciato a maturare nel corso degli anni Ottanta.

Dopo i primi mesi del nuovo governo, durante i quali appariva ancora possibile stabilire un confronto sui contenuti programmatici del venturo ordinamento³⁴, le

³⁴ V. in tal senso A. Basail Rodríguez, M.Y. Castañeda Seijas, *Conflictos y cambios de identidad religiosa en Cuba*, in *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, n. 20/1999, 176. Sulle caute aperture iniziali del Primate cubano, mons. Pérez Serantes, v. E. Horváth, *La Iglesia católica*

prime grandi riforme del governo rivoluzionario, pur non essendo di per sé volte ad attuare direttamente forme di persecuzione religiosa, indebolirono molto le confessioni religiose organizzate. Se in diversi casi l'allontanamento di esponenti del clero (specie stranieri, che ancora negli anni Cinquanta costituivano la maggioranza nella Chiesa cattolica³⁵) fu volontario, non mancarono espulsioni di massa, motivate da attività contro la sicurezza dello Stato³⁶, né altre forme di limitazione della libertà personale di esponenti religiosi. La nazionalizzazione di tutte le scuole private, realizzata nel 1961, il controllo dei mezzi di comunicazione (dai primi anni Sessanta) e, sia pure in misura limitata, le riforme agrarie e quella urbana, toccarono certamente interessi importanti delle diverse confessioni religiose, in particolare la loro possibilità di trasmissione del rispettivo messaggio³⁷. D'altra parte, la dichiarazione, dapprima, del carattere socialista della rivoluzione (16 aprile 1961) e poi del suo orientamento marxista-leninista (dicembre dello stesso anno), comportarono l'adozione di una struttura ideologica dichiaratamente anti-religiosa, che si approfondì progressivamente, dalla lotta all'oscurantismo religioso propugnata con la nascita del Partito Comunista di Cuba (1965), con conseguente non accettazione di credenti nelle file dello stesso³⁸, all'elaborazione teorica del concetto di ateismo dello Stato da parte del I Congresso nazionale dell'Educazione e della Cultura (1971), sino alla sua adozione politica nelle *Tesis y Resolución sobre la Política en relación con la religión, la iglesia y los creyentes* del I Congresso del PCC (1975)³⁹. In questa fase, se pure non si può parlare di aperta persecuzione delle confessioni religiose, il complesso dell'azione del partito e dello stato andava senz'altro nel senso di una loro marginalizzazione, discriminazione, colpevolizzazione e restrizione delle possibilità d'azione⁴⁰. Nel caso della galassia delle chiese protestanti, questo approccio passava (e in parte passa tuttora) per un rapporto di relativo favore nei confronti del Consiglio Cubano delle Chiese (il quale raggruppa le denominazioni di più antico e tradizionale insediamento sull'isola) ed attenta selezione delle nuove

cubana y el Estado en 1959 según la circular Vida Nueva, in *Acta Hispanica*, 2014, 19: 27 ss., reperibile all'indirizzo www.researchgate.net/publication/325023249_LA_IGLESIA_CATOLICA_CUBANA_Y_EL_ESTADO_EN_1959_SEGUN_LA_CIRCULAR_VIDA_NUEVA_EMOKE_HORVATH.

³⁵ Secondo i dati forniti da A. Alonso Tejada, *op. ult. cit.*, nel 1955 a Cuba c'erano 680 sacerdoti cattolici, di cui 125 cubani, e 1872 suore, di cui 556 cubane.

³⁶ Si può ricordare l'espulsione di 136 esponenti del clero cattolico, il 17 settembre 1961 tramite imbarco forzato sulla nave *Covadonga*.

³⁷ Come nota correttamente A. Alonso Tejada, *Catolicismo, política y cambio en la realidad cubana actual*, in *Temas*, n. 4/1995, 26, tali riforme avevano "tranciato il meccanismo stesso di riproduzione della religiosità, riducendolo all'espressione minimale della famiglia e del nucleo comunitario religioso e privandolo di forme di diffusione al di fuori di tale limite".

³⁸ V. J. Ramírez Calzadilla, *Las relaciones Iglesia-Estado y religión-sociedad en Cuba*, paper, La Habana, 1998, 7, reperibile all'indirizzo bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Cuba/cips/20120824041639/ramirez.pdf.

³⁹ V. A. Alonso Tejada, *op. ult. cit.*, 27 s. Il testo delle *Tesis y Resolución* è reperibile all'indirizzo congresopcc.cip.cu/wp-content/uploads/2011/03/I-Congreso-PCC.-Tesis-y-Resoluciones-sobre-la-pol%C3%ADtica-en-relaci3n-con-la-religi3n-la-iglesia-y-los-creyentes.pdf.

⁴⁰ V. in tal senso M. Fernández, *Religión y revolución en Cuba. 25 años de lucha atea*, Miami, 1984, 180 ss..

denominazioni cui concedere o meno la registrazione (come associazioni), attitudine che permette di selezionare, marginalizzare e ridurre le possibilità d'azione di quelle denominazioni che si sospettano maggiormente legate a un retroterra statunitense o contrarie ai valori rivoluzionari⁴¹. E introduce un elemento di *divide et impera* nel molteplice mondo protestante. Nei confronti delle religioni afro-cubane, continuò inizialmente, nella comunicazione ufficiale, l'equiparazione tra la loro pratica e la propensione a delinquere che aveva caratterizzato l'approccio del diritto penale pre-rivoluzionario⁴².

Il secondo periodo, tuttora in corso, venne in certo modo preparato da una serie di caute dichiarazioni dello stesso Fidel Castro sulla possibilità di incontro e di alleanza strategica tra credenti e rivoluzionari, nel corso degli anni Settanta e riferendosi per lo più a situazioni di altri paesi latino-americani. Negli anni Ottanta, il PCC si dotò di una *Oficina de Atención para los Asuntos Religiosos* (OAR, 1985) che – senza entrare nella polemica se costituisca uno strumento di conoscenza e studio o di propaganda e controllo, dato che può evidentemente essere l'uno o l'altro, o entrambi, secondo la volontà politica del partito – ha certamente aiutato l'interazione della dirigenza cubana con il mondo delle religioni, mentre si procedette a permettere lo svolgimento di alcune tradizionali forme devozionali afro-cubane, come la processione di S. Lazzaro⁴³, e, in campo cattolico, l'*Encuentro Nacional Eclesial Cubano* (ENEC, 1986) attraverso cui la Chiesa cattolica, dopo un periodo di basso profilo tenuto almeno dalla metà degli anni Sessanta, elaborò ed espresse una visione di comprensione ed apertura verso alcuni dei valori e delle realizzazioni rivoluzionarie, in particolare in materia di giustizia sociale⁴⁴. Il cambiamento di clima divenne particolarmente palpabile nel 1991, quando il IV Congresso del PCC modificò gli statuti del partito in modo da consentire l'ammissione di persone credenti ed avviò il processo di riforma costituzionale che si concluse l'anno successivo. Da allora, importanti passi si sono compiuti nel dialogo e nel rispetto reciproco tra istituzioni civili e religiose e, nel caso della Chiesa cattolica, il rilievo dato all'esperienza cubana è certamente sottolineato dal fatto che tutti i tre ultimi pontefici si sono recati in visita pastorale a Cuba, nonché dal ruolo discretamente tenuto dalla S. Sede nel tentativo di ottenere una normalizzazione dei rapporti tra Cuba e Stati Uniti, avviata con l'amministrazione Obama ma abbandonata da quella Trump. Non è questa la sede, né si avrebbe lo spazio, per dibattere delle cause di questo cambiamento: ci si concentrerà piuttosto sulla sua dimensione costituzionale e sui problemi che questa pone.

Come accennato sopra, sul piano costituzionale, la temporizzazione proposta non coincide con quella politica, pur naturalmente incrociandosi con essa.

⁴¹ J.I. Goldenziel, *op. cit.*, 187 ss., interpreta tale attitudine delle autorità cubane secondo la categoria del "corporativismo", come elaborata da Philippe Schmitter (v. *Still the Century of Corporatism?*, in *Review of Politics*, 1974, 85 ss.).

⁴² V. J.I. Goldenziel, *op. cit.*, 190.

⁴³ V. R. Orozco, N. Bolívar Aróstegui, *Cuba santa: comunistas, santeros, y cristianos en la isla de Fidel Castro*, Madrid, 1998, 473 ss..

⁴⁴ V. *Documento final del Encuentro Nacional Eclesial Cubano*, Roma, 1987.

Parrebbe plausibile identificare qui tre periodi, prima dell'adozione del nuovo testo costituzionale.

Il primo periodo va dal 1959 al 1976 e si caratterizza per una profonda ambiguità costituzionale. Infatti, con la Legge fondamentale del 7 febbraio 1959, adottata dal Consiglio dei ministri, entrò in vigore un testo che costituiva la sostanziale riedizione della Costituzione del 1940, ma che era stato modificato dall'Esecutivo provvisorio in modo da lasciare aperta la strada all'epurazione del regime precedente e, soprattutto, abolire ogni forma di controllo di costituzionalità, così da consentire ai nuovi governanti la realizzazione dei cambiamenti reputati necessari, senza esser limitati nelle proprie scelte da legami giuridici⁴⁵. Di fatto, la Legge fondamentale agì come una mera foglia di fico e non ostacolò in alcun modo gli sviluppi portati avanti dal governo rivoluzionario, non tutti compatibili col testo stesso. Da questo punto di vista, appare inutile re-illustrare le disposizioni relative al fenomeno religioso, che non furono modificate, ma neppure applicate. Peraltro, con la dichiarazione del carattere marxista-leninista della Rivoluzione, l'assenza (*de facto* se non *de jure*) di un testo costituzionale vincolante parrebbe assumere una più precisa connotazione ideologica. Se, in accordo con la teoria marxiana, il diritto (così come la religione) costituisce una sovrastruttura dei rapporti di produzione esistenti, è chiaro che la modifica di tali rapporti risulta prioritaria logicamente e cronologicamente alla costruzione della nuova legalità socialista, che potrà essere definita contenutisticamente solo alla luce dei nuovi rapporti di produzione realizzati. Donde, la tradizionale teorizzazione, già avanzata da Stalin nella relazione sul progetto di Costituzione sovietica del 1936, della costituzione come bilancio, pienamente coerente con il primato leninista del partito unico, detentore invece del potere di impulso politico e di elaborazione programmatica, concettualmente sovra-ordinato alla costituzione ed al diritto in genere, in un sostanziale rovesciamento del principio costituzionalistico dello Stato di diritto⁴⁶. Ed infatti, negli anni seguenti, la legge fondamentale fu continuamente modificata dall'Esecutivo, divenendo un mero strumento di lotta alle attività contro-rivoluzionarie ed allontanandosi sempre più dai contenuti garantistici originari del testo del 1940⁴⁷.

⁴⁵ V. B. Bernal Gómez, *Las Constituciones...*, cit., 30 ss.

⁴⁶ V. la celebre frase di Stalin "la costituzione non deve essere confusa con un programma", in P. Biscaretti di Ruffia, G. Crespi Reghizzi, *La costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milano, 1979, 431. È stato peraltro correttamente rilevato che, al di là della teorizzazione ufficiale, "nella realtà le costituzioni socialiste hanno sempre contenuto anche *disposizioni di natura direttiva e programmatica*" (cfr. G. De Vergottini, *Diritto pubblico comparato*, Padova, III ed., 1991, 617; corsivo dell'a.)

⁴⁷ V. B. Bernal Gómez, *Las Constituciones...*, cit., 32 ss. Sul ruolo della Legge fondamentale del 1959, è illuminante Y. Carrillo García, W. Mondelo García, *Marxismo, derecho, poder (Notas para un programa de investigación)*, in *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 16/2007, tesi 83, dove si afferma: "Fino a che punto la Legge Fondamentale abbia significato o meno il ristabilimento della Costituzione del 1940, è una questione problematica. Ma se ci atteniamo alle nuove idee secondo cui era necessario creare una nuova legalità, la legalità socialista, e rompere la legalità borghese anteriore, si può dedurre che la Legge Fondamentale *non fosse* la Costituzione, progressista sì, ma borghese, del 1940. Ciò può esser facilmente provato con la semplice lettura delle più importanti Leggi Rivoluzionarie, come quelle di Riforma Agraria I

La seconda fase si apre con l'adozione della prima Costituzione socialista (1976) e si chiude con gli emendamenti apportati alla stessa nel 1992. Realizzatosi il primo periodo di trasformazione della società cubana, risultava ora possibile, nella prospettiva del PCC, codificare una "legalità socialista", nella quale "la Costituzione e le leggi dello Stato socialista sono espressione giuridica delle relazioni socialiste di produzione" (art. 9). Il quadro complessivo della Costituzione del 1976 appariva pienamente in linea con quello delle coeve costituzioni delle democrazie popolari dell'Europa orientale e dell'URSS⁴⁸ (che stava approntando nello stesso periodo il nuovo testo costituzionale del 1977). Pertanto, i pochi riferimenti al fenomeno religioso in essa contenuti vanno necessariamente letti alla luce: 1) del principio generale dell'art. 61, che stabilisce il carattere attenuato e teleologicamente orientato dei diritti di libertà: "Nessuna delle libertà riconosciute ai cittadini può essere esercitata ... contro l'esistenza e i fini dello Stato socialista, né contro la decisione del popolo cubano di costruire il socialismo e il comunismo. L'infrazione di questo principio è punibile"⁴⁹; 2) dell'opzione filosofica centrale che lo Stato socialista adotta e di cui si fa promotore, "la concezione scientifica materialista dell'universo" (art. 54), ed alla quale informa tutta l'attività educativa e di insegnamento, al fine di "promuovere la formazione comunista delle nuove generazioni" (art. 38, c. 2, lett. c); 3) del possesso o del controllo, da parte dello Stato, di tutte le attività economiche e soprattutto del monopolio statale in materia di insegnamento (art. 38, c. 2, lett. b) e di proprietà dei mezzi di comunicazione (art. 52, c. 1, potendo in questo caso la proprietà essere anche "sociale"); 4) del carattere anti-garantistico che la riserva di legge può rivestire quando i principi costituzionali non sono chiaramente garantistici e non esiste nessuna forma di controllo di costituzionalità⁵⁰.

Alla luce di tutto questo, la libertà religiosa accennata all'art. 54 del testo del 1976 costituiva appena un esercizio di contenuta tolleranza da parte delle istituzioni socialiste, ed era ridotta alla mera professione di fede personale ed alla mera pratica culturale, quest'ultima pure da realizzarsi "nel rispetto della legge". Non solo, ma il c. 2 dello stesso articolo introduceva una prospettiva giurisdizionalistica, demandando alla legge la disciplina "dell'attività delle

e II, la Riforma Urbana, quelle sulla Nazionalizzazione, quelle che indirizzarono l'Offensiva Rivoluzionaria del 1968 e molte altre, necessarie al consolidamento del nuovo potere, che a pochi anni dalla sua promulgazione resero obsoleta ed inapplicabile la Legge Fondamentale" (corsivo degli aa.; reperibile all'indirizzo www.uv.es/CEFD/16/Carrillo.pdf).

⁴⁸ Come sottolinea A. Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, Milano, 2009, 155 ss.

⁴⁹ Principio generale ulteriormente ribadito, per es., a proposito della libertà di creazione artistica "purché il suo contenuto non sia contrario alla Rivoluzione" (art. 38, c. 2, lett. d) e della libertà di parola e di stampa "conforme ai fini della società socialista" (art. 52, c. 1). Il carattere teleologicamente orientato dei diritti era poi confermato dal fatto che i diritti di riunione, manifestazione e associazione non fossero riconosciuti a tutti, ma solo a quelle categorie di soggetti considerati costruttori attivi della società socialista: lavoratori manuali e intellettuali, contadini, donne, studenti e altri settori del popolo lavoratore (art. 53).

⁵⁰ Nel caso dell'art. 52, relativo alla libertà di parola e di stampa, per es., nel momento in cui tali libertà erano poste dallo stesso testo costituzionale sotto la condizione di doversi espletare in conformità coi fini della società socialista, il rinvio del c. 2, per cui "la legge regola l'esercizio di queste libertà", andava chiaramente a parare su una legge destinata a limitarle. Lo stesso dato testuale, per cui si "regola l'esercizio" e non si "tutela", depone in tal senso.

istituzioni religiose” e il c. 3 restringeva ulteriormente la libertà religiosa proibendo ogni forma di obiezione di coscienza⁵¹. Dato che una legge specifica in materia di associazioni religiose non venne mai adottata, il quadro giuridico della libertà religiosa risultava alla fine definito dagli artt. 237, 239-240 e 348 della l. n. 21 del 15/2/1979 (Cod. Pen.). Il primo, sotto l'intitolazione “Abuso della libertà di culto” riprendeva il divieto di obiezione di coscienza *ex art.* 54, c. 3, Cost., assortendolo solo delle pene previste. L'ultimo, sotto l'intitolazione “Delitto contro la libertà di culto”, sanzionava chi impedisse o disturbasse atti e cerimonie dei culti “registrati” e che si svolgessero “in osservanza delle disposizioni di legge”. Erano però gli artt. 239 e 240 a costituire la chiave di volta interpretativa, pur non trattando esplicitamente di confessioni religiose: sotto l'intitolazione “Associazioni, riunioni e manifestazioni illecite” questi articoli sanzionavano l'appartenenza ad associazioni non debitamente registrate e la partecipazione a riunioni e manifestazioni tenute in violazione delle disposizioni che ne regolano l'esercizio. Dato l'ampio margine di discrezionalità delle autorità pubbliche nella registrazione delle associazioni, una simile disposizione chiudeva pesantemente i pochi spiragli di tutela della libertà di culto aperti dall'art. 348, consentendo di reprimere le associazioni religiose non registrate e di condizionare pesantemente anche quelle registrate, attraverso una disciplina o un'interpretazione capziose del diritto di riunione e manifestazione. In fin dei conti, non era difficile identificare qualche intento o profilo anti-rivoluzionario o anti-socialista in associazioni che, essendo religiose, per definizione propugnano una concezione dell'universo diversa da quella scientifica materialistica che orientava il partito unico. Si aggiunga il pieno controllo dello Stato su altre attività potenzialmente connesse all'espressione della libertà religiosa (per es. l'edilizia e l'urbanistica, in relazione alla costruzione di luoghi sacri) e si avrà un quadro di totale dipendenza della libertà religiosa e di culto dal mero ben volere dello Stato.

Quella che si è definita sopra la “seconda fase” politica nell'evoluzione delle relazioni tra Stato cubano e confessioni religiose, corrisponde sostanzialmente alla sua terza fase costituzionale. Come accennato, nel 1991 il IV Congresso del PCC diede l'*input* politico per l'avvio di un processo di riforma costituzionale che si concluse l'anno successivo e che ebbe come principale caratteristica il tentativo, sia pur nella piena fedeltà al sistema esistente, di allargarne le basi di consenso⁵².

⁵¹ L'art. 54 della Costituzione del 1976, nella sua redazione originaria, recitava: “1. Lo Stato socialista, che fonda la sua attività ed educa il popolo nella concezione scientifica materialista dell'universo, riconosce e garantisce la libertà di coscienza, il diritto di ognuno a professare qualsiasi credenza religiosa ed a praticare, nel rispetto della legge, il culto di suo riferimento.

2. La legge disciplina le attività delle istituzioni religiose.

3. È illegale e punibile opporre la fede o la credenza religiosa alla Rivoluzione, all'educazione o al compimento dei doveri di lavorare, difendere la patria con le armi, onorarne i simboli, ed agli altri doveri stabiliti dalla Costituzione”.

⁵² Non si ha qui la possibilità di un'analisi dettagliata, ma si può rilevare, per es., l'ampliamento dell'art. 1, nel quale si definiva la Repubblica di Cuba, dal secco e molto ortodosso “Stato socialista di operai e contadini ed altri lavoratori manuali ed intellettuali” (1976) al più ampio (e fumoso) “Stato socialista di lavoratori, indipendente e sovrano, organizzato con tutti e per il bene di tutti come repubblica unitaria e democratica, per il godimento della libertà politica, della giustizia sociale, del benessere individuale e collettivo e della solidarietà umana” (1992).

In tale sede, risultarono importanti le modifiche relative alla libertà religiosa e al rapporto tra Stato e confessioni religiose. In primo luogo, vi fu l'aggiunta di un nuovo art. 8, formulato in modo da recuperare la tradizione separatista del Paese: "Lo Stato riconosce, rispetta e garantisce la libertà religiosa. Nella Repubblica di Cuba, le istituzioni religiose sono separate dallo Stato. Le diverse credenze e religioni godono di uguale considerazione". La sua collocazione nel I cap. (Fondamenti politici, sociali ed economici dello Stato) costituiva senza dubbio un riconoscimento del carattere strutturale della presenza del fenomeno religioso nella società e poteva anche suggerire l'idea che il partito avesse rinunciato al proposito di estirpare tale fenomeno, sia pur solo per via educativa e pedagogica. Tra le conseguenze di questo riconoscimento, il successivo art. 42 inseriva nella clausola anti-discriminatoria anche la differenza di "credenze religiose" come elemento insuscettibile di giustificare la discriminazione.

Alcune novità recava l'art. 55 (ex art. 54) sulla libertà religiosa. Scomparso ogni riferimento al materialismo scientifico (come nel resto del testo, per lo meno come riferimento diretto), lo Stato "che riconosce, rispetta e garantisce la libertà di coscienza e di religione, riconosce, rispetta e garantisce al contempo la libertà di ogni cittadino di cambiare credenza religiosa o di non averne alcuna, e di professare, nel rispetto della legge, il culto religioso di sua preferenza". In un tentativo di avvicinarsi alle formulazioni neutralistiche tipiche del costituzionalismo democratico più recente, si era così ampliata la libertà di coscienza con la specifica della libertà di religione (concetto che, rispetto alla coscienza, non fa riferimento solo al foro interno del credente, ma anche alle forme organizzate e strutturate in cui le religioni storiche si inverano) e si era proceduto a tutelare di converso la libertà di cambiare religione e quella di non averne. Netta l'evoluzione del comma successivo, dove si rinviava alla legge non più per disciplinare "le attività delle istituzioni religiose" (1976), ma per regolare "le relazioni dello Stato con le istituzioni religiose". Nel complesso, sul piano oggetto del presente studio, la riforma del 1992 sembra aver voluto innanzi tutto dare pieno riconoscimento alle confessioni religiose come elementi costitutivi della società cubana e come soggetti con cui le istituzioni cubane si debbono in ogni caso relazionare.

Tuttavia, si è visto sopra come, nel caso della redazione originaria della Costituzione del 1976 (e invero di tutte le costituzioni che adottano uno specifico orientamento filosofico) le cose più importanti sulle religioni vengano spesso dette dove non si parla di esse. Vale allora la pena provare a riproporre la griglia d'analisi utilizzata sopra, per rilevare che, nella versione del 1992: 1) il carattere attenuato e teleologicamente orientato dei diritti di libertà era confermato dall'art. 62, che

Oppure, fermi restando il primato e i fini del PCC, il passaggio della sua definizione nell'art. 5 da "avanguardia organizzata marxista-leninista della classe operaia" (1976) a "partito ... martiano [cioè legato al patrimonio ideale di José Martí, *ndt*] e marxista-leninista, avanguardia organizzata della nazione cubana" (1992). Inoltre, dall'art. 7, relativo alle organizzazioni sociali e di massa, scompariva il puntiglioso elenco di quelle che erano le organizzazioni fiancheggiatrici del partito unico, come a suggerire che l'appoggio statale potesse estendersi più ampiamente.

manteneva lo stesso testo del precedente art. 61⁵³; 2) scompariva ogni riferimento diretto al materialismo scientifico, ma lo Stato cubano non assumeva per questo una postura neutralista, essendo comunque impegnato, sotto la guida del PCC, a realizzare “la costruzione del socialismo e il progresso verso la società comunista” (art. 5) e basando in ogni caso l’attività educativa e di insegnamento “sui progressi della scienza e della tecnica, sul bagaglio ideale marxista e martiano, sulla tradizione pedagogica progressista cubana e universale” (art. 39, c. 2, lett. a)), sempre al fine di “promuovere l’educazione patriottica e la formazione comunista delle nuove generazioni” (art. 39, c. 2, lett. c)); 3) permanevano il possesso o il controllo, da parte dello Stato, di tutte le attività economiche e soprattutto il monopolio statale in materia di insegnamento (art. 39, c. 2, lett. b)) e di proprietà dei mezzi di comunicazione (art. 52, c. 1, potendo in questo caso la proprietà essere anche “sociale”); 4) si potevano inoltre confermare anche le considerazioni precedenti in materia di riserva di legge e di assenza di un controllo giurisdizionale indipendente di costituzionalità.

A tutto questo, va poi aggiunto che, tra il 1992 e il 2019, il quadro di contorno descritto sopra non aveva subito modifiche di rilievo. Nessuna legge sui culti era stata adottata e l’adozione del nuovo Codice Penale (l. n. 62 del 29 dicembre 1987, entrata in vigore il 30 aprile 1988) aveva conservato identici, variando solo la numerazione e rimodulando le pene, i quattro articoli sopra menzionati (oggi artt. 206, 208-209 e 294), per cui quel divieto di obiezione di coscienza che nel 1992 era sparito dall’art. 55 Cost. permaneva per tutto il periodo (e permane tuttora) sotto forma dell’art. 206 Cod. Pen., formulato quasi alla lettera come il precedente art. 54, c. 3, Cost. In realtà, quindi, in tutto questo periodo la discrezionalità d’azione degli organi dello Stato nei confronti delle confessioni religiose ha continuato a sussistere, mentre ciò che è cambiato sembra piuttosto essere la politica governativa in materia, e non realmente *erga omnes*, quanto miratamente. Tale cambiamento è stato certamente influenzato dalla necessità di trovare interlocutori e forme di legittimazione nuovi dopo che il crollo del blocco sovietico aveva causato una grave crisi sul piano identitario, economico e delle relazioni internazionali e dato che il mantenimento dell’embargo statunitense rischiava di far fallire l’economia cubana. Tuttavia, chi scrive è dell’avviso che sarebbe fuorviante considerare la riforma del 1992 come un mero *maquillage* volto ad ingannare interlocutori ingenui; essa è parsa esprimere un’autentica presa di coscienza di alcuni limiti della precedente impostazione ideologica ma, in assenza di un effettivo pluralismo politico e del dibattito aperto che ne sarebbe derivato, quest’ultima ha continuato inevitabilmente a condizionare ed orientare le categorie interpretative degli organi del potere statale.

⁵³ Permanevano immutati anche gli esempi portati in precedenza, a proposito della libertà di creazione artistica “purché il suo contenuto non sia contrario alla Rivoluzione” (art. 39, c. 2, lett. ch)), della libertà di parola e di stampa “conforme ai fini della società socialista” (art. 53) e dell’attribuzione selettiva dei diritti di riunione, manifestazione ed associazione (art. 53).

4. Il nuovo testo costituzionale

La Costituzione del 2019 segna un'altra tappa importante, ma dagli esiti contraddittori, nel tentativo di cercare una via originale per aprire ad alcuni apporti del costituzionalismo democratico senza per questo rinunciare all'*acquis révolutionnaire*. Ancora una volta, l'auto-qualificazione dello Stato cubano subisce una modifica, con l'introduzione del concetto di "Stato socialista di diritto e giustizia sociale" (art. 1), che apre non poche difficoltà esegetiche. È chiaro che, se si applicano rigorosamente i concetti di "Stato di diritto", per come esso si è venuto precisando nelle liberal-democrazie contemporanee, e di "Stato socialista", per come esso è stato teorizzato ed applicato nei Paesi del c.d. "socialismo reale", la precedente espressione è un ossimoro, caratteristica del primo essendo l'assoggettamento degli organi del potere pubblico e della loro volontà politica al diritto e caratteristica del secondo essendo l'assoggettamento della produzione e dell'applicazione del diritto alla volontà politica superiore del partito. Ossimoro che potrebbe sciogliersi nella supposizione che si consideri lo Stato socialista già pienamente realizzato e pertanto la nuova legalità socialista come mera espressione della necessità di difenderne le acquisizioni contro ogni minaccia. Ma tale prospettiva appare contraddetta dallo stesso art. 13 Cost., secondo cui tra i fini essenziali dello Stato vi è quello di "dirigere gli sforzi della nazione nella costruzione del socialismo", obiettivo che non risulta quindi ancora pienamente realizzato. La definizione sembrerebbe allora il frutto della ricerca di una via originale, nella quale, come accennato sopra, si cerca di iniettare alcuni elementi del garantismo liberal-democratico in una struttura di potere "altra", saldamente intesa a difendere le acquisizioni della propria esperienza storica, effettivamente rilevanti, specie sul piano sociale, ma ottenute spesso a prezzo del soffocamento delle libertà individuali.

Nel nuovo testo, la parte relativa alla libertà religiosa e al rapporto tra Stato e confessioni religiose, che già era stata oggetto degli interventi del 1992, non subisce modifiche di importanza equiparabile a quella di altre parti della Costituzione, ma trova comunque una miglior sistematizzazione. Per quanto riguarda i rapporti tra Stato e confessioni religiose, l'art. 15 (successore del precedente art. 8) accoglie per la prima volta la definizione di Cuba come Stato "laico", attribuzione che già veniva utilizzata nella comunicazione politica e negli studi giuridici dopo la riforma del 1992, a significare l'abbandono dell'ideologia dell'ateismo di Stato, ma che non aveva ancora trovato posto nel testo costituzionale. Da qui un'ulteriore enfasi sull'equidistanza dello Stato dai diversi soggetti religiosi e – innovativamente – filosofici: mentre i cc. 1 e 3 replicano il testo del 1992, il nuovo c. 2 afferma infatti: "Lo Stato cubano è laico. Nella Repubblica di Cuba le istituzioni religiose e le associazioni di fraternità sono separate dallo Stato ed hanno tutte gli stessi diritti e doveri". Orbene, sotto la definizione generale di "associazioni di fraternità", oltre ad alcune forme organizzative cristiane o delle religioni afro-cubane, possono rientrare anche le logge massoniche, i rapporti del partito con le quali sono significativamente tenuti dalla stessa OAAR che si occupa delle istituzioni religiose. Il riferimento alle

credenze religiose rimane nella nuova clausola anti-discriminatoria (art. 42) che si arricchisce nel rifiuto di molteplici forme di discriminazione, la cui barocca e ripetitiva elencazione si avvicina molto a quella delle più recenti Costituzioni latino-americane⁵⁴. Per quanto riguarda il diritto di libertà religiosa, l'art. 55 si sdoppia in un art. 54 espressamente dedicato alla libertà di pensiero, coscienza ed espressione ed un art. 57 riservato alla libertà religiosa. Significativamente, è nell'art. 54 che ritorna un riferimento all'obiezione di coscienza (così autonomizzata dalla sua eventuale dimensione religiosa e riconosciuta quindi anche in base ad altri sistemi di valori) che "non può essere invocata col proposito di evitare l'applicazione della legge o impedire ad altri di applicarla o di esercitare i propri diritti", con forte attenuazione delle limitazioni stabilite dalla Cost. 1976 e, ancora oggi, dal Codice Penale. L'art. 57 introduce tre innovazioni sul tessuto del precedente testo: da un lato il riconoscimento del diritto ad "ogni persona" e non più solo ad "ogni cittadino" (peraltro già il precedente art. 34 estendeva agli stranieri il godimento dei diritti riconosciuti in Costituzione, ma "alle condizioni e nei limiti di legge", il che poteva comportare modulazioni); d'altro lato, l'introduzione del dovere di rispetto verso le altre religioni; infine, parlandosi di diritto a "praticare la religione di propria preferenza", anziché a "professare il culto religioso di propria preferenza", la tutela parrebbe estendersi dal mero culto all'insieme delle attività, anche non culturali, legate all'appartenenza religiosa.

698

Nel complesso, la rielaborazione della parte di Costituzione relativa ai diritti di libertà è senza dubbio significativa. Altri contributi del presente volume la analizzano a fondo, ma in questa sede si prova a riepilogarne alcuni aspetti nella prospettiva di capire quali evoluzioni si prospettino per la libertà religiosa e i rapporti tra Stato e confessioni religiose. Tornando quindi ad utilizzare i parametri identificati in precedenza, si può riscontrare: 1) il carattere attenuato e teleologicamente orientato dei diritti di libertà parrebbe a prima vista superato nella formulazione dell'art. 41, secondo cui si "riconosce e garantisce alla persona il godimento e l'esercizio irrinunciabile, imprescrittibile, indivisibile, universale e interdipendente dei diritti umani", e forse in quella dell'art. 45, secondo cui "l'esercizio dei diritti delle persone è limitato solo dai diritti degli altri, dalla sicurezza collettiva, dal benessere generale, dal rispetto dell'ordine pubblico, della Costituzione e delle leggi". È però vero che tra questi ultimi limiti ve ne sono alcuni di definizione molto generica (specie sicurezza collettiva e benessere generale), ampiamente suscettibili di un'interpretazione politicamente orientata; ed infatti, le vecchie limitazioni rispuntano, per es., nell'art. 55, dove l'esercizio della libertà di stampa deve conformarsi non solo alla legge, ma anche "ai fini della società"⁵⁵; 2) permane l'impegno dello Stato cubano a realizzare, sotto la guida del PCC, "la costruzione del socialismo e il progresso verso la società comunista" (art. 5). Viene

⁵⁴ Si vedano per es. le ridondanti formule anti-discriminatorie dell'art. 11, n. 2, della Costituzione ecuadoregna del 2008, o dell'art. 14, c. 2, della Costituzione boliviana del 2009.

⁵⁵ Per quanto riguarda gli esempi portati in precedenza, i diritti di riunione, manifestazione ed associazione sono finalmente riconosciuti *erga omnes*, anche se circondati da ampie cautele, potendosi realizzare "per fini leciti e pacifici" e dovendosi esercitare "nel rispetto dell'ordine pubblico e delle prescrizioni di legge" (art. 56).

meno il riferimento dell'attività educativa e di insegnamento al bagaglio ideale marxista e martiano, sostituito dal loro carattere "laico"; queste continuano però ad essere orientate (e non solo fomentate e promosse) dallo Stato, in base alla "tradizione pedagogica progressista cubana e universale" nonché ai "principi e valori della società" cubana (art. 32, cc. 1 e 2, lett. *a-b*)), sebbene non si miri più a promuovere la formazione comunista delle nuove generazioni; 3) il possesso delle attività economiche si articola parzialmente ai sensi dell'art. 22, fermo restandone il controllo da parte dello Stato, mentre il monopolio statale in materia di insegnamento permane e la proprietà dei mezzi di comunicazione viene precisata come statale o delle organizzazioni politiche, sociali e di massa (art. 55, c. 2), il che però non amplia necessariamente il pluralismo, dato che fino ad oggi sono state definite come tali solo le organizzazioni fiancheggiatrici del partito unico, e che quest'ultimo continua a rimanere unico. A questo va però aggiunto il riconoscimento del diritto di proprietà delle istituzioni e forme associative per "fini di carattere non lucrativo", il che potrebbe fornire tutela costituzionale alla proprietà di luoghi di culto e locali per attività ricreative o assistenziali da parte di confessioni religiose; 4) da ultimo, non si può non sottolineare che il notevole sforzo di ampliamento, precisazione ed estensione a tutti dei diritti di libertà si accompagna all'introduzione di un nuovo articolo 7 che definisce chiaramente la Costituzione come "la norma giuridica suprema dello Stato". Purtroppo però a ciò non si accompagna la predisposizione di un adeguato sistema di tutela della stessa. Proprio laddove si definisce il delicatissimo punto di chiusura del sistema, il nuovo testo rimette tutto nelle mani del partito unico: il controllo sulla costituzionalità delle leggi e di diversi altri atti, finalmente istituito, è però un controllo rigorosamente politico, in quanto viene esercitato dal Parlamento (art. 108, lett. *e, g-h*)⁵⁶ e in parte, con poteri di proposta ma non decisori, dal Presidente della Repubblica (art. 128, lett. *a, n*) o, verso le decisioni dei governatori provinciali, dal Consiglio dei Ministri (art. 137, lett. *a, r*). La confusione tra controllato e controllore sarebbe totale già solo sul piano strutturale, assegnandosi il potere di controllo agli organi che hanno adottato o proposto la maggior parte degli atti eventualmente sotto esame. Se poi si aggiunge che il carattere mono-partitico del sistema fa sì che i controllori-controllati, oltre ad appartenere alla stessa, unica, forza politica, ne costituiscano anche la *leadership*, non può non concludersi che tutto quanto scritto in Costituzione in materia di diritti di libertà (ivi compresa quella di religione) continui ad apparire destinato a dipendere solo ed esclusivamente dalla volontà politica del partito⁵⁷.

⁵⁶ Il quale detiene anche il potere di fornire un'interpretazione autentica delle leggi (art. 108, lett. *b*)).

⁵⁷ Anche gli artt. 206, 208-209 e 294 Cod. Pen., di cui si è fatta menzione sopra, permangono in vigore e possono quindi continuare a dispiegare gli effetti già prodotti finora. Si preferisce però in proposito sospendere ogni giudizio, giacché nel momento in cui scriviamo siamo ancora ben lontani dalla scadenza dei termini previsti dalle disposizioni transitorie della nuova Costituzione per l'aggiornamento della legislazione nelle direzioni indicate dalla Costituzione, ad opera dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare.

5. Riflessioni conclusive

Appare difficile, alla luce dell'analisi condotta sul testo costituzionale, avanzare delle ipotesi su come possa disegnarsi, domani, la laicità delle istituzioni cubane.

Già di per sé il concetto di laicità dello Stato è ben lungi dall'essere univoco. La rigida separazione ed equidistanza dello Stato dalle confessioni religiose, espressa dal I Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, sottintendeva infatti una percezione comunque positiva del fenomeno religioso e la sola attenzione ad evitare che, come accadeva all'epoca in Europa, una presa di posizione dello Stato a favore di questa o quella confessione potesse portare ad insanabili divisioni civili che si sarebbero ripercosse sulla tenuta stessa delle istituzioni costituzionali. Ma negli Stati Uniti questa separazione si accompagna a una rigorosa libertà di pensiero e propaganda religiosa, alla libertà delle confessioni da qualsivoglia autorizzazione amministrativa per la propria esistenza o per la possibilità di operare, a un sistema di libero finanziamento delle stesse e dei loro mezzi di comunicazione in un contesto di economia di mercato, tutte condizioni difficili da ravvisare oggi a Cuba.

L'opzione francese di lasciare lo spazio dei poteri pubblici libero da simbologie, espressioni e valori religiosi, mirava a sancire l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e a costruire un tessuto etico e civico comune, ma ancora in un contesto di piena libertà di pensiero e di espressione e di ampia possibilità di accesso a finanziamenti e mezzi di comunicazione. Anche quando la legge del 1905 sulla separazione finì per equiparare giuridicamente le confessioni religiose e le loro forme organizzative alle associazioni di diritto comune, questo avveniva in un contesto in cui tali associazioni, una volta istituite, avevano ampie possibilità di azione che le associazioni cubane di qualsiasi tipo non hanno perché il complesso della gestione economica e l'accesso ai mezzi di comunicazione sono sotto stretto controllo governativo.

La laicità in versione italiana, tedesca, spagnola, in cui lo Stato è equidistante dalle confessioni religiose ma stabilisce con esse degli accordi, presuppone ancora confessioni religiose pienamente libere nella propria organizzazione interna e nello sviluppo delle proprie "politiche" ecclesiali, ma soprattutto presuppone il riconoscimento delle formazioni sociali in genere come soggetti di diritti pienamente riconosciuti dallo Stato e, pur nel rispetto delle leggi, in grado di porsi come suoi interlocutori, cosa che nell'attuale panorama cubano non appare sufficientemente garantita, lo Stato rimanendo detentore ultimo (e comunque secondo le indicazioni del partito) della scelta di accordare o meno diritti e possibilità di espressione alle formazioni sociali. Peraltro, anche prima della Rivoluzione castrista, nonostante la posizione peculiare della S. Sede, la cui personalità giuridica di diritto internazionale è comunemente riconosciuta, l'indirizzo separatista aveva sempre portato a rifiutare l'ipotesi di un Concordato.

Nella Turchia di Atatürk, poi, si realizzò un ulteriore e diverso concetto di laicità dello Stato, in cui le istituzioni statali non erano affatto equidistanti dai diversi sistemi di valori religiosi e/o filosofici, ma si facevano portatrici di una precisa opzione filosofica di Stato, quella di un positivismo scienziato convinto ed

intenzionato ad estirpare il fenomeno religioso, non tanto attraverso persecuzioni attive, quanto attraverso limitazioni e controlli della libertà d'azione delle confessioni religiose e attraverso la formazione scientista delle giovani generazioni. In un simile contesto, come in ogni occasione in cui lo Stato si faccia portatore di una scelta ideologica propria, l'educazione diviene il grande campo di confronto tra Stato e istituzioni religiose. Ma, paradossalmente, dato che la repubblica turca succedeva all'Impero Ottomano e la popolazione turca era quasi esclusivamente musulmana, il regime atatürkista poté contare sull'assenza di distinzione tra potere civile e religioso, tradizionale del mondo sunnita, per assumere anche la guida dell'Islam turco, al fine però di piegarlo alla propria ideologia.

A Cuba si può ritrovare, del caso turco, soltanto uno Stato che ha compiuto una precisa opzione filosofica, diversa ma anch'essa in origine anti-religiosa e orientata ad una politica educativa scientista. Però dagli anni Novanta ad oggi questi aspetti si sono andati attenuando e il regime sembra necessitare di un miglioramento del proprio rapporto con le confessioni religiose, tra l'altro anche per poter accreditare all'esterno un'immagine di apertura che gli consenta di superare le pesanti conseguenze dell'embargo statunitense e stabilire un sistema di relazioni internazionali sufficientemente ampio da permettere la sopravvivenza del sistema. Resta però il fatto che, come si è dimostrato sopra, anche con l'attuale testo costituzionale il partito unico conserva intatta la possibilità di anteporre la volontà politica alle garanzie costituzionali. Appare quindi difficile che la ventura laicità dello Stato cubano assomigli a qualcuno dei modelli sopra indicati: se la libertà religiosa dipende ancora dalla politica più che dal diritto, ma al contempo il partito versa nella necessità di non inimicarsi le confessioni religiose, la ventura laicità dello Stato cubano sarà quella che, passo passo e senza parere, verrà costruita dal partito d'intesa con le confessioni religiose disposte a dialogare con esso.

I diritti politici nella Costituzione cubana del 2019

di *Giammaria Milani*

Abstract: The Political Rights in the Cuban Constitution of 2019 – The purpose of this article is to analyse the rules concerning political rights in Cuba, answering five fundamental questions: How did the recognition of political rights develop in Cuba? What is the reason behind the current configuration of these rights? In which part of the Constitution are political rights regulated? Who are the holders of political rights? And finally, what political rights are recognized by the Constitution of Cuba?

Keywords: Cuba, Constitution, Political Rights, Pluralism, Social State

1. Introduzione

L'assetto costituzionale di Cuba è stato profondamente revisionato nel 2019, mediante l'introduzione di novità riguardanti sia la forma di governo che l'apparato dei diritti e dei doveri. Tali novità non hanno comunque intaccato, almeno da un punto di vista formale, la forma di Stato cubana, che continua ad essere quella socialista ("di diritto", originale specificazione, quest'ultima, aggiunta proprio nel 2019).

Dopo aver ricordato nel Preambolo le ragioni storiche e ideologiche della costruzione del socialismo sull'Isola, la Costituzione definisce infatti Cuba, all'art. 1, come uno "Stato socialista di diritto e di giustizia sociale, democratico, indipendente e sovrano". La dottrina che ha studiato i caratteri di tale forma di Stato, ne ha sottolineato la complessità e l'ambiguità rispetto al costituzionalismo di matrice liberale¹, del quale in effetti riprende non pochi elementi, affiancati tuttavia da apporti originali già sul piano formale e, a maggior ragione, su quello sostanziale.

Tra gli aspetti di originalità dello Stato socialista, si è soliti includere il rigetto del pluralismo politico, che rappresenta senza dubbio una delle caratteristiche più evidenti e più durature delle costituzioni di matrice socialista². L'assenza, *rectius* l'espreso rifiuto delle forme di pluralismo politico ha conseguenze fondamentali sia sulla forma di governo socialista sia sulla *parte*

¹ Vedi P. Carrozza, *Il diritto socialista*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2019, 631.

² *Ibidem*, 630, fa riferimento alla separazione dei poteri e al pluralismo politico e ideologico quali elementi più significativi di discontinuità rispetto allo Stato di derivazione liberale, del quale invece lo Stato socialista riprende altri principi, come la libertà personale e l'uguaglianza.

dogmática della Costituzione cubana, e segnatamente sul riconoscimento dei diritti politici. Nello Stato di derivazione liberale, il principio pluralista ha infatti un ruolo di primo piano con riguardo ai diritti di partecipazione politica, che si sostanziano principalmente nella libertà di associazione politica e nel diritto di voto.

Il collegamento mancante tra pluralismo e diritti politici non può non avere effetti decisivi su significato, contenuto e portata di questi ultimi. Lo scopo di questo articolo è quello di analizzare tali aspetti, compito che sarà svolto rispondendo a cinque domande fondamentali: come si sono sviluppati i diritti politici a Cuba? Qual è la ragione dietro l'attuale configurazione di tali diritti? In che parte della Costituzione sono disciplinati i diritti politici? Chi sono titolari dei diritti politici? E, infine, quali diritti politici sono riconosciuti dalla Costituzione di Cuba?³

2. When? Ovvero dell'evoluzione storica dei diritti politici

Non è possibile analizzare l'attuale configurazione dei diritti politici a Cuba senza partire dall'esame dell'evoluzione storica del costituzionalismo cubano e del diverso ruolo che i diritti di partecipazione politica hanno assunto con il mutare del quadro costituzionale.

La storia costituzionale cubana è complessa, potendosi articolare perlomeno in tre periodi, quello coloniale, quello indipendentista e quello repubblicano, i quali a loro volta si sono evoluti in maniera sempre frastagliata. Se l'Isola ha seguito, ben oltre la metà del XIX secolo, le sorti e le vicissitudini del costituzionalismo spagnolo⁴, è a partire dal 1869 che, attraverso l'approvazione delle *constituciones mambisas*⁵, la lotta per l'indipendenza ha prodotto effetti sull'evoluzione costituzionale del Paese⁶. Il periodo repubblicano, avviato a seguito dell'indipendenza ottenuta dalla Spagna nel 1898, è a sua volta ulteriormente

³ Il riferimento è, evidentemente, alla regola delle *5W's*, tipica del giornalismo anglosassone.

⁴ In particolare, si è soliti citare la Costituzione spagnola di Cadice, approvata nel 1812, come prima Costituzione vigente sul territorio di Cuba. Cfr. art. 1: "La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios"; art. 10: "El territorio español comprende (...). En la América septentrional: Nueva España con la Nueva-Galicia y península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar. (...)".

⁵ Il termine "*mambí*" è utilizzato in riferimento alla guerriglia indipendentista sviluppatasi a Cuba proprio a partire dalla metà del XIX secolo. Il ciclo del *constitucionalismo mambí*, ovvero *de la República en armas*, è stato scandito dall'adozione di quattro costituzioni, le quali prendono il nome dalle città nelle quali sono state proclamate: Constitución de Guáimaro (1869); Constitución de Baraguá (1878); Constitución de Jimaguayú (1895); Constitución de la Yaya (1897). La Costituzione cubana del 2019 fa riferimento all'origine *mambisa* del costituzionalismo cubano, ricordando che l'attuale testo è stato adottato "a ciento cincuenta años de nuestra primera Constitución mambisa, aprobada en Guáimaro el 10 de abril de 1869".

⁶ Sull'evoluzione del costituzionalismo cubano precedente all'indipendenza si vedano C.M. Rodríguez Arechavaleta, *Del constitucionalismo republicano al autoritario en el siglo XX cubano*, in R. Rojas, V.C. Bobes, A. Chaguaceda (a cura di), *El cambio constitucional en Cuba*, Ciudad de México, 2017, 25 ss.; R. Rojas, *La tradición constitucional hispanoamericana y el excepcionalismo cubano*, in R. Rojas, V.C. Bobes, A. Chaguaceda (a cura di), *El cambio constitucional en Cuba*, cit., 58 ss.; G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, Torino, 2015, 23 ss.

scindibile in tre fasi, coincidenti con altrettanti testi costituzionali ispirati da sistemi ideologici assai divergenti⁷.

La prima di queste costituzioni, approvata nel 1901, segna l'approdo sull'Isola del costituzionalismo liberale. Rimasta in vigore fino al 1934, ovvero fino al primo colpo di stato di Fulgencio Batista, la prima Costituzione post-indipendenza introduce una forma di governo presidenziale, basata su una rigida separazione dei poteri, e un catalogo dei diritti e delle libertà chiaramente ispirato al costituzionalismo liberale.

Pochi anni dopo il primo colpo di stato, nel 1940, Cuba approva una nuova Costituzione, questa volta di stampo sociale. La nuova legge fondamentale è una costituzione lunga, composta da 246 articoli, i quali introducono novità importanti tanto sul piano istituzionale come in relazione al riconoscimento e alla tutela dei diritti; in particolare, viene prevista in quel testo la creazione di un Tribunale costituzionale e viene dato ampio spazio non soltanto alla tutela dei diritti civili e politici, ma anche a quelli di carattere sociale. Ancora una volta è un colpo di stato, sempre operato da Batista, a causare nel 1952 la sospensione dell'ordine costituzionale.

La situazione cambia radicalmente a partire dal 1959, anno della rivoluzione comunista a Cuba. La nuova forma di Stato è dapprima regolata dalla Legge fondamentale del governo rivoluzionario, che viene approvata quell'anno e avvia il periodo della *Provisionalidad Revolucionaria*⁸, e in seguito cristallizzata nella Costituzione socialista di Cuba, adottata nel 1976 al culmine della *Institucionalización de la Revolución*⁹. Da quel momento, il Paese si è quindi dotato di una Costituzione che, sebbene modificata più volte anche prima del 2019¹⁰,

⁷ Sull'evoluzione costituzionale cubana, a partire dall'indipendenza, si vedano, tra gli altri A. Matilla Correa, *Unas líneas (preliminares para un libro) con motivo de los cuarenta años de vigencia de la Constitución cubana de 1976*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 8; B. Bernal, *Las constituciones de Cuba Republicana*, Miami, 2003, 7 ss.; M. Rodríguez Arechavaleta, *Del constitucionalismo republicano al autoritario*, cit., 28 ss.; R. Rojas, *La tradición constitucional hispanoamericana*, cit., 63 ss.; G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 23 ss.

⁸ Su procedimento e contenuto della Legge fondamentale del 1959 si veda, tra gli altri, B. Bernal, *Las constituciones de Cuba Republicana*, cit., 32 ss.

⁹ Sulla costituzione del 1976 come istituzionalizzazione della rivoluzione socialista e fine dello stato di provvisorietà si vedano, tra i tanti, M. Prieto Valdés, *Cuba, su desarrollo constitucional posterior a 1959 y su diseño político*, Conferencia pronunciada en Aula Magna, La Habana, 2004; M.L. Zaldívar Abad, *Poder y proceso constituyente en Cuba (1974-1976): ¿primigenia plataforma participativa hacia un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano?*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976*, cit., 22; D. Moya-Espinosa, *Constitución Socialista de la República de Cuba de 1976. Inicio del Proceso de Institucionalización del Estado Cubano*, in Santiago, 2017, 276; J.A. Méndez López, D. Cutié Mustelier, *La Constitución cubana de 1976: entre la estabilidad y el cambio*, in A.M. Álvarez-Tabío Albo, A. Matilla Correa (a cura di), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, La Habana, 2011, 157.

¹⁰ In particolare, la Costituzione del 1976 è stata sottoposta a tre procedimenti di revisione prima del 2019: il primo emendamento, di entità minore, ha riguardato l'art 10, tramite la modifica del nome della già Isla de Pinos in Isla de la Juventud; la revisione più ampia è stata la seconda, approvata nel 1992 come reazione alla crisi del costituzionalismo socialista seguita alla dissoluzione dell'Unione sovietica, la quale ha comportato tra l'altro una timida apertura del modello economico cubano e alcuni cambiamenti relativi alla forma di governo; la terza modifica, approvata nel 1992, ha riguardato un numero limitato di articoli ma ha introdotto disposizioni significative riguardanti l'intangibilità e irreversibilità del socialismo e del sistema sociopolitico cubano. J.A. Méndez López, D. Cutié Mustelier, *La Constitución cubana de 1976*,

continua a trovare nel socialismo la sua ideologia fondamentale¹¹.

L'evoluzione costituzionale cubana ha evidentemente prodotto effetti sul piano del riconoscimento e della tutela dei diritti e, in questo ambito, dei diritti politici¹². Limitandoci all'esame dei tre cicli costituzionali post-indipendenza, possiamo in generale osservare la coerenza tra la disciplina dei diritti e l'ideologia costituzionale adottata e sviluppata.

La Costituzione del 1901, espressione del costituzionalismo liberale che caratterizzava anche le altre esperienze latinoamericane in quel periodo, garantisce principalmente diritti di tipo individuale, e segnatamente quelli civili e politici. In particolare, con riguardo a questi ultimi, la sezione II del titolo IV, nel disciplinare il "Diritto al suffragio", prevede soluzioni senz'altro all'avanguardia come il suffragio universale maschile (art. 38) e la tutela delle minoranze con riguardo all'esercizio del diritto di voto (art. 39).

Il passaggio al costituzionalismo sociale provoca importanti cambiamenti nel contenuto del catalogo dei diritti. In tal senso, non solo è presente, nella Costituzione del 1940, un lungo elenco di diritti economici e sociali, con titoli dedicati alla famiglia, alla cultura, al lavoro e alla proprietà, ma si introduce altresì una disciplina assai più dettagliata di tutti i diritti, ivi compresi quelli politici. La sezione I del titolo VII, dedicato al "Suffragio" prevede significative novità, tra le quali la previsione dell'istituto del referendum (art. 98), il riconoscimento del suffragio universale maschile e femminile (art. 99) e l'espressa garanzia della libertà di associazione in partiti politici (art. 102).

Il terzo e ultimo ciclo costituzionale post-indipendenza, quello socialista, è caratterizzato, come detto, da un radicale mutamento della forma di Stato cubana, e dalla conseguente riconfigurazione del contenuto e del significato dei diritti costituzionali. Infatti, come si vedrà meglio nei prossimi paragrafi, l'ideologia socialista alla base della Costituzione del 1976 provoca effetti importanti sul catalogo dei diritti, segnatamente attraverso la chiara precedenza e prevalenza dei diritti sociali ed economici su quelli civili e politici e l'incerta collocazione di questi ultimi tra i diritti fondamentali degli individui.

3. Why? Ovvero dell'ideologia costituzionale socialista e dei diritti politici

L'analisi dell'evoluzione costituzionale ci porta dunque a riflettere, in maniera più attenta, sull'effetto dell'ideologia costituzionale, e della forma di Stato, sulla tutela

cit., 161. C.R. Jiménez Morales, *La división político-administrativa: su institucionalización en la Constitución de la República de Cuba*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976*, cit., 126 ss.

¹¹ P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 657, definisce "il testo costituzionale del 1976 [come] una delle più fedeli imitazioni della Costituzione sovietica del 1936".

¹² In particolare, sulla disciplina dei diritti nelle diverse Costituzioni cubane, si vedano M.A. Hernández, *La Constitución de la República de Cuba y los derechos humanos universales*, in R. Rojas, V.C. Bobes, A. Chaguaceda (a cura di), *El cambio constitucional en Cuba*, cit., 77 ss.; B. Bernal, *Las constituciones de Cuba Republicana*, cit., 15 ss.; M. Rodríguez Arechavaleta, *Del constitucionalismo republicano al autoritario*, cit., 29 ss.; R. Rojas, *La tradición constitucional hispanoamericana*, cit., 65 ss.

dei diritti.

In tal senso, merita senz'altro attenzione uno principi più originali del costituzionalismo socialista, quello della democrazia socialista¹³, introdotto nel 1976 e confermato nel testo adottato nel 2019. In particolare, l'art. 101 della Costituzione vigente stabilisce che “Gli organi dello Stato si compongono e sviluppano la loro attività secondo i principi della democrazia socialista”. La previsione costituzionale ora citata va letta congiuntamente con un altro principio fondamentale, quello del potere popolare¹⁴, espresso dall'art. 3 della Costituzione; l'articolo stabilisce infatti che “Nella Repubblica di Cuba la sovranità risiede irreversibilmente nel popolo, dal quale proviene tutto il potere dello Stato”.

La vigenza di tali principi ha un impatto decisivo tanto sulla forma di governo cubana, quanto sui sistemi di partecipazione del popolo alla vita politica del Paese. È su tali principi che, infatti, si regge il funzionamento degli organi costituzionali cubani: agendo in aperta contrapposizione con il principio della separazione dei poteri di matrice liberale, le relazioni tra organi costituzionali sono piuttosto improntate ai criteri dell'unità del potere e del centralismo democratico¹⁵.

Nondimeno, e per ciò che qui più rileva, la connessione tra democrazia socialista e potere popolare ha effetti decisivi sulle modalità di esercizio, da parte dei cittadini, dei diritti politici, ovvero di quei diritti relativi alla partecipazione degli individui all'adozione delle decisioni politiche. Lo stesso art. 101 stabilisce, in tal senso, una serie di strumenti di partecipazione che allontanano il modello della democrazia socialista da quella liberale, comprendendo ad esempio funzioni di controllo degli elettori sugli eletti tramite gli strumenti della *rendición de cuenta* e della *revocatoria de mandato*¹⁶.

Nella stessa prospettiva, la libertà di associazione politica non è riconosciuta, così come il principio del pluralismo politico che ne è alla base. Del resto, la diffidenza verso l'istituzione partitica come strumento di partecipazione e come attore indispensabile della competizione elettorale sembrerebbe confermata anche dal fatto che lo stesso Partito comunista non svolge un ruolo formale nella selezione ed elezione dei rappresentanti, essendogli piuttosto riconosciuta, all'art. 5 della Costituzione, la posizione di “avanguardia organizzata della nazione cubana”¹⁷.

¹³ Cfr. M. Ferrari Yaunner, *Los valores en la Constitución cubana de 1976*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976*, cit., 49 ss.; Y. Delgado Triana, M. Arely del Río Hernández, *La democracia socialista en la Constitución de 1976*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976*, cit., 55 ss.; L. Pérez Hernández, *Democracia sin estándares. El poder en Cuba y Venezuela*, in R. Viciano Pastor (a cura di), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, 2012, 183.

¹⁴ M. Ferrari Yaunner, *Los valores en la Constitución cubana*, cit., 49; L. Pérez Hernández, *Democracia sin estándares*, cit., 183; L. Pérez Hernández, *El poder popular cubano*, cit., 75.

¹⁵ L. Pérez Hernández, *El poder popular cubano*, cit., 69; C.M. Villabella Armengol, *La forma de gobierno en la Constitución cubana de 1976*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976*, cit., 91; J.A. Méndez López, D. Cutié Mustelier, *La Asamblea Nacional del Poder Popular como Parlamento Cubano u órgano legislativo representativo*, in Santiago, 2003, 135 ss.; G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 109; P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 641.

¹⁶ *Infra*, par. 6.

¹⁷ *Infra*, par. 6.

4. Where? Ovvero della collocazione dei diritti politici nella Costituzione

La peculiarità della disciplina dei diritti politici nell'ordinamento costituzionale cubano si riflette anche sulla loro posizione e la loro rilevanza all'interno della Costituzione.

Il testo costituzionale contiene un titolo, il V, espressamente dedicato ai diritti, rubricato "Diritti, doveri e garanzie". Cionondimeno, tale titolo non esaurisce il catalogo dei diritti costituzionali, che al contrario sono rinvenibili in altre parti della Costituzione. Già prima della revisione del 2019, i diritti politici risentivano in maniera importante della frammentarietà della *parte dogmática* della Costituzione. In effetti, l'analisi storica della tradizione costituzionale cubana mostra chiaramente il carattere risalente della peculiare collocazione dei diritti politici.

La Costituzione liberale del 1901, pur includendo i diritti politici nel titolo IV dedicato ai diritti, separava questi da quelli qualificati come individuali. L'origine della frammentarietà dei diritti costituzionali va tuttavia rinvenuta nella Costituzione sociale del 1940, che espressamente dedicava ai diritti fondamentali un solo titolo, il IV, inserendone al contempo altri tre (tra cui il VII, rubricato "Del suffragio e degli uffici pubblici"), che non erano intitolati esplicitamente ai diritti ma che di fatto ne completano il catalogo.

A partire da questa originale ripartizione dei diritti costituzionali, diversi autori si sono interrogati sulla possibilità di considerare tutti i diritti previsti nella Costituzione cubana come gerarchicamente equiordinati, ovvero sulla necessità di distinguere tra i diritti fondamentali e altri diritti¹⁸.

Con l'entrata in vigore della Costituzione socialista del 1976, la complessa relazione tra i diritti si è complicata con la subordinazione, se non formale, almeno sostanziale dei diritti politici e civili rispetto a quelli economici e sociali¹⁹. Così, non solo le libertà politiche, come già avveniva in precedenza, si trovano fuori dal titolo dedicato ai diritti, ma la loro disciplina diventa disorganica. I diritti politici sono rintracciabili, a partire dal 1976, nel capitolo dedicato al "Sistema elettorale" (diritto di voto) e in quello intitolato "Principi di organizzazione e funzionamento degli organi statali" (revoca del mandato e dovere di rendiconto); a queste si aggiungono,

¹⁸ Cfr. D. Cutié Mustelier, *Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a cuarenta años de vigencia*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976*, cit., 158 ss.; L. Pérez Hernández, *El poder popular cubano luego de 40 años de su constitucionalización*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976*, cit., 78 ss.; R. Rojas, *Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, Buenos Aires, 2005, 57; J.C. Guanche, J.A. Fernández Estrada, *Derechos y Garantías en Cuba: fundamentación y propuesta*, Ponencia SELA, 2013, 16; J.C. Guanche, *Estado, participación y representación políticas en Cuba. Diseño institucional y práctica política tras la reforma constitucional de 1992*, Buenos Aires, 2013, 45; B. Bernal, *Las constituciones de Cuba Republicana*, cit., 42 ss.; M. Prieto Valdés, *La defensa de los derechos: una necesidad en cualquier momento*, in A.M. Álvarez-Tabío Albo, A. Matilla Correa (a cura di), *El Derecho público en Cuba*, cit., 212; M. Prieto Valdés, *Los derechos constitucionales y sus garantías. De nuevo a la carga en pos de su aseguramiento*, in A. Matilla Correa, E. Ferrer MacGregor (a cura di), *Escritos sobre derecho procesal constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, La Habana, 2012, 334.

¹⁹ Cfr. L. Pérez Hernández, *El poder popular cubano*, cit., 77; J.C. Guanche, J.A. Fernández Estrada, *Derechos y Garantías en Cuba*, cit., 14; M. Prieto Valdés, *Los derechos constitucionales y sus garantías*, cit., 334; R. Rojas, *El socialismo cubano y los derechos políticos*, in *Espacio Laical*, 2012, 68; P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 637.

sempre nel testo del 1976, alcune disposizioni del capitolo sugli “Organi superiori del potere popolare”, che individuano ulteriori diritti qualificabili come politici (partecipazione a consultazioni popolari e referendum e iniziativa legislativa)²⁰.

Il testo in vigore dal 2019, pur non superando tale impostazione, contiene una significativa novità con riguardo alla collocazione delle libertà politiche. La disciplina specifica di tali diritti continua a rinvenirsi in parti diverse dal titolo V (ovvero il titolo, sopra richiamato, dedicato ai diritti), e segnatamente nel titolo IX sul “Sistema elettorale” e nel titolo VI sulla “Struttura dello Stato”. Nondimeno, il titolo V contiene, all’art. 80, un esplicito riconoscimento del “diritto a partecipare alla formazione, l’esercizio e il controllo del potere dello Stato”, elencando in seguito, a tal proposito, una serie di diritti politici, tali come il diritto di voto, il diritto di pronunciarsi sulla revoca del mandato e il rendiconto delle attività, l’iniziativa legislativa, la partecipazione alle consultazioni e ai referendum, i quali vengono poi disciplinati nel dettaglio negli altri titoli della Costituzione adesso citati.

5. Who? Ovvero dei titolari dei diritti politici

L’analisi della struttura della Costituzione cubana è utile, oltre che per riflettere sulla collocazione dei diritti politici, anche per comprendere i soggetti che il testo costituzionale identifica come titolari di siffatti diritti. In tale ambito, l’esperienza cubana sembra condividere l’impostazione degli ordinamenti di derivazione liberale, limitando il godimento dei diritti politici ai soli cittadini cubani.

L’analisi del titolo V della Costituzione, “Diritti, doveri e garanzie”, e in particolare del suo capitolo II, “Diritti”, mostra come questi ultimi siano garantiti generalmente alla totalità degli individui, senza distinzioni dovute al possesso della cittadinanza di Cuba. Nella maggior parte dei casi la Costituzione fa riferimento a “*las personas*” o a “*todad la personas*”, mentre in casi più limitati si utilizzano formule impersonali come “*se reconoce*”²¹.

Il carattere universale dei diritti costituzionali è ribadito all’art. 91 della Costituzione, che esaurisce l’intero capitolo V del titolo V, dedicato ai “Diritti e doveri degli stranieri”. In particolare, ai sensi della lettera e) di tale articolo, “[Gli stranieri residenti nel territorio della Repubblica sono equiparati ai cubani] nel godimento dei diritti e nel compimento dei doveri stabiliti da questa Costituzione, alle condizioni e con le limitazioni determinate dalla legge”²².

È la stessa Costituzione, come detto, a prevedere una di queste limitazioni,

²⁰ Cfr. M. Rodríguez Arechavaleta, *Del constitucionalismo republicano al autoritario*, cit., 29; L. Pérez Hernández, *El poder popular cubano*, cit., 78; D. Cutié Mustelier, *Los derechos en la Constitución cubana de 1976*, cit., 161; P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 660.

²¹ Prima della revisione del 2019 la formulazione appariva più confusa, essendo più frequenti le dizioni impersonali così come l’utilizzo di espressioni quali “*El Estado protege*” o “*El Estado garantiza*”.

²² Una simile disposizione era contenuta già nel testo previgente (art. 34), mentre la parificazione tra cittadini e stranieri era espressa in maniera più stringente dalle Costituzioni precedenti, le quali non rimandavano alla legge per la disciplina dei casi di differenziazione, limitati invece ai casi previsti dalla Costituzione, e segnatamente proprio all’esercizio dei diritti politici: cfr. Costituzione del 1901, art. 10, e Costituzione del 1940, art. 19.

relativa proprio all'esercizio dei diritti politici, che è riservato ai soli cittadini. L'art. 80 della Legge fondamentale cubana individua infatti, eccezionalmente, come titolari dei diritti politici "*Los ciudadanos cubanos*".

Al pari di quanto spesso riscontrabile, a livello comparato, in altre costituzioni dell'America latina, anche nel caso di Cuba le regole sull'acquisto e la perdita della cittadinanza sono disciplinate direttamente dalla Costituzione²³, la quale riserva alla legge la determinazione della normativa di dettaglio. L'art. 33 della Costituzione apre il titolo IV, rubricato "Cittadinanza", disponendo che lo *status* di cittadino cubano si acquista per nascita o per naturalizzazione. Gli articoli successivi stabiliscono una preferenza per lo *ius soli* per la trasmissione della cittadinanza alla nascita, con un'applicazione recessiva e condizionata dello *ius sanguinis* (art. 34), e la possibilità di essere naturalizzati secondo le disposizioni di legge ovvero per decisione del Presidente della Repubblica (art. 35).

Di particolare interesse può risultare, in riferimento al godimento dei diritti politici, la possibilità, prevista all'art. 38, di privare gli individui della cittadinanza cubana, in virtù delle cause e secondo le procedure stabilite dalla legge. L'attuale formulazione di tale articolo riproduce quanto in precedenza disposto dall'art. 32, il quale era stato modificato nel 1992; prima di tale emendamento, la stessa Costituzione enumerava le cause di perdita della cittadinanza, le quali comprendevano tra l'altro la prestazione di servizio militare per un Paese straniero e la cospirazione contro il popolo cubano e le istituzioni socialiste e rivoluzionarie²⁴.

L'assenza di limiti costituzionali alla possibilità di privare gli individui della cittadinanza, unitamente alla mancanza di una legge organica in materia²⁵, rende eccessivamente flessibile la disciplina della perdita della cittadinanza, con possibili conseguenze negative sulla titolarità e sul godimento dei diritti, in particolare di quelli politici.

6. What? Ovvero del catalogo dei diritti politici

Resta a questo punto da analizzare, in maniera più organica, il catalogo dei diritti politici riconosciuti dalla Costituzione cubana del 2019. Il testo in vigore, come già osservato, contiene una significativa novità dal punto di vista formale rispetto al testo previgente: i diritti politici, la cui disciplina di dettaglio continua a rinvenirsi come in passato in diverse parti della Costituzione, sono enumerati adesso all'art. 80, che chiude il capitolo II del titolo V, dedicato ai diritti. Lo stesso art. 80 riconosce espressamente il "diritto a partecipare alla formazione, l'esercizio e il controllo del potere dello Stato", principio fino ad ora ricavabile solo

²³ Così già a partire dalla Costituzione del 1901 (titolo II "Dei cubani"), e poi nella Costituzione del 1940 (titolo II "Della nazionalità") e del 1976 (capitolo II "Cittadinanza"). Vedi M. Prieto Valdés, *La ciudadanía cubana. Mirando alrededor y al pasado para resolver un problema de hoy*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016; M. Prieto Valdés, *La ciudadanía: presupuesto del disfrute de los derechos. Pasado, presente y necesidades en y para Cuba*, in *Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, 2013.

²⁴ Vedi J.C. Guanache, *Informe sobre la ciudadanía. Cuba*, in *Global Citizenship Observatory*, 2017, 25.

²⁵ La materia è ancora regolata dal Decreto 358 de 1944, che è stato più volte modificato e del quale molte parti sono divenute oggi inapplicabili, alla luce del mutato quadro costituzionale.

indirettamente dal dettato costituzionale²⁶.

Se si prescinde da queste importanti novità, il catalogo dei diritti politici nel testo costituzionale vigente è disciplinato nel segno della continuità con quanto previsto dalla Costituzione del 1976, che sul punto aveva subito non poche modifiche a seguito della revisione costituzionale del 1992²⁷.

L'analisi del catalogo dei diritti politici non può non partire da ciò che manca, e in particolare dall'assenza della libertà di associazione politica. La Costituzione cubana, muovendosi nel solco del costituzionalismo socialista, rifiuta il principio del pluralismo politico e, di conseguenza, il riconoscimento dei partiti politici come strumenti privilegiati per promuovere la partecipazione politica degli individui. In quest'ottica, la Costituzione ammette l'esistenza di un partito unico, il Partido Comunista de Cuba, senza peraltro assegnare a tale soggetto un ruolo formale e diretto nella selezione dei rappresentanti, compito che invece caratterizza i partiti politici nello Stato di derivazione liberale²⁸.

La scelta dei candidati alle elezioni spetta infatti alle Commissioni di candidatura, organi temporanei istituiti a livello municipale, provinciale e nazionale e composti da rappresentanti delle organizzazioni sociali e di massa designati dalle rispettive direzioni territoriali²⁹. Al contrario, il ruolo che la Costituzione assegna al Partito, definito "avanguardia organizzata della nazione cubana" (art. 5), non si svolge nell'ambito strettamente politico, ma in quello sociale. In tal senso, esso "Organizza e orienta gli sforzi comuni nella costruzione del socialismo e il progresso verso la società comunista. Lavora per preservare e rafforzare l'unità patriottica dei cubani e per sviluppare i valori etici, morali e civici" (art. 5)³⁰.

L'assenza di pluralismo politico si riflette senz'altro sulle modalità di esercizio del principale diritto politico previsto dalla Costituzione cubana, ovvero il diritto di voto. L'art. 80 della Costituzione articola tale diritto in diversi punti,

²⁶ Vedi O. Richards Martínez, *El sistema electoral cubano en el cuarenta aniversario de la Constitución de 1976*, in A. Matilla Correa (a cura di), *La Constitución cubana de 1976*, cit., 101; L. Pérez Hernández, *Democracia sin estándares*, cit., 183; A. Noguera Fernández, *La participación popular en Cuba. Análisis jurídico y propuestas dentro del contexto cubano para su perfeccionamiento*, in *Foro Internacional*, 2006, 503.

²⁷ Vedi Y. Delgado Triana, M. Arely del Río Hernández, *La democracia socialista*, cit., 62; O. Richards Martínez, *El sistema electoral cubano*, cit., 101; L. Pérez Hernández, *Democracia sin estándares*, cit., 184; R. Rojas, *El socialismo cubano y los derechos políticos*, cit., 67; R. Rojas, *¿Es posible ampliar los derechos civiles y políticos en Cuba sin revocar el socialismo?*, in *Cuban Studies*, 2017, 30. Nello stesso anno è stata approvata anche una nuova legge elettorale, la Ley No. 12 Electoral, de 29 de octubre de 1992.

²⁸ Sebbene nella sostanza il ruolo del partito sia centrale nella selezione dei candidati. Vedi D. Rafuls Pineda, *El sistema electoral cubano: de la representación formal a la participación real*, in *Temas*, 2014, 65; R. Rojas, *La tradición constitucional hispanoamericana*, cit., 70.

²⁹ Vedi J.C. Guanache, *Estado, participación y representación políticas en Cuba*, cit., 53-56; C.Y. Carrillo García, *Régimen político y calidad de las leyes en Cuba*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2010, 634; M. Prieto Valdés, *Cuba, su desarrollo constitucional*, cit., 8; O. Richards Martínez, *El sistema electoral cubano*, cit., 105; D. Rafuls Pineda, *El sistema electoral cubano*, cit., 65.

³⁰ Vedi Y. Delgado Triana, M. Arely del Río Hernández, *La democracia socialista*, cit., 59; J. Valdés Paz, *Sistema político y socialismo en Cuba*, in *Política y Cultura*, 1997, 281; C.Y. Carrillo García, *Régimen político y calidad de las leyes en Cuba*, cit., 638-642; M. Prieto Valdés, *Cuba, su desarrollo constitucional*, cit., 6; G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 94-107.

affermando che “I cittadini cubani (...) possono (...): a) essere iscritti nel registro elettorale; b) proporre e nominare candidati; c) votare ed essere votati; d) partecipare alle elezioni (...)”. Le caratteristiche del diritto di voto sono disciplinate nel dettaglio dal titolo IX della Costituzione, dedicato al “Sistema elettorale”: il voto è definito “libero, eguale, diretto e segreto” (art. 204) e “un diritto dei cittadini [esercitato] volontariamente dai cubani, uomini e donne, con età maggiore di sedici anni” (art. 205).

Tale disciplina riproduce, dal punto di vista formale, il contenuto del diritto di voto così come previsto nelle costituzioni di derivazione liberale. Tuttavia, un’analisi sistematica della Costituzione, della legislazione e della prassi in materia mostra un netto discostamento rispetto al modello liberale. La già menzionata assenza di pluralismo politico limita la libertà del voto, che si svolge nell’ambito di elezioni semi-competitive³¹. A ciò si aggiunga il divieto di qualsiasi forma di campagna elettorale, così come di qualsiasi forma di finanziamento dell’attività politica, ciò che contribuisce a comprimere la libertà dei cittadini di esercitare tanto il suffragio attivo, quanto quello passivo³². Nondimeno, incide negativamente sulla libertà di voto il dettato costituzionale relativo a quei diritti funzionali a garantire la partecipazione dei cittadini, come le libertà di associazione, di riunione, di manifestazione, di stampa: ai vincoli posti dalla Costituzione all’esercizio di tali diritti³³, si sommano infatti una legislazione penale e una prassi che, limitando la formazione di un’opinione pubblica plurale, condizionano di fatto la stessa possibilità per i cittadini di votare liberamente³⁴.

La volontà di discostarsi dal modello di rappresentanza politica liberale emerge, oltre che dall’assenza della libertà di associazione politica e dalla peculiare disciplina del diritto di voto, anche dalla moltiplicazione, nella Costituzione cubana, delle forme di democrazia diretta o deliberativa. Il punto di riferimento è ancora l’art. 80, il quale prevede, oltre che il diritto di voto nelle elezioni, anche la partecipazione ai referendum e alle consultazioni popolari.

L’ampio utilizzo di tali forme di coinvolgimento della cittadinanza nell’adozione delle decisioni pubbliche è tipico del neocostituzionalismo

³¹ Vedi J.C. Guanche, *Estado, participación y representación políticas en Cuba*, cit., 39; J. Valdés Paz, *Notas sobre la participación política en Cuba*, in *Estudios Latinoamericanos*, 2009, 22-23; G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., 146.

³² Vedi O. Richards Martínez, *El sistema electoral cubano*, cit., 108; J.C. Guanche, *Estado, participación y representación políticas en Cuba*, cit., 39; J. Valdés Paz, *Notas sobre la participación política en Cuba*, cit., 23; C.Y. Carrillo García, *Régimen político y calidad de las leyes en Cuba*, cit., 638.

³³ Cfr. art. 55: “Se reconoce a las personas la libertad de prensa. Este derecho se ejerce de conformidad con la ley y los fines de la sociedad. Los medios fundamentales de comunicación social, en cualquiera de sus manifestaciones y soportes, son de propiedad socialista de todo el pueblo o de las organizaciones políticas, sociales y de masas; y no pueden ser objeto de otro tipo de propiedad. El Estado establece los principios de organización y funcionamiento para todos los medios de comunicación social”; art. 56: “Los derechos de reunión, manifestación y asociación, con fines lícitos y pacíficos, se reconocen por el Estado siempre que se ejerzan con respeto al orden público y el acatamiento a las preceptivas establecidas en la ley”.

³⁴ Vedi R. Rojas, *Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, cit., 135-140; R. Rojas, *El socialismo cubano y los derechos políticos*, cit., 67; B. Bernal, *Las constituciones de Cuba Republicana*, cit., 44.

latinoamericano; tuttavia, l'ordinamento cubano sembra allontanarsi anche da questo modello, dal momento che la Costituzione socialista non disciplina nel dettaglio procedimenti ed effetti di tali strumenti, ciò che si riflette sulla loro effettività e sulla loro efficacia. Basti pensare che la consultazione popolare, che può essere attivata dall'Assemblea nazionale prima dell'approvazione di una legge "qualora lo ritenga opportuno, in relazione alla natura della normativa che si sta trattando" (art. 108, l. c)) è stata utilizzata dal 1976 soltanto in cinque occasioni³⁵. Ancora meno frequente è stato il ricorso al referendum, che l'Assemblea nazionale indice "nei casi previsti dalla Costituzione e negli altri casi che la stessa Assemblea ritiene opportuni" (art. 108, l. v)), utilizzato soltanto per ratificare la Costituzione del 1976 e quella del 2019³⁶.

Da ultimo, sempre nell'ottica della moltiplicazione delle modalità di partecipazione e del superamento della democrazia rappresentativa, meritano un cenno le disposizioni relative alla pronuncia sul rendiconto dell'attività e alla revoca del mandato degli eletti. Le due forme di intervento della cittadinanza nella vita istituzionale cubana possono essere considerate le due facce di una stessa medaglia, consistente nel legame che unisce elettori e rappresentanti, il quale va oltre il momento elettorale, estendendosi per tutta la durata del mandato. Entrambi sono strumenti tipici della democrazia socialista: in tal senso, non stupisce che vengano previsti, oltre che come diritti politici dei cittadini (art. 80), anche tra i principi fondamentali di funzionamento di tale modello di democrazia (art. 101)³⁷.

³⁵ In particolare, in vista dell'approvazione della Ley No. 16 del Código de la Niñez y la Juventud, de 28 de junio de 1978; della Ley No. 12 del Código Penal, de 15 de febrero de 1979; della Ley No. 49 del Código de Trabajo, de 28 de diciembre de 1984; della Ley No. 36 de Cooperativas de Producción Agropecuarias, de 22 de julio de 1982; della Ley No. 48 General de Viviendas, de 27 de diciembre de 1984. Vedi A. Noguera Fernández, *La participación popular en Cuba*, cit., 495; J.C. Guanche, *Estado, participación y representación políticas en Cuba*, cit., 42; Y. Guzman Hernández, *Los mecanismos de democracia directa en Cuba: diseño normativo y práctica*, in *Revista Perfiles Latinoamericanos*, 2017.

³⁶ Tra i casi previsti dalla Costituzione di cui all'art. 108 rientra proprio il referendum di approvazione degli emendamenti costituzionali, disciplinato dall'art. 228: "Cuando la reforma se refiera a la integración y funciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular o del Consejo de Estado, a las atribuciones o al período de mandato del Presidente de la República, a los derechos, deberes y garantías consagrados en la Constitución, se requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los electores en referendo convocado a tales efectos". È opportuno sottolineare che, nonostante la Costituzione già in passato disponesse in maniera simile, il referendum costituzionale non è stato indetto per ratificare la revisione del 1992, che tuttavia per la sua portata rientrava senz'altro nelle ipotesi di cui alla disposizione adesso citata. Vedi J. Valdés Paz, *Notas sobre la participación política en Cuba*, cit., 21; C.Y. Carrillo García, *Régimen político y calidad de las leyes en Cuba*, cit., 640; A. Noguera Fernández, *La participación popular en Cuba*, cit., 495; J.C. Guanche, *Estado, participación y representación políticas en Cuba*, cit., 38-41; Y. Guzman Hernández, *Los mecanismos de democracia directa en Cuba*, cit.; R. Rojas, *¿Es posible ampliar los derechos civiles y políticos en Cuba sin revocar el socialismo?*, cit., 29.

³⁷ Vedi R.F. Peña Barrios, *La revocatoria de mandato en Cuba: una historia de encuentros y desencuentros*, in *Derecho y Crítica Social*, 2017, 239 ss.; Y. Guzman Hernández, *Los mecanismos de democracia directa en Cuba*, cit.; J. Valdés Paz, *Notas sobre la participación política en Cuba*, cit., 24; A. Noguera Fernández, *La participación popular en Cuba*, cit., 496 ss.; O. Richards Martínez, *El sistema electoral cubano*, cit., 104; D. Moya-Espinosa, *Constitución Socialista de la República de Cuba de 1976*, cit., 283.

7. Conclusioni

Può essere utile, a conclusione di questa analisi, interrogarsi sulla prevalenza, nella Costituzione del 2019, degli elementi di continuità ovvero di quelli di discontinuità rispetto al testo costituzionale previgente.

Questi ultimi appaiono in realtà limitati e poco significativi, almeno da un punto di vista sostanziale. Infatti, le uniche novità degne di nota si rinvencono all'art. 80 della Costituzione: da una parte, si riconosce per la prima volta in maniera esplicita il "diritto a partecipare alla formazione, l'esercizio e il controllo del potere dello Stato"; dall'altra parte, sempre in maniera inedita, si elencano i diritti politici, che sono quindi adesso previsti nella parte della Costituzione espressamente dedicata ai diritti.

Tali novità rispondono probabilmente all'esigenza di rivalutare la posizione e il significato dei diritti politici nell'assetto costituzionale cubano, i quali fin dall'adozione della Costituzione del 1976 sono stati considerati come logicamente subordinati rispetto ai diritti sociali; la realizzazione di questi ultimi ha infatti rappresentato, e tuttora rappresenta, l'obiettivo fondamentale della forma di Stato socialista.

Venendo agli elementi di continuità, non sembra tuttavia essere mutata nella sostanza la disciplina dei diritti politici. Né la forma, né il contenuto delle forme di partecipazione politica dei cittadini hanno subito significative modifiche rispetto al testo costituzionale del 1976. A questo proposito, l'elemento di continuità più forte è costituito dalla perdurante assenza del principio di pluralismo politico, ciò che allontana nettamente il sistema dei diritti politici tipico della democrazia liberale da quello della democrazia socialista.

La rappresentanza politica di stampo liberale trova espressione principalmente nella libertà di costituire e associarsi in partiti politici e nella libertà di voto. Al contrario, nel sistema socialista, l'idea stessa di rappresentanza politica non appare centrale, come dimostrato dall'assenza della libertà associazione politica, dalla peculiare disciplina del suffragio attivo e passivo e dalla moltiplicazione delle forme di democrazia diretta e deliberativa.

La sostanziale reiterazione di questo modello di partecipazione dei cittadini alla vita politica dell'Isola porta dunque a concludere che la Costituzione del 2019, almeno per quanto riguarda la materia dei diritti politici, si posiziona chiaramente nel solco della continuità con il testo precedente, riprendendo tanto l'ideologia fondamentale quanto gli strumenti tipici della democrazia socialista.

Il controllo sui procedimenti elettorali nella nuova Costituzione cubana. Riflessioni comparate

di Simona Rodriguez

Abstract: The New Cuban Constitution and the Consejo Electoral Nacional. Comparative Reflections. – This paper firstly provides a brief overview of the main electoral justice systems in Latin America, which have evolved in tandem with the political, institutional and cultural changes that have marked the countries. Electoral justice has taken on a key role as a guarantor of the transparency and legality of elections. The credibility of electoral authorities and citizen confidence in their decisions are crucial for bestowing legitimacy to electoral processes. More attention will be given to the Cuban context and to the new Constitution. The role of the new *Consejo Electoral Nacional* is crucial. The paper aims to highlight the link and dynamics between its role and one-party dominant system.

715

Keywords: Electoral justice systems; Latin America; Democracy; Political participation; Dominant party systems

1. La nuova Costituzione cubana e l'introduzione del Consejo Electoral Nacional. Spunti introduttivi

Il 24 febbraio 2019 gli elettori cubani, chiamati alle urne per approvare la riforma costituzionale, votata dall'*Asamblea Nacional del Poder Popular* nel luglio 2018, hanno espresso il loro consenso con una percentuale dell'86,85% di voti favorevoli¹.

La nuova Costituzione presenta ben 92 articoli in più rispetto al precedente testo, risalente al 1976 e parzialmente emendato nel 1978, nel 1992 e nel 2002² – anche se, ad un'analisi più approfondita, molti cambiamenti paiono più formali che sostanziali³.

¹ Sull'*iter* di riforma costituzionale, cfr. il contributo di V. Lubello.

² Sul processo costituzionale cubano, si veda, anche per riflessioni storiche, B. Bernal, *Las Constituciones de Cuba republicana*, Instituto y Biblioteca de la libertad, Miami, 2003, in part. 7 ss. Cfr. altresì lo studio di J. Vega Vega, *Cuba: su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*, Madrid, 1998. Sulla Costituzione del 1976, cfr., tra i tanti, L.B. Klein, *The Socialist Constitution of Cuba (1976)*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1978, 17, 451. Sulle riforme della "Constitución socialista" del 1976, cfr. R. Gómez Manzano, *Constitución y Cambio Democrático en Cuba, Cuba in Transition* 7 (1997), 395–413. *Papers and Proceedings of the Seventh Annual Meeting of the Association for the Study of the Cuban Economy* (ASCE), Miami, 1997, in www.ascecuba.org/c/wp-content/uploads/2014/09/v07-gomanz.pdf.

³ Le principali novità riguardano, tra le altre, il sistema economico che, pur mantenendo «come principio essenziale la proprietà socialista di tutto il popolo sui mezzi fondamentali», riconosce «il ruolo del mercato e di nuove forme di proprietà non statale, compresa la proprietà privata»: si veda il Titolo II della nuova Costituzione. In ogni caso, sulle modifiche "economiche", si

Centrale – come già nella precedente Costituzione – è l'articolo 5, che continua a ribadire l'esistenza del partito unico, quello comunista, «vanguardia organizada de la nación cubana» e definito «fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado»⁴.

Una riforma costituzionale che introduce, all'art. 1, la definizione di Cuba come «Stato di diritto», affiancandola a quella – già presente nel testo del 1976, come successivamente emendato – di «Stato socialista»⁵. Uno Stato che, come si ribadisce nel nuovo art. 13, ha – tra gli altri fini essenziali – quello di «afianzar la ideología y la ética inherentes a nuestra sociedad socialista»⁶.

Un testo costituzionale riformato ove però continua ad osservarsi – con la lente del giurista di tradizione occidentale – una forte contaminazione tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario⁷. Ciò traspare in modo evidente dalla lettura complessiva dell'intera Costituzione e, in particolare, a mò d'esempio, dal *Capítulo V* dedicato ai *Tribunales de Justicia*, laddove si legge, all'art. 150, che «los magistrados y jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley» e poi si specifica, all'art. 154 che «El Tribunal Supremo Popular rinde cuenta ante la Asamblea Nacional del Poder Popular de los resultados de su trabajo»⁸.

rinvia ai contributi di M. Iacometti e di F. Gallarati. Sul carattere della riforma costituzionale, L. Cantó, *Cuba estrena Constitución en tiempos de crisis: Cuba Constitución (Previsión)*, EFE News Service; Madrid, 2019, in cui si riconosce che la nuova Costituzione «mantiene el sistema político y las aspiraciones comunistas al tiempo que cimenta la tímida apertura económica de la última década, en un momento en que una preocupante escasez de divisas se cierne sobre la isla». Nell'articolo viene riportato che secondo il leader del *Partido Comunista de Cuba*, Raúl Castro, la nuova Costituzione «es un texto “hijo de su tiempo” que “garantiza la continuidad de la Revolución y sintetiza las aspiraciones de todos los que han luchado por una Cuba de justicia social”».

⁴ Cfr. in modo più approfondito il contributo di M.A. Orlandi. In una bibliografia sterminata, può essere utile la lettura di Y. Carrillo García, W. Mondelo García, *Del voluntarismo ontológico al positivismo ideológico (una lectura del pensamiento jurídico cubano)*, in *Revista crítica jurídica*, 2010, n. 29, 181, in cui ci si sofferma, in particolare, sulla «teoría marxista-leninista del Estado y del Derecho en su versión soviética».

⁵ Sulla nozione di «Estado socialista de trabajadores», presente nel testo costituzionale del 1976, prima delle ultime modifiche del 2002, cfr. in senso critico B. Bernal, *Las Constituciones de Cuba republicana*, cit., 37.

⁶ Si rinvia, in una bibliografia estesa, a Y. Guzmán Hernández, *La dignidad como “Ley primera de nuestra República” y “con todos y para el bien de todos”: dos deberes dialécticos desde la axiología martiana en la Constitución cubana*, in *Revista Derecho del Estado*, 2015, n. 34, 127 ss.

⁷ Juan Vega Vega, «jurista del régimen» (così è definito da B. Bernal, *Las Constituciones de Cuba republicana*, cit., 39), nel suo Commentario alla Costituzione cubana, riformata nel 1992, nel riferirsi al principio della separazione dei poteri, scriveva: «Esta división de poderes ha sido siempre una falacia. En el Estado, en cualquier Estado, existe solamente un solo poder que en el caso de Cuba es el poder del pueblo trabajador. El pueblo cubano ejerce este poder a través de los órganos llamados Asambleas del Poder Popular y de los demás órganos estatales que de ella se derivan. Es un solo poder traducido en diversas funciones que realizan distintos órganos estatales».

⁸ Come osserva B. Bernal, *Las Constituciones de Cuba republicana*, cit., 41: «ninguna imparcialidad e independencia puede existir en tribunales que son controlados directamente por el poder estatal y cuya doctrina interpretativa de la ley puede serles impuestas por los demás poderes. La existencia de tribunales independientes del gobierno ha sido y es uno de los pilares del sistema republicano y una de las mayores garantías con las que puede contar un ciudadano para evitar la concentración y el abuso de poder por parte el Estado». Può essere utile il riferimento a C. Justo Bruzón Viltres, L. Palacio Castillo, *Una aproximación a la creación*

Un ordinamento giuridico complesso, nel quale diversi «núcleos totalitarios» continuano ad intrecciarsi e ad emergere anche dal nuovo testo costituzionale: dal «partido único» al «control político y policiaco», sino all'«ideología de estado»⁹.

È in un sistema di democrazia (non ancora) consolidata o, comunque, immatura – quale quella cubana – che il riconoscimento esplicito, nel nuovo testo costituzionale, di diritti di partecipazione politica può rappresentare un passo in avanti e un coefficiente importante per l'impianto e la stabilizzazione dei principi democratici¹⁰. Così, all'art. 80, trova tutela il diritto dei cittadini cubani a partecipare alla conformazione, all'esercizio e al controllo del potere dello Stato, attraverso varie forme partecipative quali, oltre al voto elettivo, l'iniziativa popolare legislativa e costituzionale, le consultazioni popolari, i *referendum* e i plebisciti, oltre all'istituto della revoca del mandato degli eletti¹¹.

Al di là delle differenze di disciplina e di campo di applicazione tra i diversi istituti, emerge la volontà politica di esaltare il valore della partecipazione popolare, nonostante – a differenza di altre Costituzioni iberoamericane – non trovi enunciazione la partecipazione come “principio generale”, come, ad esempio, nella Costituzione dell'Ecuador all'art. 1¹² o nel Preambolo della Costituzione della

jurisprudencial del Derecho en Cuba a partir de los tres modelos de juez de F. Ost, in *Revista de Derecho*, 2014, vol. XXVII, n. 2, 21 ss.; C. Justo Bruzón Viltres, *Jurisprudencia en Cuba: análisis de las consecuencias de su reconocimiento como fuente formal del ordenamiento jurídico*, in *Opinión Jurídica*, 2013, vol. 12, n. 23, 167 ss.

⁹ Così nello studio di A. Chaguaceda, *¿La Constitución cubana: Democrática, socialista y republicana?*, in *Puente Democrático*, 2018, n. 66, in part. 3.

¹⁰ Distingue tra instaurazione e consolidamento di una democrazia, L. Morlino, *Come cambiano i regimi politici*, Milano, 1980. Sulla partecipazione politica, come prevista nella Costituzione del 1976, a a seguito delle modifiche del 1992, A. Noguera Fernández, *La participación popular en Cuba. Análisis jurídico y propuestas dentro del contexto cubano para su perfeccionamiento*, in *Foro internacional*, 2006, n. 185, 493 ss. L'A., in particolare, si sofferma su alcuni strumenti di partecipazione, quali la consulta popolare, il referendum, l'iniziativa legislativa popolare e la revoca del mandato (*revocación de mandato*) per poi auspicare, nelle sue conclusioni, una riforma costituzionale nel senso del riconoscimento costituzionale del generale *derecho de participación*. Più di recente, si rinvia allo studio di G. González Orquera, Y. Pérez Martínez (coord.), *Participación política. Reflexiones desde el sur, Participación política como esencia de la democracia*, Tomo I, Quito, 2014. Sull'istituto della *Rendición de Cuentas*, M. Prieto Valdés, L.I. Zorrilla Romero, *La Rendición de Cuentas; principios configurativos de su noción como expresión de la participación política*, in G. González Orquera, Y. Pérez Martínez (coord.), *Participación política. Reflexiones desde el sur. Instituciones de participación ciudadana en América Latina*, Tomo 2, Quito, 2014, 161.

¹¹ Cfr. l'art. 80 del nuovo testo costituzionale: «los ciudadanos cubanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder del Estado; en razón a esto pueden, de conformidad con la Constitución y las leyes: a) estar inscritos en el registro electoral; b) proponer y nominar candidatos; c) elegir y ser elegidos; d) participar en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática; e) pronunciarse sobre la rendición de cuenta que les presentan los elegidos; f) revocar el mandato de los elegidos; g) ejercer la iniciativa legislativa y de reforma de la Constitución; h) desempeñar funciones y cargos públicos, i) estar informados de la gestión de los órganos y autoridades del Estado». Sui diritti politico-elettorali, come introdotti dalla nuova Costituzione, si rinvia in ogni caso al contributo di G. Milani. Sul particolare istituto della revoca degli eletti, si consenta il riferimento, anche per i rinvii alla bibliografia in materia, a S. Rodríguez, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli, 2017, in part. 86 ss.

¹² È infatti nell'art. 1 della Costituzione dell'Ecuador che si afferma che la sovranità appartiene

Repubblica bolivariana del Venezuela del 1999, ove si trova espressa la finalità di rifondazione della Repubblica per l'affermazione di una società «democratica, partecipativa e protagonista» (*protagonista*)¹³.

Ciò nonostante e seppur pare ancora forte – anche solo dalla mera lettura del testo costituzionale – l'intreccio tra «residuo di potere» e «autoritarismi»¹⁴, emerge altrettanto chiara la volontà di prevedere e “costituzionalizzare” organi e meccanismi volti a garantire la trasparenza, la correttezza e la regolarità delle elezioni e degli altri strumenti di partecipazione, nonché la loro conformità al diritto¹⁵.

È in questo contesto, così ricco di sfaccettature storiche, politiche e giuridiche, che deve essere inquadrata l'introduzione, nel Titolo IX, al Capitolo II, del Consiglio Elettorale Nazionale, definito – al comma 1 dell'art. 211 – «órgano del Estado que tiene como misión fundamental organizar, dirigir y supervisar las elecciones, consultas populares, plebiscitos y referendos que se convoquen».

Organo dotato di «independencia funcional respecto a cualquier otro órgano», direttamente responsabile dinanzi all'*Asamblea Nacional del Poder Popular*¹⁶, le funzioni del Consiglio Elettorale spaziano dal controllo della composizione e l'aggiornamento del *registro electoral*¹⁷ alla gestione dei procedimenti elettorali e, più in generale, dei «procesos de participación democrática»¹⁸, sino alla decisione sulle «reclamaciones» che dovessero essere presentate in materia¹⁹.

al popolo, che la esercita «a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución». La partecipazione come diritto è poi sancita espressamente all'art. 23, ove si riconosce il «derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad». Cfr. S. Bagni, *La partecipazione popolare in Ecuador*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2014, IV, 1783 ss. Per il processo costituente ecuadoriano, il quale ha dato vita ad una Costituzione “partecipativa”, con profonde analogie con il caso islandese e boliviano, U. Allegretti, *Recenti costituzioni «partecipate»: Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quad. cost.*, 2013, 689 ss.

¹³ Si richiama, per la puntuale ricostruzione e per gli ampi riferimenti bibliografici, C.T. Nasi, *Il Referendum nella Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela: criteri di legittimazione del potere e prassi applicativa*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2014, IV, 1769 ss.

¹⁴ Così si è espresso, sul costituzionalismo latino-americano, P.L. Petrillo, *Forme di governo e gruppi di pressione*, in *Rass. parl.*, 2015, 565, in part. 616: «tant'è che i poteri esecutivo, legislativo e giudiziario continuano a essere limitati da un intreccio tra “residuo di potere”, “prerogative militari” e “autoritarismi”».

¹⁵ Questa è, peraltro, l'accezione ampia di giustizia elettorale, la quale allude «ai diversi mezzi tecnico-giuridici di impugnazione o di controllo (giudizi, ricorsi, reclami) degli atti e dei procedimenti elettorali, presentati dinanzi ad organi di natura amministrativa, giurisdizionale o politica, al fine di garantire la regolarità delle elezioni e la loro conformità al diritto, sanando eventuali errori o violazioni della legislazione elettorale»: J. Henríquez Orozco, *El contencioso electoral, la calificación electoral*, in D. Nohlen, D. Zovatto, J. Henríquez Orozco, J. Thompson (coord.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, 2007, 1153.

¹⁶ Così nell'art. 212 della nuova Costituzione cubana.

¹⁷ Sul registro elettorale, in prospettiva storica, cfr. R. Peña Barrios, *El registro electoral en la historia constitucional cubana (1901-1958)*, in *Derecho Electoral*, 2014, n. 18, 283 ss.

¹⁸ Cfr. l'art. 211, comma 3 del testo costituzionale.

¹⁹ L'art. 211, comma 2, recita espressamente: «Tramita y responde las reclamaciones que en esta materia se establezcan, así como cumple las demás funciones reconocidas en la Constitución y las leyes». Il Consiglio Elettorale Nazionale, dunque, elabora e risponde ai

L'obiettivo è, come specificato dal comma 3 dell'art. 211 della nuova Costituzione, garantire l'affidabilità, la trasparenza, la celerità, la pubblicità, l'autenticità e l'imparzialità dei procedimenti elettorali e, più in generale, dei procedimenti di partecipazione democratica, attraverso l'istituzione di un organo *ad hoc*, incaricato dell'organizzazione, della gestione e del controllo "neutrale" dei procedimenti in questione, nonché della risoluzione delle relative controversie.

La materia dei controlli dei procedimenti elettorali assurge così al rango costituzionale, dopo essere stata del tutto assente dalla Carta costituzionale previgente ed essere stata demandata alle sole discipline di rango legislativo, in particolare, alla *Ley Electoral No. 72* del 1994²⁰.

Il nuovo Consiglio Elettorale Nazionale pare strutturato prendendo ad esempio alcuni modelli latino-americani, quali il *Consejo Supremo Electoral* del Nicaragua²¹ o il *Tribunal Supremo de Elecciones* del Costa Rica²², i quali trovano la loro disciplina, *in primis*, nelle Carte costituzionali e, poi, nelle rispettive leggi elettorali.

Trattasi di organi elettorali *ad hoc*, relativamente poco conosciuti nelle democrazie più consolidate, ma che hanno trovato un fecondo terreno di sperimentazione in America latina, seppur seguendo procedure e percorsi storico-politici talvolta profondamente differenti²³.

Come emergerà dallo studio, la storia degli organi elettorali di molti ordinamenti latino-americani è intimamente legata alla nozione di democrazia e di transizione democratica²⁴. La *ratio* sottesa alla creazione di tali organismi è stata

reclami che in questione siano accertati, nonché compie le altre funzioni riconosciute dalla Costituzione e dalle leggi.

²⁰ Per un commento al sistema elettorale cubano, alla luce della *Ley Electoral No. 72/92*, cfr. A. Noguera Fernández, *La participación popular en Cuba. Análisis jurídico y propuestas dentro del contexto cubano para su perfeccionamiento*, cit., in part. 498.

²¹ L'art. 173 della Costituzione del Nicaragua prevede che «il Consejo Supremo Electoral tiene las siguientes atribuciones: 1. Organizar y dirigir las elecciones, plebiscitos o referendos que se convoquen de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la ley. 2. Nombrar a los miembros de los demás organismos electorales de acuerdo con la Ley Electoral. 3. Elaborar el calendario electoral. 4. Aplicar las disposiciones constitucionales y legales referentes al proceso electoral. 5. Conocer y resolver en última instancia de las resoluciones que dicten los organismos electorales subordinados y de las reclamaciones e impugnaciones que presenten los partidos políticos. [...] 13. Vigilar y resolver los conflictos sobre la legitimidad de los representantes y directivos de los partidos políticos y sobre el cumplimiento de disposiciones legales que se refieran a los partidos políticos, sus estatutos y reglamentos».

²² Per uno studio ampio sul Tribunale Supremo elettorale del Costa Rica e sulla sua evoluzione storica, cfr. C.M. Chinchilla, *La creación del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica en 1949: sus antecedentes y significado en la institucionalidad nacional*, in *Revista Derecho Electoral*, 2010, n. 9, 1 ss.

²³ Cfr. L. Pegoraro, *Il controllo sulle elezioni: discipline coinvolte e modelli*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bologna, 2011, 31 ss.

²⁴ Sul carattere del tutto originale dei sistemi costituzionali latino-americani, cfr., nella sterminata bibliografia, G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana nel bicentenario dell'indipendenza*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2012, 2, 326 ss.; L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico. La qualità della democrazia agli inizi del nuovo millennio e transizioni costituzionali e consolidamento democratico in America Latina*, in A. Di Giovine, S. Sicardi (a cura di), *Democrazie imperfette*, Torino, 2005, 135 ss. Cfr. anche R. Bifulco (a cura di), *Ordinamenti federali comparati. II. America Latina, India, Europa, Unione*

quella di garantire trasparenza e credibilità ai procedimenti elettorali, come condizione necessaria per favorire una transizione effettiva verso forme di Stato democratiche²⁵.

Il modello latino-americano – a cui la nuova Costituzione cubana sembra ispirarsi, nell'introduzione e nella configurazione del nuovo Consiglio Elettorale – può definirsi una “soluzione innovativa” che si differenzia enormemente dalle modalità attraverso le quali, nel corso della storia costituzionale della “vecchia” Europa e degli Stati Uniti, si è manifestata l'attività di verifica e di controllo delle procedure elettorali²⁶.

Lo scopo delle pagine che seguono è allora quello di dare conto, senza pretesa di esaustività, di alcune esperienze latino-americane di giustizia elettorale, per poi concentrarsi sul caso cubano e, in particolare, sulle scelte della nuova Carta costituzionale in materia.

2. Il controllo sui procedimenti elettorali: modelli a confronto

720

Dalla presentazione delle candidature allo svolgimento della campagna elettorale, sino alla regolarità del voto e dei risultati finali, i procedimenti elettorali evidenziano un susseguirsi di fasi e di relative posizioni soggettive che gli ordinamenti giuridici tendono a tutelare, in quanto esse assurgono al rango di diritti costituzionali²⁷.

Ne consegue che un controllo neutrale della regolarità delle elezioni e dei risultati elettorali costituisce un fattore essenziale per rafforzare la legittimazione democratica dei governi e delle maggioranze parlamentari, oltre a concorrere al miglioramento della qualità degli istituti portanti la democrazia, nel suo significato ampio e polisemico.

Autorevole dottrina ha sottolineato l'importanza della funzione esplicita dall'attività di verifica in collegamento con il concetto di elezioni e con quello di sovranità popolare²⁸. Negli ordinamenti di democrazia pluralista, le elezioni rappresentano, infatti, lo strumento per eccellenza di espressione della volontà popolare, nell'ambito di un procedimento in cui devono essere normativamente seguiti determinati *standards* qualitativi²⁹. Tra questi, essenziale è la libertà di

europa, Torino, 2012.

²⁵ Cfr., più nel dettaglio, F. Biagi, *Da Montesquieu a Bolívar: un quarto potere? I sistemi di contenzioso elettorale in America Latina*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 152, in part. 161.

²⁶ Così 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?*, cit., 46, in part. 48.

²⁷ Sul punto, S. Picado, *Derechos políticos como derechos humanos*, in D. Nohlen, D. Zovatto, J. Henríquez Orozco, J. Thompson (coord.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, cit., 48.

²⁸ Cfr. F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giur. cost.*, 1998, 2959, in part. 2861. Sul punto, si veda anche F. Lanchester, *Voto (diritto di): a) Diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1107 ss.

²⁹ L'esistenza almeno di un organo direttamente rappresentativo viene, dunque, comunemente ritenuta la condizione minima indispensabile (sia pur non sufficiente) affinché si possa parlare di democrazia: in questo senso, G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2015, 325, il quale sottolinea come sia necessario che l'elezione diretta non sia pura formalità. Cfr. anche P.

sceita dell'elettore (che non è limitata al solo momento costitutivo dell'espressione stessa, ma si estende sia alla fase preparatoria che a quella della verifica dei risultati), così come il principio di eguaglianza delle opportunità tra i concorrenti, «poiché l'atto elettivo si inserisce in un'arena caratterizzata teoricamente dal principio della trasparenza» e «l'ordinamento deve garantire che il procedimento elettivo in tutte le sue fasi mantenga le caratteristiche di libertà e prevedibilità richieste dalla qualità democratica dello stesso»³⁰.

Le soluzioni istituzionali scelte dai diversi ordinamenti per assicurare la correttezza e la trasparenza del processo elettorale, appaiono storicamente piuttosto diversificate, ma riconducibili (in estrema sintesi) ad alcune classificazioni generali: da un modello che mantiene il controllo in seno all'assemblea parlamentare e, dunque, affida la verifica della regolarità delle elezioni ad organi non giurisdizionali, ma di natura politica (come quello italiano o statunitense)³¹ a un modello di verifica della regolarità dei procedimenti elettorali che affida tale competenza ai giudici, ordinari (come nel caso del Regno

Martelli, *Elezioni e democrazia rappresentativa. Un'introduzione teorica*, Roma-Bari, 1999, 3. Cfr. anche V.A. Pizzorno, *Mutamenti nelle istituzioni rappresentative e sviluppo dei partiti politici*, in E.J. Hobsbawm, P. Bairoch (a cura di), *Storia dell'Europa contemporanea*, Torino, 1996, 961; G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, 340 ss. In materia, in una bibliografia sterminata, cfr. anche R. Lucifredi, *Elementi di diritto pubblico*, Genova, 1988, in part. 122, che ritiene come sia «convizione comune che una buona rappresentanza possa realizzarsi soltanto attraverso un sistema a base elettorale, e tale convizione [sia] stata suffragata dal fallimento dei tentativi fatti talvolta dagli Stati totalitari per svincolare il concetto di rappresentanza dal sistema elettorale, realizzando, indipendentemente da elezioni, organi costituzionali formati in modo da potersi dire ugualmente genuini esponenti del popolo organizzato nello Stato. In realtà, negli organi creati con tali procedimenti risulta mancante ogni collegamento tra la volontà effettiva del popolo e la volontà manifestata dai suoi pretesi rappresentanti».

³⁰ Si veda ancora F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, cit., 2862.

³¹ Il potere del Legislativo di svolgere un controllo sulle procedure elettorali ha un'origine storica e costituzionale risalente nel tempo e si riconnette alla necessità dei parlamenti medesimi, espressione della rappresentanza popolare, di assicurare a sé stessi indipendenza istituzionale dagli altri poteri e autonomia organizzativa. La tutela della correttezza dei procedimenti elettorali rientra così tra gli istituti propri degli *interna corporis* delle assemblee parlamentari: il principale di questi è costituito dalla "verifica dei poteri" o, secondo diverse valenze semantiche, "verifica dei titoli di ammissione"; "verifica delle elezioni"; "verifica della composizione delle Camere". L'espressione "verifica dei poteri" è da attribuire a Pietro Virga: P. Virga, *La verifica dei poteri*, Palermo, 1949, 5, il quale la intendeva come «sindacato sulla legittimità delle operazioni elettorali o dell'atto di nomina e sulla sussistenza dei requisiti di capacità dalla legge richiesti per conseguire e conservare l'ufficio di membro del Parlamento». Per la bibliografia italiana che si è occupata delle diverse espressioni terminologiche, con riferimenti anche ad esperienze comparate, cfr., ad esempio, M.L. Mazzoni Honorati, *Osservazioni sulla verifica dei poteri in Francia, Gran Bretagna, Germania federale e Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 1412 ss. Ampio è lo studio di G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedurali*, in *Rass. parlam.*, 2006, 785 ss.; e di L. Trucco, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – mai superate – e nuove questioni*, in *Rass. parlam.*, 2006, 809 ss. Sugli Stati Uniti, per una ricostruzione dettagliata, S. Pennicino, "Autarchia" parlamentare: la verifica dei poteri. Stati Uniti d'America, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 59, in part. 64. Cfr. anche F.G. Pizzetti, *Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, Torino, 2002; P. Pasquino, *Bush v. Gore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 833 ss.; P. Passaglia, *La Corte Suprema statunitense decide il caso Bush v. Gore*, in *Foro it.*, 2001, 195 ss.; V. Barsotti, *Bush v. Gore e il mancato esercizio delle "virtù passive"*, in *Foro it.*, 2001, 201 ss.

Unito³²), costituzionali (come nel modello francese³³) o specializzati, ma sempre parti del potere giudiziario (come in Argentina o in Brasile)³⁴ o, comunque, aventi uno *status* assimilabile a quello proprio dei giudici costituzionali (come nel caso del Messico)³⁵.

³² L'esperienza costituzionale del Regno Unito è caratterizzata dal passaggio dal principio della convalida riservata (introdotta nel 1604 con il celebre caso *Goodwin vs Fortescue*: L.L. Peck, *Goodwin v. Fortescue: the Local Context of Parliamentary Controversy*, in *Parl. Hist.*, 1984, 3, 33; E.N. Lindquist, *The Case of Sir Francis Goodwin*, in *Eng. Hist. Rev.*, 1989, vol. 104, n. 412, 670) all'approvazione del *Parliamentary Election Act* del 1868, con il quale si è affidata la tutela della correttezza dei procedimenti elettorali alla magistratura ordinaria, in particolare, alle decisioni (vincolanti per il Parlamento) di una sezione composta da due magistrati, appositamente costituita nell'ambito della *Queens' Bench Division* della *High Court of Justice*. Con il *Political Parties, Elections and Referendums Act* del 2000 (poi modificato dal *Political Parties and Elections Act* del 2009), è stata poi istituita una *Electoral Commission*, nonché introdotta una nuova disciplina riguardante il finanziamento dei partiti politici: un interessante studio comparato si ritrova in C.S. Elmendorf, *Elections Commission and Electoral Reform: An Overview*, in *Election Law Journal*, 2006, vol. 5, n. 4, 425 ss.

³³ La bibliografia è ampia. Cfr. ad esempio B. Daugeron, *Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel: la «vérification des pouvoirs», histoire et théorie*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n. 41, 1-10. Sull'evoluzione storica, L. Philip, *Le contentieux des élections aux Assemblées politiques françaises. De la vérification des pouvoirs par les Chambres au control juridictionnel du Conseil constitutionnel*, Paris, R. Pichons et R. Durand-Auzias, 1961.

³⁴ In Brasile, l'art. 118 della Costituzione individua il sistema di giustizia elettorale nelle giunte elettorali, nei giudici elettorali, nei tribunali regionali elettorali e nel *Tribunal Superior Eleitoral* (composto da magistrati appartenenti alle supreme giurisdizioni). In Argentina, le questioni inerenti alla normativa in materia elettorale sono state affidate alla *Justicia nacional electoral*, foro specializzato e ramo indipendente del potere giudiziario. Per i riferimenti bibliografici e per un maggiore approfondimento, si rinvia a G. Rolla, *La tutela dei diritti costituzionali*, Roma, 2012, in part. 99 ss.

³⁵ Ampio lo studio di C. Báez, L. Efrén Vega (eds), *Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México. Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*, Madrid, 2013. La storia costituzionale messicana è caratterizzata da numerose riforme elettorali, le quali, soprattutto a partire dagli anni Settanta, hanno svolto un ruolo cruciale nel processo di democratizzazione del paese, attuando il pluripartitismo e l'alternanza al potere, al di là del *Partido Revolucionario Institucional (PRI)*, sino a quegli anni vero e proprio partito egemonico. Sino al 1993, in generale, prevaleva in Messico il sistema di verifica delle elezioni detto di "autocontrollo", nel senso che era compito del Collegio elettorale di ciascuna Camera controllare l'elezione dei propri membri: sul sistema di c.d. "autocontrollo", cfr. F. Elias Calles, *Innovaciones en la administración de la justicia*, in Aa.Vv., *Testimonios sobre el desempeño del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y su contribución al desarrollo político democrático de México*, Mexico, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, 70 ss. Il primo passo verso la "judicialización" dei processi elettorali si ha nel 1977: attraverso la modifica dell'art. 60 della Costituzione del 1917, infatti, viene previsto un "recurso de reclamación" dinanzi alla *Suprema Corte de Justicia de la Nación* contro le decisioni adottate dal Collegio elettorale della Camera dei deputati. Va detto, tuttavia, che le decisioni della Corte non erano considerate giuridicamente vincolanti, bensì mere raccomandazioni, la cui efficacia veniva rimessa alla volontà dell'organo politico-legislativo. Sebbene l'ultima parola spettasse al Collegio elettorale, è evidente che il "seme di un nuovo sistema" era stato piantato. Nel 1986, infatti, fu nuovamente modificato l'art. 60 della Costituzione e, per la prima volta nella storia messicana, venne previsto il *Tribunal Contencioso Electoral*, un Tribunale specializzato in materia elettorale. L'art. 60 del testo costituzionale specificava, tuttavia, che le decisioni del Tribunale, pur obbligatorie, potevano essere modificate dai Collegi elettorali di ciascuna Camera, i quali continuavano così a conservare, quale ultima istanza, il potere di controllare le elezioni. Nel 1993, data storica per la giustizia elettorale messicana, il sistema di "autocontrollo" venne sostituito da quello di "eterocontrollo" o di "revisione giurisdizionale". La riforma costituzionale, infatti, nel prevedere l'eliminazione dei Collegi elettorali, attribuiva agli organi dell'*Instituto Federal Electoral* – organo autonomo di natura amministrativa – la determinazione iniziale in merito al risultato delle elezioni creando, così, una sorta di primo

Una peculiare differenziazione si rinviene, in materia, tra le soluzioni brevemente richiamate e alcune esperienze dell'America latina, ove si è generalmente optato per l'esternalizzazione delle funzioni legate al controllo dei procedimenti elettorali, attraverso la creazione di organi neutrali/indipendenti, siano essi a composizione tecnica o politica³⁶.

Occorre invero premettere che i modelli adottati nel continente latino-americano si presentano, a loro volta, assai diversificati, per storia, specificità culturali, complessità, organizzazione territoriale e fasi dello sviluppo dello stato democratico³⁷.

Ciò detto e ben consapevoli dell'estrema sinteticità di quanto si dirà, in alcuni casi si è optato – secondo le teorizzazioni di Simón Bolívar – per l'individuazione, accanto ai tre “tradizionali” poteri, di un “quarto potere dello Stato”, il *poder electoral*³⁸.

La teorizzazione di tale potere ha esercitato una forte influenza sui costituenti latino-americani nel momento in cui sono stati chiamati a disciplinare la gestione e il controllo delle elezioni nei rispettivi paesi³⁹.

grado di giudizio. I risultati elettorali e gli atti di tali organi, relativamente all'elezione di deputati e senatori, potevano poi essere impugnati dinanzi al *Tribunal Federal Electoral*, definito, dalla nuova Costituzione, “organo autonomo” e “massima autorità giurisdizionale”. La riforma elettorale del 2007-2008 può essere considerata una reazione a quanto accaduto nel corso dell'elezione del 2 luglio 2006, evento a cui seguirono durissime contestazioni per presunte irregolarità e brogli elettorali. Ovviamente tra i bersagli principali delle critiche vi era anche l'organo deputato ad organizzare i processi elettorali, vale a dire l'*Instituto Federal Electoral*. La riforma ha introdotto cambiamenti sostanziali che hanno interessato sia l'*Instituto Federal Electoral*, sia il *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. Al di là dei dettagli della riforma, quello che deve essere sottolineato è l'intenso processo di riforme costituzionali che ha interessato, negli ultimi trent'anni, la legislazione elettorale messicana, senza ombra di dubbio una delle priorità nell'agenda dei diversi esecutivi. Il passaggio da un sistema di “autocontrollo” delle elezioni ad un sistema di “eterocontrollo” ha avuto l'evidente merito di dotare di maggiore credibilità, trasparenza e certezza i processi elettorali. Cfr. lo studio di L. Amezcua, F. Biagi, *Messico*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 188.

³⁶ Si rinvia allo studio di F. Biagi, S. Pennicino, *Indipendenza e terzietà del controllo: tribunali e commissioni elettorali*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 145.

³⁷ Le soluzioni che si presentano sono state e sono tuttora estremamente differenziate: da organi con funzioni propriamente amministrative (quale l'*Instituto Federal Electoral* in Messico) a organi con compiti di tipo esclusivamente giurisdizionale (come il *Tribunal Electoral del Poder Judicial* del Messico o il *Jurado Nacional de Elecciones* peruviano) o, ancora, a organi con funzioni sia di tipo giurisdizionale che di tipo amministrativo (come il *Tribunal supremo de elecciones* del Costa Rica).

³⁸ Come noto, negli anni Venti del XIX secolo, Simón Bolívar teorizzò, accanto ai tre poteri “tradizionali”, un quarto potere dello Stato, il quale trovò per la prima volta fondamento nella Costituzione della Bolivia del 19 novembre 1826. La bibliografia è piuttosto ampia. Cfr., tra gli altri, E. Cruz Rodríguez, *Bolívar, dictador y legislador republicano. Influjo romano en su ideario*, in *Historia y Memoria*, 2013, n. 7, 335 ss.; P. Catalano, *Tribunado, Censura, Dictadura: conceptos constitucionales bolivarianos y continuidad romana en América*, in *Quaderni latino-americani*, VIII, Napoli, 1986; E. Rozo Acuña (a cura di), *Simposio Italo-Colombiano, Pensamiento constitucional de Simón Bolívar*, Bogotá, 1983; E. Rozo Acuña, *Il potere elettorale nel diritto pubblico latinoamericano con speciale riferimento al costituzionalismo bolivariano e alla Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2008, 393 ss.

³⁹ Si consenta il riferimento, anche per i richiami bibliografici, a S. Rodríguez, *Il controllo sulle elezioni: dalla “verifica dei poteri” ai Tribunali elettorali. Uno studio comparato*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2013, n. 1, 1 ss. Si richiama anche F. Biagi, *Da Montesquieu a Bolívar: un quarto potere? I sistemi di contenzioso elettorale in America Latina*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S.

Così, a livello istituzionale, il *poder electoral* – «*como rama del poder público*»⁴⁰ – è stato attuato attraverso la creazione di organi elettorali incaricati dell'organizzazione delle elezioni e della risoluzione delle relative controversie. In alcune ipotesi – ad esempio, nel caso del Venezuela, dell'Ecuador, del Nicaragua e della Bolivia⁴¹ – ciò è avvenuto in modo esplicito, prevedendo la ripartizione degli organi dello Stato in «Poder Legislativo, [...] Poder Ejecutivo, [...] Poder Judicial y [...] Poder Electoral»⁴². In altre ipotesi, la configurazione di un “quarto potere” è avvenuta in modo implicito, come nel caso della Costituzione del Costa Rica, in cui prima si afferma – all'art. 9, comma 1 – che il Governo della Repubblica è esercitato da «tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial» e poi si precisa – al comma 3 della medesima previsione – che «un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio»⁴³.

In via più generale, nella maggioranza dei casi, il compito di nominare e di rimuovere i membri di tali organi spetta ad organismi di tipo politico (sostanzialmente il Parlamento), i quali vengono così dotati del potere di controllo sull'operato degli organi elettorali. Si pensi, ad esempio, all'art. 296 della Costituzione venezuelana, ove viene previsto che «dos o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados o designadas por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Los y las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia».

In alcune ipotesi, le Carte costituzionali prevedono requisiti di idoneità e professionalità per i membri degli organi elettorali, quali l'età, la compatibilità con altri incarichi pubblici, il disimpegno politico o anche condizioni come l'onorabilità e la buona reputazione.

Si pensi, ad esempio, al *Jurado Nacional de Elecciones*, previsto agli artt. 178 e seguenti della *Constitución Política* del Perù del 1933. I membri dell'organo «no pueden ser menores de cuarenta y cinco años ni mayores de setenta. Son elegidos por un período de cuatro años. Pueden ser reelegidos»⁴⁴.

L'art. 180 della Carta costituzionale peruviana prosegue precisando che la carica di membro del *Jurado Nacional de Elecciones* «es incompatible con cualquiera otra función pública. No pueden ser miembros del Pleno del Jurado los candidatos a cargos de elección popular, ni los ciudadanos que desempeñan cargos directivos

Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 159 ss.

⁴⁰ Così E.M. Hernández, L. Tibisay, *Desarollo institucional del poder electoral en Venezuela*, in *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 2003, vol. 9, n. 1, 117, in part. 118.

⁴¹ Sul potere elettorale in Venezuela, ad esempio, R. Méndez García, *Tendencia jurisprudencial sobre el contencioso electoral venezolano en el año 2000*, in *Anuario del Derecho*, 2003, n. 23.

⁴² Cfr., ad esempio, l'art. 7 della *Constitución Política de la República de Nicaragua*.

⁴³ Sul caso del Costa Rica e sulla previsione implicita di un “quarto potere” dello Stato, cfr. R. Pastor, *The Role of Electoral Administration in Democratic Transition: Implications for Policy and Research*, in *Democratization*, 1999, vol. 4, n. 6, 11.

⁴⁴ Cfr. l'art. 180 della Costituzione peruviana.

con carácter nacional en las organizaciones políticas, o que los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación».

Si richiama ancora ad esempio la Costituzione del Nicaragua la quale, all'art. 264, prevede che «los cargos de presidente y jueces del Consejo Nacional de Elecciones son incompatibles con el ejercicio de cualquier otro cargo retribuido con fondos fiscales o municipales, y con toda participación en la política, salvo la emisión del voto en las elecciones». Agli artt. 265 e 266, viene inoltre precisato che «El período de los miembros del Consejo Nacional de Elecciones será de seis años, y empezará en la fecha que la ley electoral señale. [...]. El Consejo Nacional de Elecciones es autónomo y permanente».

Da questi brevi richiami, emerge chiaramente come la *ratio* dell'istituzione, in America latina, di organi specializzati in materia elettorale, vada rinvenuta affondando «le ricerche nella storia»⁴⁵ e, in particolare, in quei processi di transizione verso forme di Stato democratiche che hanno caratterizzato quei paesi a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso⁴⁶.

Le “nuove democrazie”, sorte «dalle macerie della devastazione autoritaria»⁴⁷, dovettero affrontare contemporaneamente enormi problemi politici e socio-economici.

Sul versante politico, si trovarono a dover gestire Stati dalle strutture e dalle ideologie autoritarie, che mal si adattavano alla costruzione di uno Stato democratico. Sul versante socio-economico, le diseguaglianze crescenti e la povertà di vasti settori della società determinarono un certo *desencanto* nei confronti della democrazia e la nascita di sentimenti avversi alla politica e ai partiti politici in generale⁴⁸.

In questo delicato contesto di destrutturazione politica e di società frammentate – a cui si è qui fatto solo un cenno – è evidente che l'idea di *poder electoral* e, di conseguenza, la creazione di organismi esterni ai tre tradizionali poteri dello Stato, volti a garantire la trasparenza e la credibilità dei processi elettorali, si è posta come una necessità dell'evoluzione storica ed istituzionale di quelle democrazie che, ancora oggi, presentano indici di incertezza ed incompiutezza.

⁴⁵ D'altronde, «solo affondando le ricerche nella storia è possibile cogliere le radici di istituti e discipline, svelare i crittotipi, capire analogie e differenze. La storia giuridica, insomma, assolve a una funzione ancillare – ancorché importantissima – rispetto al fine principale della comparazione»: L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, 111.

⁴⁶ In questo senso, F. Biagi, *Da Montesquieu a Bolívar: un quarto potere? I sistemi di contenziioso elettorale in America Latina*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 152, in part. 161. Si richiama ancora L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico. La qualità della democrazia agli inizi del nuovo millennio*, cit., 135.

⁴⁷ Così nello studio di G. Alberti, *Il deficit istituzionale dello Stato in America Latina*, in *Scienza & Politica*, 2006, 35, 41, in part. 53.

⁴⁸ Cfr. ancora G. Alberti, *Il deficit istituzionale dello Stato in America Latina*, cit., in part. 53, il quale si sofferma anche sul versante economico e, in particolare, sull'esplosione del debito pubblico e sulla necessità, emersa successivamente, di attuare notevoli trasformazioni del ruolo dello Stato nell'economia e nella stessa struttura economica, con intensi processi di liberalizzazione e di privatizzazioni.

La creazione, in alcuni paesi latino-americani, di un “quarto potere” dello Stato ha inevitabilmente (ma faticosamente) contribuito ad “instillare” i principi democratici, dopo lunghi anni di autoritarismi o di capillare penetrazione militare nelle strutture dello Stato, ovvero di sistemi caratterizzati da partiti egemonici.

3. Natura, funzioni e composizione del nuovo *Consejo Electoral Nacional*: l’influenza del costituzionalismo latino-americano

L’influenza dei modelli latino-americani a cui si è accennato sembra aver giocato un ruolo fondamentale nella scelta di introdurre, nella nuova Costituzione cubana, un’apposita disciplina dedicata al controllo elettorale, del tutto assente nella Costituzione previgente e solo demandata a norme di rango legislativo⁴⁹.

Al Titolo IX, Capitolo II, in particolare, si disciplina il nuovo Consiglio Elettorale Nazionale, «órgano del Estado que tiene como misión fundamental organizar, dirigir y supervisar las elecciones, consultas populares, plebiscitos y referendos que se convoquen».

726

Lo scopo è quello – come precisato all’art. 211, comma 3 – di garantire la «confiabilidad, transparencia, celeridad, publicidad, autenticidad e imparcialidad de los procesos de participación democrática». Viene così istituito un organo *ad hoc*, a competenza “mista”, dotato cioè di funzioni regolamentari, amministrative e contenziose ed incaricato dell’organizzazione, della gestione e del controllo dei procedimenti in questione, nonché della risoluzione delle relative controversie.

Rispetto alle Costituzioni dei paesi latino-americani richiamati, in cui vengono numerate espressamente ed in modo dettagliato le funzioni degli organi elettorali⁵⁰, la nuova Costituzione cubana presenta disposizioni senza ombra di dubbio più generiche, allorquando – ad esempio – al comma 2 dell’art. 211, viene affermato, senza null’altro specificare, che il Consiglio Elettorale Nazionale «tramita y responde las reclamaciones que en esta materia se establezcan, así como cumple las demás funciones reconocidas en la Constitución y las leyes»⁵¹.

Analogamente alle scelte adottate nei testi costituzionali tipici di quello che è stato definito «costituzionalismo innovativo»⁵², ove la funzione di nomina e di

⁴⁹ Si fa riferimento, in particolare, alla *Ley Electoral No. 72* del 1992, la quale prevedeva organi elettorali deputati anche alla risoluzione dei reclami in materia: cfr. più avanti nel testo.

⁵⁰ Per esempio, l’art. 173 della Costituzione del Nicaragua specifica, in modo dettagliato che «il Consejo Supremo Electoral tiene las siguientes atribuciones: 1. Organizar y dirigir las elecciones, plebiscitos o referendos que se convoquen de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la ley. 2. Nombrar a los miembros de los demás organismos electorales de acuerdo con la Ley Electoral. 3. Elaborar el calendario electoral. 4. Aplicar las disposiciones constitucionales y legales referentes al proceso electoral. 5. Conocer y resolver en última instancia de las resoluciones que dicten los organismos electorales subordinados y de las reclamaciones e impugnaciones que presenten los partidos políticos. [...] 13. Vigilar y resolver los conflictos sobre la legitimidad de los representantes y directivos de los partidos políticos y sobre el cumplimiento de disposiciones legales que se refieran a los partidos políticos, sus estatutos y reglamentos».

⁵¹ A differenza dell’art. 173 della Costituzione del Nicaragua, richiamato nella nt. precedente, non viene ad esempio specificato se il Consiglio Elettorale Nazionale conosca o meno, in ultima istanza, le impugnazioni presentate contro le decisioni degli organi elettorali subordinati.

⁵² Con ciò intendendosi il costituzionalismo latino-americano e le scelte adottate in materia di

rimozione dei membri degli organi elettorali spetta ad organismi di tipo politico (sostanzialmente il Parlamento), anche nella nuova Costituzione cubana viene previsto, all'art. 213, comma 2, che i componenti del Consiglio Elettorale Nazionale sono eletti e revocati, a seconda dei casi, dall'Assemblea Nazionale del *Poder Popular* o, in sua vece, dal Consiglio di Stato, questi ultimi dotati, dunque, del potere di controllo sull'operato dell'organo elettorale.

Come nelle Carte costituzionali che hanno previsto – in modo esplicito o implicito – la configurazione di un “quarto potere” dello Stato, introducendo requisiti di idoneità e professionalità per i membri degli organi elettorali, quali l'incompatibilità con altri incarichi pubblici e il disimpegno politico, nel nuovo Capitolo II, Titolo IX, della Costituzione cubana, viene precisato che il Consiglio Elettorale Nazionale è organo dotato di «independencia funcional respecto a cualquier otro órgano», e che «no pueden ser miembros de los órganos electorales los que resulten nominados u ocupen cargos de elección popular».

Le funzioni del Consiglio Elettorale comprendono non solo la gestione dei «procesos de participación democrática»⁵³ e la decisione sulle «reclamaciones» che dovessero essere presentate, ma altresì la «confección y actualización del Registro Electoral, de conformidad con lo establecido en la ley»⁵⁴.

L'attività di controllo del Registro Elettorale costituisce, in particolare, una funzione di estrema importanza se è vero, come attenta dottrina ha sottolineato, che «la organización de un registro electoral confiable constituye el pilar básico sobre el cual reposa toda la estructura electoral y, cuando se está examinando el proceso electoral de un país, es factor decisivo para calificar su credibilidad»⁵⁵.

La disciplina introdotta dalla nuova Carta costituzionale ha avuto un inevitabile impatto sulle disposizioni legislative vigenti in materia elettorale e, in particolare, sulla *Ley Electoral No. 72* del 29 ottobre 1992. Il 13 luglio 2019, infatti, la *Asamblea Nacional* ha approvato la *Ley Electoral No. 127*, che recepisce le modifiche introdotte dal nuovo testo costituzionale⁵⁶.

giustizia elettorale: F. Biagi, S. Pennicino, *Indipendenza e terzietà del controllo: tribunali e commissioni elettorali*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 145.

⁵³ Cfr. l'art. 211, comma 3 del testo costituzionale.

⁵⁴ Cfr. in particolare l'art. 215 della nuova Carta costituzionale. Sull'importanza della funzione di supervisione del Registro Elettorale, «organismo al que, necesariamente, le corresponde, en forma indisoluble, integrar el ejercicio de la función del Poder Electoral», J. Chávez Malina, *El Poder Electoral*, in *Ius et veritas*, 1994, n. 9, 123, in part. 125.

⁵⁵ Così nello studio di C.A. Urruty, *Los registros electorales*, in D. Nohlen, D. Zovatto, J. Henríquez Orozco, J. Thompson (coord.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, cit., 463, che prosegue affermando come a poco serve introdurre norme che garantiscano il voto libero e segreto se poi non si prevede un controllo effettivo ed efficace sul Registro Elettorale: «De poco sirve establecer normas que aseguren que el elector se exprese libremente y exento de presiones cuando está emitiendo su voto y que eliminen maniobras conducentes a desnaturalizar el cómputo de los sufragios, torciendo el resultado de la elección, si esas normas no están precedidas de otras que consagren las mismas garantías respecto a los actos previos a la elección, igualmente decisivos en ese resultado. Ésa es la razón que explica que en la década de 1980, en que varios países de América Latina accedieron o recuperaron la democracia como sistema de gobierno, la primera preocupación fuera la de dotar a los procesos electorales de un registro electoral confiable, como garantía básica de su pureza».

⁵⁶ La nuova Legge elettorale è pubblicata nella «Gaceta Oficial No. 60 Ordinaria de 19 de

Gli artt. 16 e seguenti della Legge elettorale n. 72 del 1992 prevedevano una particolare struttura degli organi elettorali, tutti dotati di funzioni amministrative, contenziose e regolamentari e divisi, a seconda dei tre livelli di governo (nazionale, provinciale e municipale), in *Comisión Electoral Nacional*, *Comisiones Electorales Provinciales*, *Municipales y de Distritos*, *Comisiones Electorales de Circunscripción* e, infine, *Comisiones Electorales Especiales*.

Il *Consejo de Estado* nominava e revocava i membri della *Comisión Electoral Nacional*, la quale, ai sensi dell'art. 22 della *Ley Electoral No. 72/92*, esercitava, tra le altre, la funzione di conoscere e risolvere, in ultima istanza, le impugnazioni presentate contro le decisioni degli organi elettorali subordinati: «j) tramitar y resolver las reclamaciones que se interpongan contra sus resoluciones y acuerdos y, en última instancia, las que se interpongan contra las resoluciones y acuerdos de las Comisiones Electorales Provinciales»⁵⁷.

La nuova Legge elettorale ha ora l'obiettivo «de incorporar las modificaciones introducidas en el orden constitucional refrendado en el Por Cuanto anterior, tiene en cuenta la experiencia adquirida de los procesos electorales, bajo la vigencia de la Ley No. 72, “Ley Electoral”, de 29 de octubre de 1992, modificada por el Decreto-Ley No. 248, “Del Sistema de Identificación y del Registro de Electores”, de 31 de agosto de 2007 y así contribuye a una mayor organización y funcionamiento de los procesos electorales dentro del sistema electoral cubano».

La *Ley Electoral No. 127/2019* recepisce, dunque, le novità introdotte dalla nuova Costituzione, specificando la composizione e le funzioni del *Consejo Electoral Nacional*, i rapporti con gli altri organi elettorali e con gli altri organi dello Stato.

Per quanto riguarda il controllo sui procedimenti elettorali, viene ora previsto, all'art. 23, comma 1, che sono organi elettorali «el Consejo Electoral Nacional, los consejos electorales provinciales y los consejos electorales municipales» e, all'art. 31, comma 1, che «todos los órganos estatales, sus directivos y funcionarios, así como las entidades, están obligados a colaborar con el Consejo Electoral Nacional en el ejercicio de sus funciones».

Tra le diverse attribuzioni del Consiglio Elettorale, merita di essere segnalata quella prevista alla lett. j) dell'art. 35 della nuova Legge elettorale, ove viene specificato che l'organo di controllo deve coordinare «la estrategia y

agosto de 2019». Notizie sull'approvazione della nuova legge elettorale si rinvencono, ad esempio, in www.dw.com/es/parlamento-en-cuba-aprueba-nueva-ley-electoral/a-49584787.

⁵⁷ La Legge elettorale No. 72 del 1992 si legge in www.parlamentocubano.cu/wp-content/uploads/LEY-ELECTORAL.pdf. Gli artt. 38 e seguenti della *Ley Electoral No. 72/92*, prevedevano un particolare sistema di *reclamaciones*, statuendo, in particolare, che «Las disposiciones de las Comisiones Electorales que afectan los derechos electorales de los ciudadanos son recurribles hasta diez (10) días antes de la celebración de las elecciones. [...] Las reclamaciones [...] se presentan por escrito ante la propia Comisión Electoral que dictó la disposición en la que se exprese [...]. La resolución dictada puede ser impugnada dentro del término de dos (2) días ante la Comisión Electoral de jerarquía inmediata superior, la que resuelve, con carácter definitivo, dentro de los cuatro (4) días siguientes. El escrito se presenta ante la Comisión Electoral que dictó la resolución impugnada. Si se trata de una disposición dictada por la Comisión Electoral Nacional corresponde a esta conocer, en única instancia, de la reclamación».

campaña de comunicación del proceso que se convoque». Non è un caso che la disposizione parli di campagna di comunicazione e non di campagna elettorale.

È evidente, infatti, che in un sistema ove non esiste il pluripartitismo, bensì il partito unico, «fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado» (art. 5 Cost.), il concetto di “campaña de comunicación” debba essere tenuto ben distinto da quello di “campaña electoral”, intesa in via generale come momento in cui i diversi partiti politici in competizione «buscan, comunicar sus programas e ideas, movilizar a sus simpatizantes e influir y politizar a la población en el sentido de captar sus preferencias políticas»⁵⁸.

Tuttavia, se è vero, da un lato, che il sistema elettorale cubano esclude qualsivoglia forma di propaganda elettorale individuale⁵⁹, dall’altro lato, non resta che attendere la piena operatività del Consiglio Elettorale Nazionale, al fine di valutare le modalità attraverso cui verranno espletate le funzioni di “elaborazione e gestione della strategia e della campagna di comunicazione” e, in particolare, quali saranno i meccanismi («de debates [?], conservatorios [?]»⁶⁰) attraverso cui verrà veicolata l’informazione verso l’elettorato.

4. Riflessioni conclusive su potenzialità e aspetti critici

Il sistema giuridico cubano rappresenta un caso pressoché unico nel panorama mondiale, essendo la sua storia caratterizzata da dominazioni ed indipendenze, prima dalla Spagna, poi dagli Stati Uniti d’America⁶¹, nonché dal successivo avvicinamento agli ordinamenti socialisti del c.d. blocco sovietico⁶².

⁵⁸ Così M. Lauga, J.I. García Rodríguez, *La campaña electoral: publicidad/propaganda, periodo, prohibiciones*, in D. Nohlen, D. Zovatto, J. Henríquez Orozco, J. Thompson (coord.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, cit., 711.

⁵⁹ Nell’*Anuario Estadístico de Cuba 2016*, al *Capítulo 22 (Proceso Electoral en Cuba)*, Edición 2017, in part. 5, viene infatti specificato che il processo elettorale cubano non contempla campagne elettorali e che «los candidatos no pueden realizar ninguna actividad a favor de su candidatura»: reperibile in *www.one.cu*. Cfr. altresì A. Noguera Fernández, *La participación popular en Cuba. Análisis jurídico y propuestas dentro del contexto cubano para su perfeccionamiento*, cit., in part. 498, il quale ribadisce, richiamando la *Ley Electoral* No. 72/1992, l’«inexistencia de campañas electorales discriminatorias, millonarias, ofensivas y difamatorias. Los candidatos no pueden realizar ninguna actividad a favor de su candidatura, pues esta tarea es exclusiva de las comisiones electorales, que la efectúan sin preferencia de ningún tipo».

⁶⁰ Cfr. M. Fernández Pérez, *El nuevo Consejo Electoral Nacional en Cuba. ¿ Quiénes son y qué hacen ?*, in *oncubanews.com/cuba/el-nuevo-consejo-electoral-nacional-en-cuba-quienes-son-y-que-hacen/*: «Si bien la ley excluye todo tipo de propaganda electoral individual, no hace referencia a otros mecanismos que tengan los electores para conocer por quiénes ellos están votando, mas allá de su biografía, por lo que las autoridades electorales podrían establecer mecanismos de debates, conversatorios, etcétera, entre los nominados y sus electores, para que estos sepan, mas allá de las frías biografías pegadas en una pared, en quién están depositando su cuota de soberanía».

⁶¹ Cfr. B. Bernal, *Las Constituciones de Cuba Republicana*, cit., in part. 17, in cui – nell’analizzare la Costituzione cubana del 1901 – si afferma espressamente che «Por la vía de la *Declaration of Virginia* (1776) que quedó plasmando en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1778), de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) que desembocó en la Constitución francesa de 1791, de la Constitución española de 1869 y de las Constituciones de “Cuba en armas”, llegaron a los constituyentes los principios que integrarían la Constitución de 1901».

⁶² Questo passaggio comportò un trapianto molto difficile di regole ed istituti del tutto nuovi

Non può essere negato, tuttavia, che Cuba è parte dello spazio iberoamericano e che con i paesi latino-americani condivide aspetti storico-culturali comuni⁶³.

È in quei paesi, peraltro, che il condizionamento del contesto politico, economico e sociale è stato determinante, con ciò favorendo il formarsi di istituti originali e di ibridi⁶⁴.

Un sistema che si è contraddistinto per l'eterogeneità delle esperienze, che fanno di tali realtà un vero e proprio *patchwork* costituzionale⁶⁵. Un'originalità che si riscontra tanto per gli strumenti di partecipazione politica (variegati, innumerevoli ed aventi, molto spesso, natura non ancora del tutto articolata), quanto per gli istituti di giustizia elettorale.

Un costituzionalismo, quello di alcuni Stati dell'America latina, definito «innovativo»⁶⁶, per la scelta di affidare il controllo dei procedimenti elettorali ad organi esterni ai tre tradizionali poteri dello Stato, ma inseriti – a loro volta – in un complesso tessuto di organi costituzionali deputati ad assicurare trasparenza e neutralità nella gestione dei processi elettivi.

Lo scopo è stato quello – dopo i lunghi anni di autoritarismo militare⁶⁷ – di migliorare la qualità della democrazia e la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni rappresentative, attraverso organi *ad hoc* operanti in piena autonomia ed indipendenza nei confronti degli altri poteri dello Stato.

Le criticità emerse sono state, tuttavia, molteplici. Se, da un lato, è risultata chiara la volontà politica di ampliare – attraverso norme di rango costituzionale – la partecipazione popolare e di garantire trasparenza e neutralità nella gestione dei processi elettivi, dall'altro lato, è apparso ed appare ancora forte ed attuale il rischio di usi distorti sia degli strumenti di partecipazione che dei meccanismi di controllo elettorale, come se le transizioni costituzionali risentissero ancora del precedente assetto politico⁶⁸.

ed estranei ad un sistema che si era formato sulla base del diritto ispanico: cfr. D. Evenson, *Law and Society in Contemporary Cuba*, London, 2003. Sui caratteri della Costituzione socialista, cfr. J. Peraza Chapeau, *El derecho constitucional y la Constitución*, in L. Pérez Hernández, M. Priero Valdés (coord.), *Tomos de derecho constitucional cubano*, La Habana, 2000, 11 ss.

⁶³ In questo senso, si veda quanto affermato nelle premesse al suo studio da G. Crepaldi, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, Torino, 2015, in part. 1 ss., ove viene poi ricostruita nel dettaglio l'evoluzione storica del costituzionalismo cubano, sino alle più recenti vicende.

⁶⁴ Si veda G. Rolla, *La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*, in *Ponencia desarrolladas*, Arequipa, 2005, 37 ss.; Id., *Técnicas de garantías y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Consideraciones sobre las Constituciones de América latina e de la Unión europea*, in D. Valadese, M. Carbonell (coord.), *El Estado constitucional contemporáneo*, México, 2006, 41 ss.

⁶⁵ Si segnala, anche per i più completi riferimenti bibliografici, G. Rolla, *Diritti autonomie giustizia costituzionale. Scritti di diritto pubblico comparato*, Napoli, 2015, in part. 291 ss. Sulle transizioni costituzionali e sui processi di democratizzazione e di procedure costituzionali *pactadas*, E. Ceccherini, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano, 2002.

⁶⁶ Così F. Biagi, S. Pennicino, *Indipendenza e terzietà del controllo: tribunali e commissioni elettorali*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 145.

⁶⁷ La dottrina ha parlato della «Nueva América Latina de la década de 1990»: così F. Panizza, *La marea rosa*, in M. Alcántara Sáez y Fátima García Díez (eds.), *Elecciones y política en América Latina*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 15, in part. 17.

⁶⁸ Sia sufficiente il richiamo al caso del Venezuela, ove lo sviluppo in senso autoritario del

In questo contesto, è inevitabile che la vicinanza geografica di Cuba con i paesi latino-americani abbia favorito influenze (anche) giuridiche e trapianti di istituti, come d'altronde risulta dalla volontà, emergente dalla nuova Costituzione cubana, di dare rango costituzionale ad un'autorità elettorale permanente (il *Consejo Electoral Nacional*), deputata a regolamentare, organizzare, gestire i procedimenti elettorali e di partecipazione democratica, oltre che a risolvere le eventuali controversie in materia.

Nella nuova Carta costituzionale di Cuba, a differenza di alcune Costituzioni del continente latino-americano, non si fa espresso riferimento al Potere elettorale, quale “quarto potere” dello Stato. Tuttavia, se ci si distacca dalle mere formule precettive verbalizzate nella Costituzione e si considerano la sistematicità e l'organicità con cui il *Consejo Electoral Nacional* viene disciplinato a livello costituzionale, si può effettivamente pensare che si avesse ben in mente la nozione di Potere elettorale teorizzata due secoli fa da Simón Bolívar.

Viene, infatti, conferito rango costituzionale ad un organo che «svolge funzioni pubbliche che, in ragione della specializzazione e dell'importanza [...] richiedono un'autonomia che [...] collochi in orbite proprie»⁶⁹.

Inoltre, mentre prima dell'avvento della nuova Costituzione, gli organi elettorali erano previsti solo a livello legislativo⁷⁰, ora il cambiamento è evidente e se è vero che «uno dei requisiti indispensabili perché si possa affermare di essere in presenza di un potere dello Stato consiste nella sua previsione a livello costituzionale»⁷¹, si può concludere che quantomeno l'*idea* di Potere elettorale sia ben presente nel testo costituzionale cubano.

Un “passo in avanti”, dunque, importante, testimoniato anche dalla codificazione – all'art. 80 della nuova Costituzione – del diritto dei cittadini cubani a partecipare alla conformazione, all'esercizio e al controllo del potere dello Stato, attraverso varie forme partecipative quali il diritto di voto, l'iniziativa popolare legislativa e costituzionale, le consultazioni popolari, i *referendum* e i plebisciti, oltre all'istituto della revoca del mandato degli eletti⁷².

Nondimeno, il nuovo testo costituzionale – com'era, peraltro, la Costituzione socialista del 1976, anche a seguito delle riforme successive – appare ricco di

presidenzialismo ha condizionato fortemente il concreto funzionamento degli istituti della democrazia sia diretta che partecipativa, utilizzati come canali di mobilitazione politica delle masse guidate dal Presidente della Repubblica, più che come effettivi strumenti di intervento degli eletti nei processi decisionali: C.T. Nasi, *Il Referendum nella Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela*, cit., in part. 1772.

⁶⁹ Testualmente gli Autori si riferiscono agli organi elettorali come «órganos del Estado, no necesariamente englobados dentro del Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial, que cumplen funciones públicas que, por la necesidad de especialización y por la relevancia que van adquiriendo, requieren de una autonomía que los coloca en órbitas propias»: così C. Astudillo Reyes, L. Córdova Vianello, *Los árbitros de las elecciones estatales. Una radiografía de su arquitectura institucional*, Mexico, 2010, in part. 4.

⁷⁰ Si allude, in particolare, alla *Ley Electoral* No. 72/1994, già più volte richiamata.

⁷¹ In questo senso, F. Biagi, *Da Montesquieu a Bolívar: un quarto potere? I sistemi di contenzioso elettorale in America Latina*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 160.

⁷² Sui diritti politico-elettorali, come introdotti dalla nuova Costituzione, si rinvia in ogni caso al contributo di G. Milani.

affermazioni cariche di significato ideologico e, per questo, poco idonee ad una applicazione diretta: si tratta, in alcuni casi, di affermazioni generiche e di principio che necessitano dell'intermediazione legislativa o di altre fonti del diritto per potersi tradurre in regole concrete applicabili⁷³.

Non può essere infine ignorata la differenza che intercorre tra quegli ordinamenti che hanno adottato modelli basati su «sistemas pluripartidistas en las que los partidos luchan entre sí para lograr acceder al gobierno o tener mayoría en los órganos legislativos» e nei quali «el rol de la autoridad electoral es determinante» ed il sistema elettorale cubano, il quale non è stato «diseñado para elegir entre diferentes opciones» o «diferentes visiones de cómo se entiende el país»⁷⁴.

Ciò porta inevitabilmente ad interrogarsi sul ruolo che assumerà il nuovo *Consejo Electoral Nacional*, in un contesto costituzionale sì mutato, ma in un sistema politico che continua a non contemplare il pluripartitismo, né forme di alternanza al potere.

⁷³ Ciò peraltro è avvenuto per la materia della giustizia elettorale, per la prima volta consacrata in un testo costituzionale e le cui novità sono state recepite dalla *Ley Electoral* 13 luglio 2019, n. 127, pubblicata nella «Gaceta Oficial No. 60 Ordinaria de 19 de agosto de 2019».

⁷⁴ Per queste riflessioni, cfr. M. Fernández Pérez, *El nuevo Consejo Electoral Nacional en Cuba. ¿ Quiénes son y qué hacen ?*, in *oncubanews.com.*: «el modelo electoral cubano no está diseñado para elegir entre diferentes opciones, no hay oportunidad de presentar diferentes visiones de cómo se entiende el país, incluso para los que lo siguen pensado en clave socialista, pero que no comparten muchas de las visiones y políticas impulsadas desde el Estado y el Partido. De la forma en que está diseñado el sistema electoral cubano, la posibilidad de conflictos o reclamaciones de importancia es mínimo».

La nuova costituzione economica cubana: qualche novità, molte conferme

di Francesco Gallarati

Abstract: The new Cuban economic constitution: some innovations, many confirmations – While the Cuban Constitution approved in 2019 introduces some important innovations regarding the discipline of economic rights, the basic principles of the socialist State remain intact. In particular, the new economic constitution, if on the one hand recognizes private property, at the same time maintains most of the principles enshrined in the 1976 Constitution, including the predominance of State ownership of the means of production over any other form of property. Given this context, this paper questions how such opposing constitutional principles will coexist, as a new era of social and economic reform is about to begin.

733

Keywords: Cuba; Constitutional reform; Socialism; Private property; Means of production.

1. Introduzione

La nuova Costituzione cubana dedica l'intero Titolo II ai "Fondamenti Economici" dello Stato. Altre disposizioni rilevanti sull'argomento si rinvencono poi nel Preambolo¹, nel Titolo I contenente i principi fondamentali² e nel Titolo V dedicato ai diritti e doveri dei cittadini³.

La collocazione sistematica della disciplina dei principi economici (immediatamente successiva al titolo dedicato ai fondamenti politici dello Stato) e la sua considerevole estensione (quattordici articoli, dal 18 al 31) rivelano la centralità ricoperta da questo tema nell'ordinamento costituzionale cubano.

Già da queste prime osservazioni emerge un elemento atto a contraddistinguere l'ordinamento costituzionale cubano da quelli propri delle democrazie liberali: mentre nei Paesi appartenenti al modello liberale infatti i rapporti economici rappresentano soltanto una delle diverse declinazioni della relazione tra l'autorità statale e le libertà individuali, nell'ordinamento cubano

¹ Particolare rilievo assume l'impegno di Cuba a non tornare più al capitalismo come regime fondato sullo sfruttamento dell'uomo dall'uomo, e l'affermazione che solo nel socialismo e nel comunismo l'essere umano raggiunge la piena dignità.

² Si fa riferimento nello specifico all'affermazione contenuta all'art. 1, in base alla quale «Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social».

³ Si vedano in particolare gli artt. 58 e 59 sul diritto di proprietà e gli artt. 65 e ss. che recano l'enunciazione e le garanzie dei diritti sociali.

invece, conformemente alla tradizione del socialismo, la disciplina dei rapporti economici costituisce la colonna portante dell'intera Costituzione, in quanto rappresenta la diretta emanazione della scelta politica fondamentale che connota la forma di Stato socialista⁴.

In questo senso, si può dire che i principi economici contenuti nel Titolo II della Costituzione cubana rappresentino la diretta estrinsecazione del principio socialista enunciato dall'articolo 1⁵, al punto che non è possibile comprendere il reale significato di tali principi se non li si colloca nel contesto della forma di Stato socialista.

Più nel dettaglio, l'adesione alla dottrina politico-dogmatica del socialismo si traduce nell'adozione di un sistema economico fondato su quattro pilastri⁶, che possono essere così sintetizzati:

- (i) l'affermazione della proprietà socialista dei mezzi fondamentali di produzione come forma principale di proprietà;
- (ii) il rifiuto del sistema di produzione capitalista basato sullo sfruttamento dell'uomo sull'uomo;
- (iii) l'affermazione del principio di distribuzione socialista "da ciascuno secondo le proprie capacità, a ciascuno secondo il proprio lavoro";
- (iv) il riconoscimento della pianificazione statale quale componente centrale del sistema di direzione dello sviluppo economico.

Questi principi, che erano già presenti nel Capitolo I della Costituzione del 1976, sono mantenuti sostanzialmente invariati nel nuovo testo costituzionale.

L'art. 18 della nuova Costituzione infatti, riecheggiando in parte quanto affermato dall'art. 14 della Carta previgente⁷, ribadisce che a Cuba vige un sistema economico socialista basato sulla proprietà di tutto il popolo dei mezzi fondamentali di produzione e sulla pianificazione statale dell'economia⁸, confermando dunque l'adesione – definita irrevocabile⁹ – dello Stato cubano al modello socialista.

⁴ Sulla forma di Stato socialista, si vedano le riflessioni ancora attuali di P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988, 70 ss. e, con particolare riferimento alla forma di Stato di cui alla Costituzione di Cuba del 1976, *Ibidem*, 519 ss.; G. De Vergottini, Padova, 1999, 738 ss.; P. Carozza, *Il diritto socialista*, in P. Carozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, 2009, 583 ss.

⁵ V. nota n. 2

⁶ Per questa classificazione v. D. Cutie Mustelier; J. Méndez López, *La Propiedad en Cuba. Una visión desde la Constitución*, in *Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 13, anno 2006-2008, 47.

⁷ L'art. 14 della Costituzione del 1976 recitava come segue: «En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre. También rige el principio de distribución socialista "de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo". La ley establece las regulaciones que garantizan el efectivo cumplimiento de este principio».

⁸ L'art. 18 della Costituzione del 2019 prevede infatti che «En la República de Cuba rige un sistema de economía socialista basado en la propiedad de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción como la forma de propiedad principal, y la dirección planificada de la economía, que tiene en cuenta, regula y controla el mercado en función de los intereses de la sociedad».

⁹ Cfr. art. 4 della Costituzione del 2019.

Dal suo canto, il divieto di sfruttamento dell'uomo sull'uomo, pur non trovando più spazio tra i fondamenti economici dello Stato, è richiamato nel Preambolo della nuova Costituzione¹⁰, assumendo quindi una valenza interpretativa destinata a propagare i propri effetti su molte delle innovazioni introdotte dalla riforma.

Da ultimo, anche il principio di redistribuzione socialista, benché non compaia più tra i principi su cui si regge il sistema economico socialista, viene indicato nel Titolo V quale fondamento del diritto di ciascuna persona ad ottenere una remunerazione adeguata in funzione della qualità e della quantità del proprio lavoro¹¹.

2. La costituzione economica cubana dalla Rivoluzione alla riforma del 2019

Se, come detto, nelle sue linee essenziali la nuova Costituzione economica si pone in sostanziale continuità con l'assetto previgente, non va tuttavia trascurato che negli ultimi anni Cuba ha intrapreso un processo di graduale rinnovamento della propria organizzazione economico-sociale, caratterizzato da una moderata – ma non per questo meno importante – apertura a forme di iniziativa economica privata¹².

Riforme che, come è proprio degli ordinamenti socialisti, sono state dapprima concepite a livello politico, quindi attuate a livello legislativo e solo in ultima istanza consacrate a livello costituzionale¹³.

L'adozione della Costituzione del 2019 rappresenta invero l'ultimo atto di un lento ma costante processo evolutivo che, dal sistema comunista instaurato con la Rivoluzione castrista, ha portato all'attuale assetto dei rapporti economici, contraddistinto dalla complementarità tra pianificazione statale e mercato regolamentato.

In estrema sintesi, all'interno di tale percorso è possibile distinguere tre diverse fasi costituzionali¹⁴.

¹⁰ Tale principio, già presente nell'art. 14 della Costituzione del 1976, è stato riaffermato nel Preambolo della Costituzione del 2019, il quale sancisce solennemente che «Cuba no volverá jamás al capitalismo como régimen sustentado en la explotación del hombre por el hombre, y que solo en el socialismo y en el comunismo el ser humano alcanza su dignidad plena».

¹¹ Anche questo principio, già affermato dalla Costituzione del 1976 all'art. 14, è stato ripreso nel nuovo testo costituzionale all'art. 65: «Toda persona tiene derecho a que su trabajo se remunere en función de la calidad y cantidad, expresión del principio de distribución socialista “de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo”». Più in generale, sul principio di distribuzione socialista, v. *ex multis* P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 76-77.

¹² Su questo aspetto, cfr. L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, in DPCE Online, 1/2019, XII, il quale parla di «evoluzione in continuità», ed osserva che «se, infatti, è ben vero (ed anzi è orgogliosamente dichiarato) che i principi ispiratori della nuova Costituzione restano quelli “rivoluzionari” della Costituzione precedente, non si può negare che – all'interno di questa specifica impostazione socialista, dalla quale non si può ovviamente prescindere nel corso dell'analisi – il nuovo testo apporti significative modifiche, sia sotto il profilo della forma di governo, sia sotto il profilo della visione economica, sia sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali».

¹³ Sulla dottrina della costituzione-bilancio, v. *ex multis* G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 748 ss.

¹⁴ Per una ricostruzione delle diverse fasi evolutive della costituzione economica cubana, v. A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, in *Revista de Derecho Político*, n. 105, 2019, 364 ss.;

La prima fase (1958-1976-1992), coincidente con il periodo rivoluzionario e culminata nell'adozione della Costituzione del 1976, si caratterizzò per la soppressione pressoché totale della proprietà privata dei mezzi di produzione. Ispirata al modello delle costituzioni sovietiche, la Costituzione del 1976 recepì a livello costituzionale le misure adottate nell'ambito della cd. "*Ofensiva Revolucionaria*" del 1968, attraverso cui il governo di Fidel Castro aveva cancellato i residui di capitalismo ancora presenti sull'isola, instaurando definitivamente il regime comunista. In particolare, l'adesione al modello sovietico si tradusse nell'affermazione della proprietà socialista «de todo el pueblo sobre los medios de producción»¹⁵, con particolare riferimento a quei beni strategici che erano stati in precedenza espropriati «a los imperialistas, latifundistas y burgueses»¹⁶, e sottoposti al controllo diretto dello Stato. L'autonomia privata, per contro, venne limitata ad alcune forme marginali di proprietà terriera come quella dei *pequeños agricultores* e delle cooperative agricole, nonché alla proprietà personale sui mezzi di lavoro personale e familiare.

La Costituzione del 1976 rimase sostanzialmente immutata fino al 1992 quando, in seguito al crollo dell'Unione Sovietica e dei regimi comunisti dell'Europa orientale, ebbe inizio una seconda fase costituzionale (1992-2008). Fu infatti adottata un'importante riforma finalizzata ad adattare la carta fondamentale al nuovo contesto internazionale, oltretutto a far fronte alla crisi economica dovuta al venir meno del sostegno sovietico. La riforma giungeva, peraltro, a conclusione del IV Congresso del Partito Comunista cubano, il quale aveva evidenziato come i problemi economici attraversati dal Paese richiedessero l'adozione di riforme volte a garantire una maggiore apertura di Cuba al commercio internazionale¹⁷.

Le principali innovazioni introdotte dalla riforma del 1992 consistevano nell'introduzione dell'aggettivo "fondamentali" per designare i mezzi di produzione di proprietà socialista, laddove il testo originario della Costituzione si riferiva invece a "tutti" i mezzi di produzione, nonché nel riconoscimento della possibilità di trasferire la proprietà di tali beni a persone fisiche e giuridiche. In questo modo, benché non fosse nominata espressamente la proprietà privata, veniva ammesso di fatto che alcuni mezzi di produzione potessero essere conferiti in proprietà a soggetti non statali, seppure in ipotesi eccezionali¹⁸.

¹⁵ Così recitava il testo originario dell'art. 14 della Costituzione del 1976, prima della riforma del 1992.

¹⁶ Art. 15 della Costituzione del 1976.

¹⁷ Sulle ragioni che hanno portato all'adozione della riforma del 1992, v. A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019*, cit., 366.

¹⁸ Cfr. H. Azcuy, *Cuba: Reforma constitucional o nueva Constitución?*, in *Cuadernos de nuestra América*, 1994, 49 ss., il quale, con riferimento alle modifiche introdotte dalla riforma del 1992, osservava che «En los términos del nuevo artículo 14, la propiedad socialista ya no es definible por exclusión, puesto que al limitarse a los medios fundamentales de producción, un amplio espectro de actividades económicas ya no constituirá propiedad socialista, y este sector de medios no fundamentales de producción no sería ubicable en ninguna de las otras formas de propiedad reconocidas en la Constitución. Sin embargo, la aceptación de este nuevo hecho jurídico –la propiedad privada individual de medios de producción– solo recibe un reconocimiento elíptico en el artículo 15».

Da ultimo, la terza fase (2008-2019) ha coinciso con il processo di transizione politica avviata con il ritiro di Fidel Castro e con la conseguente ascesa al potere di Raúl Castro e di una nuova classe dirigente cresciuta e formata in massima parte dopo la Rivoluzione¹⁹.

Fin dal suo insediamento nel 2008, Raúl Castro ha impresso un cambio di passo nel processo di ammodernamento del sistema economico cubano. Al mutamento di *leadership* politica è seguito un intenso periodo di riforme economiche e sociali, che hanno portato tra l'altro ad un considerevole aumento dei lavoratori "per conto proprio" (*cuentapropistas*) e all'adozione di un quadro giuridico di maggior favore per gli investimenti stranieri²⁰.

Dal punto di vista ideologico, il nuovo corso ha trovato una prima espressione nei "*Lineamientos de la Política Económica y Social*", documento approvato nel 2011 dal VI Congresso del Partito Comunista cubano²¹, che ha evidenziato la necessità di avviare un processo di graduale apertura del sistema socialista alle dinamiche di mercato²².

Le direttive politiche contenute nei *Lineamientos* sono state ulteriormente sviluppate nella "*Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista*"²³, documento approvato nel 2016 dal VII Congresso del Partito Comunista, con l'intento di "attualizzare" il modello teorico del socialismo cubano, rendendolo più moderno e coerente con l'evoluzione conosciuta dal Paese e con il mutato contesto internazionale.

In sintesi, è possibile osservare come l'obiettivo ultimo dei *Lineamientos* e della *Conceptualización* fosse quello di effettuare un contemperamento tra, da un lato, il mantenimento di un sistema economico basato sulla proprietà statale dei mezzi di produzione e sulla pianificazione economica centralizzata e, dall'altro, una crescente apertura all'iniziativa privata e agli investimenti stranieri.

Questo tentativo di conciliare principi economici contrapposti ha caratterizzato anche il processo costituente che, partendo dalla cornice ideologica costituita dai *Lineamientos* e dalla *Conceptualización*, ha portato alla stesura della nuova Carta fondamentale.

¹⁹ Su questa terza fase, v. M. Burgos, *Análisis crítico constitucional de los cambios socio-jurídicos en la Cuba actual*, in *Revista Direito & Práxis*, 2017, 3179 ss.; A. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019*, cit., 369 ss.

²⁰ Per un'analisi dettagliata delle riforme di Raúl Castro, v. C. Mesa-Lago, *Las reformas de Raúl Castro y el congreso del Partido Comunista de Cuba: avances, obstáculos y resultados*, in *Documentos CIDOB América Latina*, num. 35, 2011, 8 ss.; C. Mesa-Lago, *El «enfriamiento» de la economía cubana*, in *Nueva Sociedad*, 2019; C. Mesa-Lago, *Cuba en la era de Raúl Castro. Reformas económico-sociales y sus efectos*, Madrid, 2012.

²¹ *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, approvati il 18 aprile 2011 dal VI Congresso del Partito Comunista Cubano (PCC).

²² Sulla rilevanza costituzionale dei *Lineamientos*, v. Y. Guzmán Hernández, *Lineamientos, constitución y líneas para una reforma constitucional anunciada en Cuba*, in *Iberoamericana*, XV, 57, 2015, 173-178.

²³ *Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista*, approvato nel luglio 2017 dal VII Congresso del Partito Comunista Cubano (PCC).

3 Il principio della proprietà socialista dei mezzi di produzione

L'articolo 18 della nuova Costituzione afferma che a Cuba «rige un sistema de economía socialista basado en la propiedad de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción como la forma de propiedad principal». Viene dunque confermata l'adesione al sistema economico socialista, nel quale i mezzi di produzione “fondamentali” sono di proprietà comune dei cittadini e sono amministrati dallo Stato in loro rappresentanza.

Rispetto alla formulazione della Costituzione del 1976, il nuovo testo qualifica la proprietà socialista come forma “principale” di proprietà²⁴. Un'espressione analoga si ritrova poi anche nell'articolo 27, dove viene affermato che l'impresa statale è il soggetto “principale” dell'economia nazionale²⁵.

L'utilizzo dell'attributo *principal* per designare la proprietà socialista e l'impresa statale ha suscitato diverse perplessità tra i primi commentatori della riforma, posto che la Costituzione non spiega cosa debba intendersi con tale espressione, né essa trova riscontro nei *Lineamientos* o nella *Conceptualización*²⁶.

Una prima possibile spiegazione è che la proprietà socialista sia “principale” in quanto prevalente, da un punto di vista quantitativo, su ogni altra forma di proprietà presente sull'isola. Secondo questa interpretazione, la disposizione costituzionale avrebbe cioè una portata meramente descrittiva, limitandosi a constatare che la maggior parte dei mezzi di produzione sono di proprietà dello Stato. Questa tesi non convince, in quanto priva di effetto giuridico una formula che ricorre in ben due disposizioni, collocate nel cuore della Costituzione, e che rappresenta un elemento distintivo del nuovo testo costituzionale rispetto a quello previgente.

Una seconda tesi è che la proprietà socialista debba considerarsi “principale” nel senso di giuridicamente sovraordinata rispetto alle altre forme di proprietà. In base a questa interpretazione, in altre parole, la Costituzione riconoscerebbe alla proprietà socialista uno *status* privilegiato, che giustificerebbe ad esempio l'applicazione di una disciplina di favore in termini di trattamento fiscale, di poteri di disposizione dei beni, ecc. Questa interpretazione non appare tuttavia compatibile con l'art. 22, secondo comma – anch'esso una novità della Costituzione del 2019 – in base al quale «todas las formas de propiedad sobre los medios de producción interactúan en similares condiciones». Se è vero che *similares condiciones* non equivale a “parità di trattamento”, cionondimeno questa formulazione non sembra conciliabile con una relazione di sovraordinazione

²⁴ L'art. 14 della Costituzione del 1976, nella versione successiva alla riforma del 1992, recitava: «En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre».

²⁵ In base all'art. 27 della Costituzione del 2019, «la empresa estatal socialista es el sujeto principal de la economía nacional».

²⁶ Sul significato dell'attributo «*principal*», v. le riflessioni di P. Monreal, *La empresa estatal en Cuba: ¿Nace una estrella constitucional?*, disponibile sul sito www.nodal.am, pubblicato il 24 luglio 2018.

gerarchica tra la proprietà socialista e le altre forme di proprietà ammesse dalla Costituzione²⁷.

Probabilmente la tesi più corretta è che i costituenti cubani, mediante l'introduzione dell'aggettivo "principale", abbiano inteso rimarcare il ruolo di diretta strumentalità della proprietà socialista dei mezzi di produzione rispetto alla realizzazione degli obiettivi di giustizia sociale perseguiti dallo Stato socialista. In questo senso, l'utilizzo dell'attributo "principale" serve a sottolineare il carattere ordinario di questa forma di proprietà, in contrapposizione con le forme di proprietà non statali (*in primis*, la proprietà privata), che invece hanno carattere eccezionale e sono ammesse nella misura in cui siano compatibili con il perseguimento degli obiettivi del socialismo²⁸.

In quest'ottica, non appare casuale che l'accento sul carattere "principale" della proprietà socialista sia stato introdotto contestualmente al riconoscimento costituzionale della proprietà privata. È probabile cioè che, per controbilanciare la costituzionalizzazione della proprietà privata dei mezzi di produzione, il costituente cubano abbia voluto rimarcare che il sistema economico rimane ancorato ai principi del socialismo, e che pertanto la proprietà statale continua a rivestire per l'appunto un ruolo "principale", mentre l'iniziativa privata è relegata in posizione ancillare rispetto a quella socialista.

4. ... e l'eccezione della privatizzazione

La costituzione economica cubana, coerentemente con il carattere socialista della forma di Stato, è connotata da un ribaltamento della scala dei valori rispetto alle democrazie liberali. Mentre infatti in queste ultime la proprietà privata è in

²⁷ Cfr. in questo senso P. Monreal, *La empresa estatal en Cuba*, cit.

²⁸ Questa interpretazione sembra trovare conferma nella *Conceptualización*, dove viene fornita la seguente descrizione del rapporto tra la proprietà socialista e le altre forme di proprietà: «Las relaciones de propiedad sobre los medios de producción definen la naturaleza de todo sistema socioeconómico, dado que la forma de propiedad dominante condiciona las relaciones de producción, distribución, cambio y consumo en la sociedad. A ello se debe que el papel principal de la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción constituya un principio esencial. El reconocimiento y diversificación de diferentes formas de propiedad y de gestión responden al insuficiente desarrollo de las fuerzas productivas, al nivel de socialización alcanzado por la propiedad social y a los objetivos de la construcción del socialismo al contribuir a movilizar recursos humanos, materiales y financieros nacionales y extranjeros. La existencia de formas de propiedad y de gestión no estatales tiene como objetivos posibilitar que el Estado y el Gobierno se concentren en las complejas tareas que le son propias, tributar a la eficiencia integral de la economía, generar empleos productivos, desplegar iniciativas, impulsar las fuerzas productivas, incrementar los ingresos al Presupuesto del Estado y contribuir al bienestar en función de los objetivos del desarrollo socialista. La transferencia temporal de la posesión o la gestión de determinados medios de producción de propiedad de todo el pueblo a actores económicos no estatales no constituye una privatización o enajenación de estos bienes, en el sentido de que el Estado mantiene el ejercicio de las principales facultades que le corresponden en virtud de la condición de representante del propietario. Además, establece las normas jurídicas para regular estas transferencias, controla a estos actores y vela por los derechos y deberes de los involucrados. La primacía de las relaciones socialistas condiciona el carácter de propietario común de todos los ciudadanos respecto a los medios de producción de propiedad de todo el pueblo, lo que establece un sustento objetivo para lograr la identificación e involucramiento de todos, independientemente de la forma de propiedad o gestión en que cada uno participe».

principio libera, salvi i casi in cui sia espropriata per motivi di interesse generale, nell'ordinamento cubano invece, anche dopo la riforma, la proprietà privata dei mezzi di produzione rappresenta una deroga al principio della proprietà socialista, ed è perciò consentita nei soli limiti in cui permetta di rimediare alle inefficienze della gestione statale.

Questa inversione assiologica si riflette anche sulla regolamentazione delle modalità con cui lo Stato può concedere a soggetti non statali la proprietà o la gestione dei mezzi di produzione.

A questo riguardo, la Costituzione distingue due categorie di beni. La prima categoria, disciplinata dall'articolo 23, comprende le terre che non appartengono ai privati (*pequeños agricultores* e cooperative agricole), le vie di comunicazione e le risorse naturali. Inoltre, a questa tipologia di beni appartengono anche «los medios fundamentales de comunicación social», i quali non possono essere ceduti in proprietà a privati²⁹. Questi beni non sono alienabili: di conseguenza lo Stato, che li gestisce in rappresentanza del popolo-proprietario, non può trasferirne la proprietà a soggetti non statali, ma può soltanto conferire diritti di godimento diversi dalla proprietà.

Per i beni appartenenti alla seconda categoria – che comprendono tra l'altro le infrastrutture di interesse generale e le industrie strategiche – l'articolo 24 della Costituzione ammette invece che possa essere oggetto di trasferimento in favore di privati anche il diritto di proprietà.

Si noti tuttavia che il conferimento della proprietà di questi mezzi di produzione in favore di soggetti non statali non equivale ad una privatizzazione sostanziale degli stessi. La disposizione costituzionale, infatti, ha una portata più restrittiva di quello che potrebbe sembrare a prima vista.

In primo luogo, proprio in ragione del rapporto di principio-eccezione che, come detto, intercorre tra la proprietà socialista e la proprietà privata, l'art. 24 prevede che la proprietà dei mezzi di produzione possa essere conferita a privati «solo en casos excepcionales», e a condizione che ciò non contrasti con i «fondamenti politici, economici e sociali dello Stato». Questo significa che la scelta di privatizzare questi beni non è libera, ma deve essere giustificata dall'esigenza di perseguire più efficacemente gli obiettivi dello Stato socialista.

In secondo luogo, la previsione dell'art. 24 deve essere coordinata con quella contenuta nell'art. 18, in base alla quale appartengono alla proprietà di tutto il popolo i mezzi di produzione «fondamentali». Ne consegue che, a rigore, la cessione della proprietà dovrebbe riguardare solamente quei mezzi di produzione che, tenuto conto del contesto socioeconomico, non siano da considerarsi «fondamentali».

Infine, l'art. 24 subordina il trasferimento della proprietà dei mezzi di produzione alla condizione che sia mantenuta la destinazione di tali beni «a los fines del desarrollo económico y social del país», il che potrebbe giustificare il mantenimento di un potere statale di controllo sull'esercizio della proprietà privata tanto esteso da fare avvicinare, fino quasi a coincidere, la posizione giuridica del proprietario a quella del concessionario di beni pubblici.

²⁹ V. art. 55 della Costituzione.

5. Il graduale riconoscimento della proprietà privata

Se la proprietà socialista dei mezzi di produzione rimane la forma principale di proprietà – sia da un punto di vista quantitativo sia, nel senso sopra evidenziato, qualitativo – l’innovazione che ha attirato maggiormente l’attenzione dei commentatori della nuova Costituzione è senza dubbio il riconoscimento costituzionale della proprietà privata.

Non bisogna tuttavia sopravvalutare la portata innovativa di tale modifica. Per valutare il reale significato di questa novella, occorre infatti considerare il contesto in cui essa si inserisce³⁰.

Innanzitutto, è bene rammentare che per “proprietà privata”, nell’ordinamento cubano, si intende unicamente la proprietà che viene esercitata sui mezzi di produzione. La Costituzione cubana infatti, già a partire dal 1976, ha accolto la distinzione marxista tra la “proprietà personale”, che riguarda i beni di consumo che costituiscono il frutto del lavoro individuale, e la “proprietà privata”, che riguarda i mezzi di produzione, ovvero quei beni il cui possesso può consentire al proprietario (capitalista) di accumulare ricchezze grazie allo sfruttamento del lavoro altrui³¹.

Solo quest’ultima forma di “proprietà privata” è stata a lungo soppressa (o limitata) e ha ricevuto un riconoscimento espresso soltanto con la nuova Costituzione. Al contrario, la proprietà personale era già riconosciuta nella Costituzione del 1976, la quale anzi ne affermava il ruolo strumentale rispetto al soddisfacimento delle esigenze materiali e spirituali della persona.

Inoltre, occorre ricordare che, già nel testo costituzionale previgente, era riconosciuta la proprietà personale in relazione agli strumenti di lavoro personale o familiare. Dunque si ammetteva una sia pur limitata forma di proprietà privata sui mezzi di produzione, a condizione però che questi non fossero impiegati per ottenere proventi dallo sfruttamento del lavoro altrui.

Questa apparente contraddizione era giustificata dal fatto che, in base all’ideologia comunista, la soppressione della proprietà privata non mirava a contrastare la ricchezza in sé, ma intendeva porre fine a quel sistema di “sfruttamento dell’uomo dall’uomo” che era considerato l’elemento caratterizzante del sistema di produzione capitalista³².

Per questo motivo, il discrimine tra le due categorie di proprietà – personale e privata – e, quindi, tra le forme di proprietà ammesse e non ammesse, non era individuato nell’attitudine in sé del bene ad essere utilizzato per fini produttivi,

³⁰ Sulle diverse categorie di proprietà presenti nell’ordinamento cubano prima della Costituzione del 2019 v. J. Hernández Ruiz, L. Pérez, Hernández, *Apuntes sobre la propiedad, desde un punto de vista constitucional*, in *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, La Habana, 2002, 100 ss.; M. Rodríguez Saif, *Repercusión de la Reforma Constitucional en el Derecho de Propiedad y otros Derechos Sobre Bienes*, Santiago de Cuba, 1999, 4 ss.; D. Cutie Mustelier; J. Méndez López, *La Propiedad en Cuba*, cit., 53 ss.; V. Rapa Álvarez, *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, La Habana, 1999.

³¹ Cfr. Y. Pérez Martínez, *Glosas del sistema económico en Cuba a cuarenta años de la Constitución de 1976*, in A. Matilla Correa (eds.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 138.

³² V. in questo senso Cfr. Y. Pérez Martínez, *Glosas del sistema económico*, cit., 138-140.

bensì nell'effettiva destinazione del medesimo alla realizzazione di profitti mediante lo sfruttamento del lavoro altrui³³.

Nell'esaminare la costituzione economica cubana, dunque, non si deve commettere l'errore di confondere il concetto di «propiedad privada» con il nostro istituto della “proprietà privata”. Per certi versi, invero, il concetto di proprietà privata dei mezzi di produzione, accolto dal sistema cubano, appare assimilabile piuttosto a quello di “azienda”, inteso come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa³⁴. Sicché, ammettendo la proprietà privata dei mezzi di produzione, il costituente cubano finisce per attribuire una copertura costituzionale alla libertà d'impresa, intesa come facoltà di esercitare un'attività economica organizzata, diretta a generare profitti attraverso l'impiego di risorse materiali e personali.

Se la *ratio* della soppressione della proprietà privata consisteva nel contrastare il sistema di produzione capitalista basato sullo sfruttamento dell'uomo dall'uomo, occorre domandarsi perché invece la nuova Costituzione abbia riconosciuto tale forma di proprietà e se siffatto riconoscimento sia compatibile con i principi del socialismo.

A questo riguardo, occorre innanzitutto considerare che, in realtà, la nuova Costituzione non “crea” la proprietà privata dei mezzi di produzione, ma riconosce una forma di proprietà già presente da diverso tempo nella società cubana³⁵. Le riforme attuate negli ultimi anni hanno infatti portato ad un consistente aumento dei cd. *cuentapropistas*, ovvero di quei lavoratori che conducono un'attività economica indipendente, “per conto proprio”, dalla quale traggono sostentamento per sé e per la propria famiglia. A questi soggetti inoltre – e questo rappresenta il vero salto di qualità delle riforme degli ultimi anni – è stata di recente attribuita la possibilità di stipulare dei contratti di manodopera con soggetti terzi, che di fatto sono divenuti degli impiegati alle dipendenze di imprenditori privati³⁶. Ciò ha portato alla nascita di numerose piccole e medie imprese, che tuttavia fino ad

³³ Si noti che, nella nuova Costituzione, in conseguenza del riconoscimento della proprietà privata dei mezzi di produzione, è venuta meno l'esigenza di mantenere la distinzione tra la proprietà privata dei mezzi di produzione (non ammessa) e la proprietà personale dei mezzi di produzioni ad uso familiare (ammessa). Il nuovo testo dell'art. 24, pertanto, distingue chiaramente da un lato la proprietà privata che riguarda i mezzi di produzione e, dall'altro, la proprietà personale che invece riguarda i beni, diversi dai mezzi di produzione, che contribuiscono a soddisfare le necessità materiali e spirituali del titolare.

³⁴ Si fa riferimento alla definizione di «azienda» data dall'art. 2555 del Codice civile italiano.

³⁵ Cfr. in questo senso H. Acosta Álvarez, *La futura Constitución es una obra colectiva*, disponibile sul sito www.granma.cu, pubblicato il 17 ottobre 2018, il quale afferma: «Ha llamado la atención el reconocimiento, entre las diversas formas de propiedad, de la propiedad privada. La Constitución no la crea, esta existe desde antes. Los cambios introducidos en el diseño económico, derivados de los acuerdos del VI y VII Congresos del Partido, viabilizaron la existencia de esa forma de propiedad en el país, que rebasa lo que se le ha llamado como trabajo por cuenta propia, al posibilitarse la contratación de mano de obra».

³⁶ Sulle riforme attuate negli ultimi anni in materia di lavoro, ed in particolare sull'introduzione della possibilità di utilizzo di «*fuerza de trabajo contratada*» v. A.F. Antúnez Sánchez, J.M. Martínez Cumbreira, J.L. Ocaña Báez, *El trabajo por cuenta propia. Incidencias en el nuevo relanzamiento en la aplicación del modelo económico de Cuba en el siglo XXI*, in *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2013. Noguera Fernández, *La Constitución cubana de 2019*, cit., 372.

oggi hanno operato all'interno di un quadro normativo pensato per attività economiche di natura personale o familiare. Di qui l'esigenza, manifestata dallo stesso Raúl Castro nel corso del VII Congresso del Partito Comunista Cubano, di "chiamare le cose con il loro nome, senza ricorrere ad assurdi eufemismi per nascondere la realtà"³⁷.

Questa esigenza si è tradotta per l'appunto nel riconoscimento della proprietà privata dei mezzi di produzione tra le forme di proprietà ammesse dall'ordinamento. La nuova disposizione costituzionale dovrebbe quindi costituire la base giuridica per l'adozione di un nuovo quadro legislativo, che tenga conto dell'evoluzione già verificatasi in via di fatto nella società cubana.

Senonché, il riconoscimento della *contratación de fuerza de trabajo* ad opera di soggetti non statali si pone in evidente tensione con il principio socialista dell'abolizione della *explotación del hombre por el hombre*, ribadito dal Preambolo della nuova Costituzione³⁸. Il difficile temperamento tra queste contrapposte esigenze appare, in effetti, uno dei principali aspetti problematici del nuovo ordinamento costituzionale.

Per giustificare il graduale riconoscimento della libertà d'impresa, conciliandolo con il – perdurante – rifiuto del sistema capitalistico basato sullo sfruttamento della manodopera altrui, i costituenti hanno fatto ricorso a due ordini di considerazioni.

Da un lato, è stata tracciata una nuova linea di demarcazione tra le forme di iniziativa economica ammesse, in quanto compatibili con i principi del socialismo, e le forme di iniziativa non ammesse perché riconducibili al sistema di produzione "capitalista". Tale frontiera è stata individuata nel concetto di "sfruttamento" del lavoro altrui, il che comporta che l'elemento distintivo delle forme di proprietà ammesse rispetto a quelle non ammesse viene individuato nella garanzia di condizioni di lavoro dignitose per i *trabajadores contratados*. Di conseguenza, l'obiettivo principale di politica legislativa non è più il contrasto della proprietà privata in quanto tale, bensì la garanzia di un elevato livello di tutela dei diritti dei lavoratori, in modo da dare vita ad un rapporto di lavoro subordinato compatibile con i valori socialisti di equità e giustizia sociale³⁹.

³⁷ Intervenendo al VII Congresso del Partito Comunista Cubano, Raúl Castro ha affermato: «Se trata precisamente de llamar a las cosas por su nombre y no refugiarnos en ilógicos eufemismos para esconder la realidad. El incremento del trabajo por cuenta propia y la autorización de la contratación de fuerza de trabajo ha conllevado en la práctica a la existencia de medianas, pequeñas y microempresas privadas que hoy funcionan sin la debida personalidad jurídica y se rigen ante la ley por un marco regulatorio diseñado para las personas naturales dedicadas a pequeños negocios que se realizan por el trabajador y su familia. La empresa privada actuará en límites bien definidos y constituirá un elemento complementario del entramado económico del país».

³⁸ V. nota n. 10.

³⁹ Cfr. su questo punto Y. Pérez Martínez, *Glosas del sistema económico*, cit., 147, il quale osserva che «producción-apropiación sin explotación de fuerza de trabajo de terceros, es condición sine qua non para distinguir las formas de propiedad compatibles con el socialismo, privadas (individuales o colectivas), de aquellas que son consustanciales a la naturaleza del capitalismo. En el plano jurídico, las fronteras entre la explotación y una fuente de empleo dignificante, se ubica en la garantía a los derechos de los trabajadores contratados que se diferencian de los empleadores (cuentapropistas)».

Dall'altro lato, la giustificazione teorica dell'iniziativa privata viene individuata nel ruolo complementare («papel complementario») ricoperto dalla stessa all'interno del sistema economico⁴⁰. Viene cioè riconosciuta la capacità dell'iniziativa privata di sopperire alla gestione pubblica in alcuni ambiti, consentendo così allo Stato di concentrarsi sulle attività di sua diretta competenza, con conseguente incremento dell'efficienza del sistema economico nel suo complesso. Al contempo, si sottolinea la capacità dell'iniziativa privata di creare nuovi posti di lavoro, contribuendo al raggiungimento dell'obiettivo – proprio del sistema socialista – di garantire a tutte le persone che si trovino in condizioni di lavorare un impiego dignitoso e adeguatamente remunerato⁴¹.

6. La redistribuzione socialista: un principio in tensione

Un altro aspetto problematico della nuova Costituzione riguarda la compatibilità del riconoscimento della proprietà privata dei mezzi di produzione con il principio di distribuzione socialista, sintetizzato nella formula “da ciascuno secondo le proprie capacità, a ciascuno secondo il proprio lavoro”⁴².

Come detto, infatti, il riconoscimento della proprietà privata dei mezzi di produzione comporta la possibilità per il titolare di tali beni di avviare un'attività economica finalizzata a generare profitto attraverso il lavoro altrui.

Ciò chiaramente solleva diverse perplessità in merito alla sua conformità con il principio di distribuzione socialista, posto che, in questo sistema, al titolare dei mezzi di produzione viene consentito di accumulare beni e ricchezze non derivanti dal proprio lavoro, bensì dalla gestione del capitale, con il rischio di riprodurre quelle dinamiche di concentrazione della ricchezza proprie dei sistemi di produzione capitalisti⁴³.

Come scongiurare questo rischio, rendendo la proprietà privata dei mezzi di produzione compatibile con il principio di distribuzione socialista?

Su questo punto, si è svolto un interessante dibattito nell'opinione pubblica cubana, che ha portato all'adozione di un testo costituzionale sostanzialmente differente rispetto al progetto iniziale⁴⁴.

La versione originaria del progetto di Costituzione aveva infatti suscitato numerose polemiche, in quanto prevedeva che lo Stato dovesse introdurre dei limiti alla concentrazione di “proprietà” in mano a soggetti non statali, mentre non erano previsti limiti per le forme di “ricchezza” diverse dalla proprietà.

⁴⁰ V. art. 22 della Costituzione, in base al quale la proprietà privata «se ejerce sobre determinados medios de producción por personas naturales o jurídicas cubanas o extranjeras; con un papel complementario en la economía».

⁴¹ V. in questo senso l'art. 64 della Costituzione cubana, che afferma: «Se reconoce el derecho al trabajo. La persona en condición de trabajar tiene derecho a obtener un empleo digno, en correspondencia con su elección, calificación, aptitud y exigencias de la economía y la sociedad».

⁴² Così l'art. 65 della Costituzione.

⁴³ Cfr. Y. Pérez Martínez, *Glosas del sistema económico*, cit., 153-155.

⁴⁴ Su questo dibattito, v. l'articolo pubblicato sul sito www.cubadebate.cu il 21 settembre 2018 (O. Figueredo Reinaldo e E. Carmona Tamayo, “*Reforma Constitucional en Cuba: Apuntes económicos*”).

L'assenza di restrizioni per la concentrazione di ricchezza veniva giustificata dai redattori del progetto di Costituzione per ragioni innanzitutto pratiche: si diceva infatti che, mentre è agevole porre dei limiti, ad esempio, alla quantità di terre possedute da un imprenditore agricolo o al numero di licenze rilasciate ad un commerciante, è invece molto più difficile stabilire dei limiti alla ricchezza, in considerazione della varietà delle fonti da cui questa può derivare e della pluralità di forme che può assumere (si pensi, ad esempio, ai patrimoni finanziari).

Accanto alle motivazioni di natura tecnica, la mancata previsione di restrizioni della ricchezza aveva anche un fondamento politico. Si riteneva infatti non opportuno stabilire dei limiti ai profitti derivanti dall'attività di impresa, perché in questo modo si sarebbe limitata la forza propulsiva dell'autonomia privata, mentre il rispetto del principio di distribuzione socialista avrebbe potuto essere perseguito in maniera più efficace, ad esempio, mediante l'imposizione di una tassazione progressiva.

La soluzione di compromesso raggiunta nel corso del dibattito sul testo costituzionale è sintetizzata nell'articolo 30 della Costituzione. Questo prevede, da un lato, che allo Stato competa regolamentare la concentrazione di "proprietà" in capo alle persone fisiche o giuridiche, il che dovrebbe consentire al legislatore di imporre delle restrizioni al fine di evitare la formazione di posizioni monopolistiche od oligopolistiche. Allo stesso tempo, dall'altro lato, è stato previsto l'obbligo per lo Stato di garantire una "sempre più giusta redistribuzione della ricchezza". In questo modo, è stato affermato il principio in base al quale allo Stato spetta provvedere alla distribuzione delle forme di ricchezza diverse dalla proprietà, senza tuttavia introdurre dei limiti quantitativi di natura patrimoniale⁴⁵.

7. La direzione dello sviluppo economico, tra pianificazione e regolazione

Un ultimo aspetto di cui bisogna tenere conto, nel tratteggiare la costituzione economica di Cuba, riguarda il sistema di direzione dello sviluppo economico. Anche in questo contesto, la Costituzione del 2019 ha apportato delle innovazioni importanti, muovendosi nel solco tracciato dai *Lineamientos* e dalla *Conceptualización*.

La Costituzione cubana del 1976 era incentrata sull'istituto della pianificazione statale dell'economia, e prevedeva che lo Stato organizzasse, dirigesse e controllasse l'attività economica sulla base di un piano nazionale⁴⁶.

⁴⁵ L'art. 30 della Costituzione cubana prevede infatti che «La concentración de la propiedad en personas naturales o jurídicas no estatales es regulada por el Estado, el que garantiza además, una cada vez más justa redistribución de la riqueza, con el fin de preservar los límites compatibles con los valores socialistas de equidad y justicia social. La ley establece las regulaciones que garantizan su efectivo cumplimiento».

⁴⁶ L'art. 16 della Costituzione del 1976 stabiliva: «El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos, promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país».

Rispetto al testo previgente, l'articolo 19 della nuova Costituzione ha una portata più ampia. Infatti, accanto alla pianificazione socialista, che rimane *el componente central* del sistema economico⁴⁷, la riforma riconosce allo Stato anche un'inedita funzione di regolazione del mercato.

Chiaramente, questa innovazione deve essere messa in relazione con quella, su cui ci si è soffermati nei paragrafi precedenti, relativa al riconoscimento della proprietà privata. L'apertura a forme di iniziativa economica privata ha avuto infatti come conseguenza l'affermazione di un settore privato, che orienta le proprie scelte di investimento in base alle dinamiche di mercato. In questo contesto, la Costituzione si è posta il problema di conciliare la crescente importanza assunta dal mercato con il ruolo centrale svolto dallo Stato nel sistema di direzione dell'economia socialista.

Il delicato equilibrio tra questi due fattori – mercato e pianificazione statale – ha trovato espressione nell'articolo 18 della nuova Costituzione, laddove si afferma che il sistema di economia socialista si basa sulla “direzione pianificata dell'economia”, la quale «tiene en cuenta, regula y controla el mercado en función de los intereses de la sociedad».

Beninteso, il riconoscimento costituzionale del ruolo del mercato e l'utilizzo dell'espressione “regolazione” non deve fare pensare che Cuba stia per intraprendere un processo analogo a quello che, negli ordinamenti liberali, ha portato negli ultimi decenni alla progressiva dismissione della presenza diretta dello Stato in economia e all'affermazione del modello dello “Stato regolatore”.

Come detto, infatti, la proprietà socialista rimane la forma più importante e più diffusa di proprietà, così come l'impresa statale conserva il proprio ruolo di attore principale dell'economia nazionale. Inoltre, è assente ogni riferimento all'indipendenza del mercato, e la libertà d'iniziativa economica è soggetta ad ampi poteri di direzione e controllo da parte delle autorità governative⁴⁸.

Quello che invece la nuova Costituzione sembra prefigurare è il progressivo avvicinamento di Cuba ad un sistema di economia mista, in cui alla pianificazione socialista dell'economia dovrebbe affiancarsi una graduale apertura al mercato regolamentato con un ruolo complementare rispetto all'iniziativa statale.⁴⁹

Da quanto appena detto emerge dunque la differenza fondamentale che connota il sistema economico socialista rispetto a quello proprio del modello liberale-capitalista: mentre quest'ultimo infatti è imperniato sul principio di sussidiarietà, per cui lo Stato interviene di regola solo laddove l'iniziativa economica privata si riveli carente, il sistema cubano di stampo socialista si regge invece sul principio di complementarità. Questo significa che lo Stato mantiene un ruolo “centrale” nella direzione e nella gestione dell'economia, mentre

⁴⁷ V. art. 19, comma 2 della Costituzione.

⁴⁸ Cfr. L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana*, cit., XVII-XVIII.

⁴⁹ La realizzazione di tale passaggio, tuttavia, appare ancora di là da venire e, in assenza di garanzie costituzionali dell'autonomia privata, è nei fatti rimessa alla discrezionalità delle autorità politiche. Cfr. in questo senso L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana*, cit., XVII-XVIII, il quale osserva che «la potenziale evoluzione verso un'economia mista, dunque, è rimessa ai fatti e alle disposizioni speciali adottate dagli organi di governo, a conferma della limitata normatività di una Costituzione di impronta socialista».

l'iniziativa privata svolge una funzione servente rispetto al perseguimento degli obiettivi di giustizia sociale propri dello Stato socialista ed è dunque ammessa nella misura in cui permetta di conseguire tali obiettivi in maniera più efficace rispetto alla pianificazione statale⁵⁰.

8. Una costituzione economica in transizione

Da quanto precede emerge come il processo di revisione costituzionale intrapreso da Cuba non rappresenti un momento di rottura nella storia costituzionale di questo Paese, ma al contrario costituisca un momento di consacrazione, di presa di coscienza collettiva, delle trasformazioni politiche ed economiche verificatesi in via di fatto nella società cubana⁵¹.

Con riferimento ai fondamenti economici dello Stato, in particolare, la nuova Costituzione recepisce alcune delle novità già introdotte in via legislativa negli anni recenti e pone le basi per ulteriori riforme, prefigurate nei *Lineamientos* e nella *Conceptualización*, ma non ancora attuate.

Le rilevanti novità introdotte dal nuovo testo costituzionale non devono tuttavia essere assolutizzate. Occorre infatti considerare che queste si inseriscono all'interno di un sistema che rimane fermamente ancorato ai principi del socialismo politico ed economico.

Se si prendono in esame i quattro pilastri del sistema economico socialista enunciati nel paragrafo introduttivo, si può in effetti constatare come questi siano stati sostanzialmente confermati, seppure con alcune varianti, nel nuovo testo costituzionale.

Per quanto riguarda, in particolare, il principio della proprietà socialista, si è detto come questo non sembri messo in discussione dal riconoscimento della proprietà privata dei mezzi di produzione, dato che la Costituzione attribuisce alla proprietà socialista il ruolo "principale" nel sistema economico cubano, mentre la proprietà privata esercita una funzione complementare.

Inoltre, l'innovazione rappresentata dall'apertura verso forme di contrattualizzazione della manodopera altrui deve essere temperata con il rifiuto di ogni forma di "sfruttamento dell'uomo dall'uomo", richiamato dal

⁵⁰ Sul principio di complementarità, v. Y. Pérez Martínez, *Glosas del sistema económico*, cit., 150, il quale afferma che «el sistema económico cubano se sustenta en el principio de complementariedad, que se traduce en que el Estado mantiene su rol de actor principal de la economía, traza los postulados y estrategias en su conducción, encauza las acciones de todos al cumplimiento de sus objetivos en aras de garantizar el bienestar común; pero no en posición de exclusividad o sustracción total, sino en armonía con otros sujetos quienes, con su participación en la gestión económica, deben colaborar en imprimirle mayor eficiencia y eficacia al socialismo».

⁵¹ Cfr. Y. Guzmán Hernández, *Lineamientos, constitución y líneas*, cit., secondo cui «Lo cierto es que una vez más, el binomio constitución formal-constitución material (teorizado por Mortati) se pondrá en evidencia. La Constitución reformada consagrará cambios que, contradictoriamente a lo que dispone el principio de supremacía constitucional, tendrán un precedente normativo y una praxis política anticipada, lo que a la postre podría repercutir negativamente en el imaginario social acerca del valor normativo de la constitución, la fuerza vinculante de su preceptiva y la importancia de la supremacía constitucional». In senso analogo, v. L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana*, cit., XI.

Preambolo della nuova Costituzione, il che potrebbe da un lato portare allo sviluppo di piccole e medie imprese, ma dall'altro lato ostacolare la formazione di grandi aziende.

Dal canto suo, la capacità attrattiva dell'apertura agli investimenti privati, soprattutto stranieri, potrebbe essere frenata da una legislazione che, in nome del principio di distribuzione socialista, ponga dei limiti restrittivi alle concentrazioni di capitali.

In ultimo, anche il riconoscimento costituzionale del ruolo del mercato si inserisce in un contesto dove l'autonomia privata, anche laddove è ammessa, rimane sottoposta ad ampi poteri di ingerenza e di controllo da parte delle autorità governative.

Sarebbe, in definitiva, fuorviante leggere la nuova costituzione economica come una fase di passaggio nel percorso di Cuba verso un prossimo approdo all'economia di mercato sul modello delle democrazie liberali occidentali. Ciò in quanto, da un lato, le pur consistenti aperture sul versante delle libertà economiche non sono state accompagnate da un corrispondente riconoscimento dei diritti politici e delle libertà individuali, a differenza di quanto storicamente avvenuto nei processi di transizione dei paesi ex comunisti dell'Europa orientale verso la liberaldemocrazia. Ma soprattutto, il modello che pare capace di esercitare una maggiore forza attrattiva sull'ordinamento cubano sembra attualmente rappresentato dal socialismo di mercato cinese, piuttosto che dal libero mercato nordamericano ed europeo⁵².

In conclusione, la nuova costituzione economica di Cuba rappresenta al contempo un punto di arrivo, in quanto recepisce molte delle riforme economico-sociali introdotte nel Paese negli ultimi anni, ed un nuovo punto di partenza, nella misura in cui dà inizio ad una fase di transizione del sistema economico e politico nazionale la cui direzione, tuttavia, appare quanto mai incerta.

Francesco Gallarati
Dip.to di Scienze politiche
Università degli Studi di Genova
francesco.gallarati@edu.unige.it

⁵² Si veda in tal senso il discorso del Presidente Miguel Díaz-Canel che, a conclusione dei lavori della Asamblea Nacional, invitò a «aprovechar las experiencias de otras naciones socialistas como China, Vietnam y Laos», come modelli di socialismo di mercato.

Il diritto di proprietà in Cuba: dalla rivoluzione castrista alla Costituzione del 2019

di *Miryam Iacometti*

Abstract: The right of property in Cuba: from Castro's revolution to the Constitution of 2019 – The essay aims at highlighting the basic features of the right of property in Cuba, trying to explain the evolution of this right in Cuban Statutes and Constitutions from Castro's revolution to current times. The author stresses the fundamental role played by State in shaping the right of property. The new Constitution, entered into force in 2019, recognizes the private property, but the real challenge is how to balance this type of property, which is only in subordinate position, the principles of Socialism and the property of the State.

Keywords: Private Property; Rights; State Socialism; Economic Reforms; Cuban Constitution.

749

1. Considerazioni introduttive

Non pare dubbio che tra gli aspetti più innovativi della Costituzione cubana, approvata in *referendum* il 24 febbraio 2019, possa annoverarsi la disciplina della “Costituzione economica” e, in particolare, del diritto di proprietà. Un termine, quest’ultimo, che è stato considerato come particolarmente «ambiguo e problematico» a Cuba dove la proprietà non è diritto paragonabile a quello protetto dagli ordinamenti democratici occidentali e si è modificato nel tempo attraverso le relazioni tra diversi soggetti, tra i quali sempre troneggia lo Stato¹. La proprietà privata, espressamente garantita con l’uso di questo attributo nella nuova Costituzione, conserva una posizione residuale, nel timore che possa costituire eccessiva fonte di lucro e di disuguaglianza sociale ed introdurre quello sfruttamento dell’uomo sull’uomo contro il quale lo Stato socialista, di cui Cuba è ancora un esempio, si è proposto di combattere².

Si è a ragione affermato che la redazione della Carta fondamentale del 2019, specie con riguardo agli aspetti economici, abbia come sua origine anche motivi congiunturali, legati alla profonda crisi dell’economia. Tra questi si annoverano le sanzioni imposte dal Presidente Trump la cui amministrazione è tornata a informare a metodi conflittuali le relazioni con l’isola, contrapponendosi

¹ In tema, D. Echevarría, M. Merlet, *Les évolutions de la politique agraire de Cuba dans le cadre de l’actualisation du modèle économique et social*, in *Cahiers des Amériques latines*, 84, 2017, 12, in journals.openedition.org/cal/4528.

² J.A. Fernández Estrada, *Una Constitución para Cuba: la necesidad de una nueva Constitución. El enfoque técnico y el enfoque político*, in *Cuban Studies*, 45, 2017, 5, in search.proquest.com/docview/1967363954, ritiene però che la proprietà privata debba essere considerata come contraria al socialismo solo quando sia «esclusiva y excluyente».

all'indirizzo di "disgelo" e allo sviluppo del turismo americano nei Caraibi, iniziatosi nel 2014, sotto la presidenza di Barack Obama³. Ha spinto a riforme costituzionali più favorevoli all'iniziativa privata, anche la disperata situazione economica in cui versa la Repubblica bolivariana del Venezuela, da molti anni «partner privilegiato di Cuba»⁴.

Tuttavia, questo negativo quadro economico che si può considerare all'origine di alcune delle più recenti innovazioni costituzionali, non è che l'ultima tessera di un complesso mosaico di riforme, realizzate con atti normativi di forza inferiore⁵, che hanno punteggiato la storia della Repubblica cubana e che vanno ricordate per poter valutare le novità introdotte nel 2019. Basti pensare alle leggi riguardanti la riforma agraria ed urbana promulgate all'inizio degli anni '60 come parte della Legge fondamentale del 7 febbraio 1959⁶ e di gran lunga precedenti rispetto alla Costituzione del 1976, la prima espressamente volta a disciplinare il regime socialista. Una nuova riforma costituzionale, approvata nel 1992, ha dispiegato significativi riflessi anche in campo economico e con riguardo al diritto di proprietà. La Costituzione del 2019 ha poi introdotto ulteriori innovazioni,

³ Il 17.12. 2014 fu annunciato il ristabilimento delle relazioni diplomatiche con gli Stati Uniti, interrottesi nel 1961. Su quello che avrebbe significato tale ripresa delle relazioni con il potente Stato vicino, A. López-Levy, *What Obama's New Cuba Policy Means for the Rest of the Americas*, in *NACLA Report on the Americas*, 4, 2014-2015. In tema, anche M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional de los Cambios Sociojurídicos en la Cuba Actual*, in *Revista Derecho e Práxis*, 4, 2017, 3.

⁴ Così, L. Cuocolo, *La Costituzione cubana del 2019: gattopardismo o evoluzione?*, in questa *Rivista*, 1, 2019, XVI. Come è noto, il legame assai stretto con il Venezuela ha garantito a Cuba importanti rifornimenti di petrolio. A sua volta l'isola ha fornito alla Repubblica bolivariana servizi medici di elevato livello. Un aspetto, quello della sanità, che insieme allo sviluppo dell'educazione è considerato come uno dei maggiori successi del regime castrista. In tema, A. e F. Demichel, *Cuba*, Paris, 1979, 77 ss. Sulla presenza di almeno 30.000 operatori sanitari in Venezuela e in molti altri ordinamenti non solo iberoamericani, a sostegno delle popolazioni locali, L. Wylie, *The special case of Cuba*, in *International Journal*, 3, 2012, 6, search.proquest.com/docview/1173819205E32ABC.

⁵ Assai spesso, infatti, le innovazioni riguardanti gli aspetti più significativi del diritto di proprietà, specie dei beni immobili, sono stati introdotti più che da previsioni legislative, da atti emanati dagli organi del potere esecutivo, prima di essere legittimati da disposizioni costituzionali. In tema, M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional*, cit., 2. Sulla mancanza di una cultura di rispetto della legge in Cuba e sull'eccessivo numero e sulla poca pubblicità delle norme non legislative, A. Pérez Martín, *El lugar del derecho en el orden político de la reforma económica en Cuba: Entre la república y el reino*, in *Cuban Studies*, 45, 2017, 50 ss.

⁶ La Legge fondamentale del 7 febbraio 1959 confermava in molti aspetti la Costituzione del 1940, nata dopo la lotta vittoriosa contro la dittatura di Gerardo Machado, sviluppatasi tra il 1928 ed il 1933. Anche le norme riguardanti la garanzia della proprietà privata permanevano con poche differenze nella nuova Legge fondamentale. Tuttavia, questa si differenziava dalla Carta del 1940, che adottava una forma di governo presidenziale, con accenni di parlamentarismo, poiché concentrava il potere nel Consiglio dei Ministri cui era affidata non solo la funzione esecutiva, ma anche quella legislativa. A riprova della straordinaria importanza per il regime castrista di nuove regole relative alle forme di proprietà più significative, quelle della terra e della casa, le leggi sul loro regime, la *Ley de Reforma agraria* del 1959 e *de Reforma Urbana* del 1960, furono dotate di rango costituzionale. Sulla Cost. del 1940, R. Rojas, *La soledad constitucional del socialismo cubano*, 2 s., lacc.fiu.edu. Per un esame della Cost. del 1940, dalla quale anche la prima Cost. socialista del 1976 è stata influenzata, J.M. Goig Martínez, *Del autonomismo a la revolución. Historia del constitucionalismo en Cuba*, in *Revista de Derecho UNED*, 20, 2017, 14 ss., search.proquest.com/docview/1956037968. Sulle fonti della Carta del 1940 (le Costituzioni: messicana del 1917, spagnola del 1931 e di Weimar del 1919) R. Gargarella, *The "Engine Room" of the Constitution (with Some Particular Attention to the Cuban Case)*, in *Cuban Studies*, 45, 2017, 6, search.proquest.com/docview/1967363026.

registrando ancora una volta modificazioni normative sviluppatesi a far tempo dagli anni '90, ma divenute più significative con la sostituzione, prima transitoria, nel 2006, poi permanente, nel 2008, di Raúl a Fidel Castro⁷, sfociata, nell'aprile 2018, nella nomina a Presidente del Consiglio di Stato e del Consiglio dei Ministri di Miguel Díaz-Canel Bermúdez (che ne era, allora, il primo vicepresidente). Il nuovo corso economico, iniziatosi specie con la presidenza di Raúl Castro, si proponeva di iniettare dosi di maggiore efficienza e di modernizzazione nell'economia, scommettendo sul permanere di Cuba nella forma di Stato socialista, ma aprendola *cum grado salis* al mercato e alla tutela della proprietà che, come si è detto, per la prima volta, la Carta fondamentale del 2019 ha definito espressamente, tra le varie tipologie di proprietà in essa disciplinate, come privata.

Va però subito premesso che non si è certo trattato di una rivoluzione, ma piuttosto di previsioni introdotte all'insegna di un notevole pragmatismo che dovrebbero consentire di aggiornare e modernizzare il modello dell'economia socialista, senza ripudiarlo per abbracciare un sistema capitalista, come era già avvenuto per le riforme introdotte in passato⁸.

2. Le prime riforme della proprietà agraria e urbana volte al consolidamento dello Stato socialista

Com'è noto, dopo la rivoluzione castrista del 1959, l'economia cubana si affrancò dalla dipendenza politica dagli Stati Uniti e, ad un tempo, da quella economica dei loro capitali che ne avevano monopolizzato l'agricoltura con la coltivazione intensiva della canna da zucchero⁹. Cuba divenne uno Stato socialista informato alla proprietà statale dei mezzi di produzione e al metodo della pianificazione. Espressione giuridica di questa prima fase della storia cubana fu l'emanazione di due importanti leggi dedicate, rispettivamente nel 1959 e nel 1963, alla riforma agraria e, nel 1960, alla casa.

La legge del 17 maggio 1959, nazionalizzando i grandi latifondi¹⁰, distribuì la terra a circa 100.000 famiglie di agricoltori che la coltivavano, conservando solo

⁷ Sulla delega di poteri avvenuta il 31.7. 2006 a Raúl Castro a Presidente del Consiglio di Stato e del Consiglio dei Ministri, in sostituzione del fratello Fidel, a causa della malattia di quest'ultimo, nomina ratificata nel 2008 dall'Assemblea Nazionale del Potere Popolare, con riconferma nel 2013 sino al 2018, D. Hernández, *Reformulando la revolución cubana. La presidencia de Raúl Castro (2008-2013)*, in *Papeles de Europa*, 2, 2015, 31; I. Rossini, *Cuba*, in *Enc. Italiana Treccani*, Appendice IX (A-I), Roma, 2015, 354.

⁸ La Cost. del 1976, riformata nel 1992, fu di nuovo innovata nel 2002, allo scopo di introdurre la "clausola di eternità" del regime socialista, inibendo, ad un tempo, la possibilità di contrattare riforme sotto la minaccia di una esterna coazione o aggressione. Sui moventi politici di tale riforma, specie sorta in opposizione agli Stati Uniti e ai dissidenti cubani, R. Rojas, *¿Es posible ampliar los derechos civiles y políticos en Cuba sin revocar el socialismo?*, in *Cuban Studies*, 45, 2017, 29. Sulle possibili implicazioni di tale clausola di intangibilità nei confronti di aspetti della Costituzione economica, J. I. Domínguez, *Constitución y constitucionalismo en Cuba: Introducción al dossier y reflexiones*, in *Cuban Studies*, 45, 2017, 5 s.

⁹ Prima della rivoluzione castrista, appartenevano a compagnie americane almeno il 36% delle terre e della produzione dello zucchero, il 90% delle miniere e delle risorse elettriche, il 79% delle forniture di petrolio, pressoché tutte, poi, nazionalizzate. Per tali dati, ricordati da J.J. Alphantery, *Cuba, l'autre révolution*, Paris, 1972, A. e F. Demichel, *Cuba*, cit., 214.

¹⁰ La legge creò, inoltre, l'Istituto Nazionale di Riforma Agraria, vero «nucleo del nuovo Stato

le proprietà della piccola borghesia agraria alla quale era concesso di detenere fondi sino ad un massimo di 400 ettari a persona fisica o giuridica. Così si garantiva la maggior proprietà della terra allo Stato, spezzando il grande latifondo privato, considerato una delle più essenziali manchevolezze del sistema economico cubano (insieme alla massiccia monocoltura della canna da zucchero, ereditata dal colonialismo spagnolo e implementata dal capitalismo americano ed al basso livello di industrializzazione¹¹).

Anche il regime della proprietà dell'altro bene immobile essenziale, la casa, fu disciplinato con notevole tempestività, come espressione del programma politico castrista che si proponeva di garantire un'abitazione degna ad ogni famiglia, sopprimendo l'autentico sfruttamento delle rendite di locazione da parte dei proprietari degli immobili. La legge *de Reforma Urbana* del 14 ottobre 1960 attribuì in proprietà la casa di abitazione al locatario, dietro pagamento del canone di affitto al proprietario per un periodo variabile tra i 5 e i 20 anni a secondo dell'anno di costruzione dell'immobile, vietando la compravendita del bene e la locazione tra persone fisiche e autorizzando solo la permuta di abitazioni di uguale valore¹². La legge disponeva anche che lo Stato avrebbe dovuto nell'immediato futuro costruire case cedendole in usufrutto a chi le pagasse con una somma mensile non superiore al 10% delle entrate familiari. Solo in seguito lo Stato avrebbe potuto costruire case da cedere in usufrutto permanente e gratuito¹³. Furono inoltre abolite tutte le forme di ipoteca, con confisca da parte dello Stato senza indennizzo, dei crediti ipotecari.

Il regime delle terre fu di nuovo modificato dalla legge del 3 ottobre 1963 che introdusse una seconda riforma agraria. Questa nazionalizzava anche le proprietà di estensione compresa tra i 67 e i 400 ettari, consentendo la permanenza di proprietà private sino ad un massimo di 67 ettari, ma eliminando la borghesia rurale "sopravvissuta" alla riforma agraria ed assicurando allo Stato circa il 70%

rivoluzionario», preposto alla disciplina di quasi tutte le attività economiche. Così J.Valdés Paz, *Cuba. La costitución del poder revolucionario (1959-1963)*, in *The Latin Americanist*, 3, 2009, 15.

¹¹ Su questi «tre vizi fondamentali» dell'economia cubana nel 1958, considerando che, alla vigilia della rivoluzione castrista, i 2/3 delle terre coltivate erano a monocoltura della canna da zucchero, A. e F. Demichel, *Cuba*, cit., 214 ss.

¹² E Ortega García, *La ocupación de viviendas como categoría legal, a partir de las modificaciones introducidas en el derecho inmobiliario cubano*, in *Misión Jurídica, Rev. de Derecho y Ciencias Sociales*, 7, 2014, 90, ricorda che il mancato pagamento per tre mesi del canone avrebbe fatto perdere la proprietà, trasformando l'occupante in usufruttuario dell'abitazione. Furono numerose le norme dedicate alla casa nel periodo precedente o subito seguente alla emanazione della *Ley de Reforma Urbana*, dalla l. n. 26 del 1959, che sospese gli sfratti, alle leggi nn. 218 del 1959, 691 del 1959, 892 del 1960 che disciplinarono il livello massimo dei prezzi per la vendita di terreni urbani edificabili, alla l. n. 153 del 1959 che ridusse i canoni di locazione della case cittadine dal 30% sino al 50%. Su tali fonti, M. E. Cobas Cobiella, *Cuba y el marco regulatorio actual de la propiedad inmobiliaria. Ideas básicas*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, 2015, 589; E. Trefftz, *50 años de la ley de reforma urbana en Cuba. En el aniversario del cambio de paradigma*, in *Revista INVI*, 72, 2011, online, 3; In tema anche I. Duce Sánchez de Moya, *La reforma urbana en Cuba*, 444, www.cpec.gob.es. C. Mesa-Lago, *La vivienda en Cuba socialista y las reformas estructurales*, 17, in cubapossible.com, ha calcolato che circa l'85% della popolazione cubana ottenne allora la proprietà della casa.

¹³ Per un esame della legge che distingueva la riforma in tre fasi: *etapa actual, futura inmediata e futura mediata*, A. Lázaro, *Cuba: las leyes constitucionales de la revolución*, 212 s., www.cepc.gob.es; I. Duce Sánchez de Moya, *La reforma urbana en Cuba*, cit., 444 s.

della terra coltivabile¹⁴. Si svilupparono così le *Granjas del Pueblo*, le fattorie di Stato che occupavano operai addetti, in particolare, alla coltivazione della canna da zucchero. I piccoli coltivatori, proprietari dei loro fondi, erano invece incentivati ad unirsi in cooperative allo scopo di ottenere crediti o di acquistare macchinari che permettessero loro di meglio coltivare le loro terre¹⁵, attraverso l'organizzazione delle Cooperative di credito e di servizi. Permaneva, inoltre, la proprietà comune affidata a Cooperative di produzione agricola.

Il nuovo corso politico, che privilegiava l'agricoltura affidata alle grandi proprietà dello Stato, si tradusse, sotto il profilo economico, in un esperimento inefficiente ed in una nuova dipendenza. L'Unione Sovietica divenne il fornitore di materie prime ed il principale mercato, a prezzi più elevati di quelli pagati nel libero commercio, dello zucchero prodotto dalla "perla dei Caraibi", ponendo un'ipoteca sulla fragile economia dell'isola¹⁶. Si manifestava, ancora una volta, la dipendenza delle questioni interne e dell'economia dalle relazioni esterne¹⁷. Quanto al quadro costituzionale se, secondo la dottrina marxista, l'economia è la struttura portante dello Stato, essendone mera sovrastruttura il profilo giuridico, le nuove contingenze politiche ed insieme economiche non potevano che riflettersi sulla scrittura di una aggiornata Carta costituzionale.

3. Il diritto di proprietà nella Costituzione del 1976

La Costituzione del 1976, promulgata a ben diciotto anni dalla vittoriosa epopea di Fidel Castro contro la dittatura di Fulgencio Batista¹⁸ e dalla proclamazione l'8 gennaio 1959 del regime socialista, finalmente aggiornava lo scenario costituzionale, orgogliosamente affermando, sin dal suo art. 1, la natura della Repubblica di Cuba. Questa era definita come uno Stato socialista di operai, contadini e altri lavoratori manuali e intellettuali.

¹⁴ In tema, A. e F. Demichel, *Cuba*, cit., 22.; J. Ortiz, G. Fournial, *Le socialisme à la cubaine*, Paris, 1983, 16 s. D. Echevarría, M. Merlet, *Les évolutions de la politique agraire de Cuba*, cit., 3, stimano in circa 7,8 milioni di ettari l'estensione delle terre agricole dello Stato.

¹⁵ Per la costruzione del "potere rivoluzionario" e del sistema economico socialista, tra il 1959 e il 1963, J. Valdés Paz, *Cuba. La constitución del poder revolucionario*, cit., 12.

¹⁶ In tema, J.L. Rodríguez, *The Frontier of Change in the Cuban Economy*, in *Latin American Perspectives*, 4, 2014, 65.

¹⁷ Così, M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional*, cit., 3.

¹⁸ Sulla lenta introduzione di atti di rango costituzionale dopo il consolidamento del regime socialista e sulla distinzione tra Cuba e gli altri Stati socialisti, P. Biscaretti di Ruffia, *Cuba, Premessa*, in *Costituzioni straniere contemporanee*, Vol. II, *Gli Stati socialisti*, Milano, 1980, 279 s. e dello stesso A., *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988, 548 s. Sulla Legge fondamentale del 7 febbraio 1959 con la quale era stata richiamata in vigore la Costituzione del 1940, sulla «continuità con le tradizioni storiche del popolo cubano» della Cost. del 1976 e la sua natura «más que...proyectista de lo por hacer, ...consagradora de lo hecho», D. Cutié Mustelier, J. Méndez Lopez, *La Propiedad en Cuba. Una visión desde la Constitución*, in *Foro Constitucional Iberoamericano*, 13, 2006-2008, 46. Si direbbe, cioè, più una Costituzione "fotografia" o "bilancio" che "programma", in linea con la natura propria delle Costituzioni sovietiche. Sul legame tra la Carta del 1976 e quella del 1940, anche se il suo «maggior debito» sarebbe stato contratto con la Cost. sovietica del 1936, R. Rojas, *La soledad constitucional del socialismo cubano*, cit., 10. Per il legame tra la Cost. del 1976, specie con riguardo al profilo organizzativo, e la Cost. sovietica del 1936, anche R. Gargarella, *The "Engine Room" of the Constitution*, cit., 7.; P. Carrozza, *Il diritto socialista*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, I, Roma-Bari, 2014, 657.

Nel Capitolo I, dedicato alle «Basi politiche, sociali ed economiche dello Stato» che comprendeva gli artt. da 1 a 27, spiccava proprio l'art. 14 che affermava la vigenza del sistema economico socialista «fondato sulla proprietà socialista dei mezzi di produzione da parte di tutto il popolo e sull'eliminazione dello sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo». L'articolo seguente, il 15, definiva la proprietà statale socialista come «proprietà di tutto il popolo» stabilita «irreversibilmente» sulle «terre che non appartengono a piccoli agricoltori o a cooperative formate da questi». Tale proprietà statale si estendeva, inoltre, con una ricca enumerazione, al sottosuolo, alle miniere, alle risorse marittime naturali, ai boschi, alle acque, alle vie di comunicazione, agli zuccherifici, alle fabbriche, ai principali mezzi di trasporto, alle imprese, alle banche, alle «installazioni e beni espropriati a imperialisti, latifondisti e borghesi e successivamente nazionalizzati, alle fattorie del popolo, alle fabbriche, alle imprese e installazioni economiche, sociali, culturali e sportive costruite, sviluppate o acquistate dallo Stato, nonché su quelle ch'esso costruisca, sviluppi o acquisti in futuro».

L'art. 16 era poi dedicato al metodo della pianificazione, mentre l'art. 17 disciplinava le modalità di amministrazione della proprietà socialista di tutto il popolo, realizzata attraverso la creazione di imprese statali e di «altri enti economici».

La Costituzione del 1976 riconosceva, all'art. 20, la proprietà dei piccoli agricoltori sulle loro terre e su «altri mezzi e strumenti di produzione», affievolendo il principio stabilito al già ricordato art. 14 della proprietà statale dei mezzi di produzione¹⁹, ma in armonia con il contenuto dell'art. 15 che, definendo

¹⁹ La Cost. del 1940, introducendo una forma di Stato democratico-sociale ben diversa da quella di tipo socialista regolata dalla Carta del 1976, manifestava un notevole favore per l'intervento attivo dello Stato nella disciplina della proprietà e nell'economia e per la garanzia della proprietà dei piccoli agricoltori, un *favor* che non venne meno nel diverso assetto economico introdotto nel 1976. Se la Cost. di stampo liberale del 1901 (artt. 32 e 33) tutelava la proprietà privata, ammettendone solo l'espropriazione per cause di pubblica utilità previo corrispondente indennizzo e vietando la pena della confisca dei beni, la Cost. del 1940 ribadiva questo stesso divieto (art. 24), affidando espressamente ai giudici la decisione sull'espropriazione e sull'eventuale reintegro dell'espropriato nei suoi beni. Quest'ultima Costituzione dedicava, inoltre, un ampio novero di previsioni (artt. 87-96) alla *Propiedad*. Della proprietà privata, individuata dall'art. 87 come la prima forma di proprietà, era espressamente riconosciuta la funzione sociale, prevedendosi per essa nessun limite fuorché quelli stabiliti dalla legge per motivi di «necessità pubblica o di interesse sociale». Seguivano (art. 88) la ricca enumerazione dei beni di proprietà statale (la terra, i boschi, le concessioni per lo sfruttamento del sottosuolo, l'utilizzazione delle acque, i mezzi di trasporto, le imprese di servizi pubblici); la disciplina del diritto dello Stato di prelazione su ogni aggiudicazione o vendita coattiva delle proprietà immobiliari (art. 89); la proscrizione del latifondo, con la futura disciplina da parte della legge del massimo di estensione della proprietà di ogni persona od ente e la individuazione dei limiti di acquisto della terra da parte di persone o compagnie straniere e delle misure atte a far ritornare in mani cubane la proprietà della terra (art. 90). Non mancava, infine, una previsione (art. 91) dedicata al padre di famiglia che abitasse, coltivasse e sfruttasse direttamente il proprio podere agricolo, purché questo non eccedesse il valore di 2.000 *pesos*. In questo caso il proprietario avrebbe potuto dichiarare il proprio fondo irrevocabile proprietà familiare (perché imprescindibile come luogo di abitazione e sussistenza) con ciò garantendolo come esente da imposte, da confisca o da successive vendite (a meno che non avesse contratto obblighi precedenti alla vigenza della Costituzione). Sul ricco percorso costituzionale cubano, a far tempo dal periodo precedente all'indipendenza dalla Spagna nel 1898 (Costituzioni del 1869, 1878, 1895, 1897), con particolare riguardo alle Costituzioni del 1901 e del 1940, B. Bernal Gómez, *Cuba y sus Constituciones republicanas*, Miami, 2003. Sul periodo pre-rivoluzionario, J. Valdés Paz, *Cuba. La constitución del poder revolucionario*, cit., 10 s.

la proprietà di tutto il popolo, la individuava come quella non detenuta dai piccoli agricoltori o dalle cooperative a cui questi si sarebbero aggregati. Anche l'art. 20, come già l'art. 17, sull'amministrazione della proprietà socialista di tutto il popolo, introduceva una riserva di legge per la più esaustiva disciplina delle due forme di proprietà (senza mai usare il termine "privata" per definire quella dei piccoli agricoltori). A questi ultimi era garantito il diritto di associarsi per realizzare la produzione agricola o l'allevamento o per ottenere crediti e servizi statali sempre secondo la forma e le condizioni stabilite dalla legge.

La Costituzione garantiva e incentivava la formazione di cooperative agricole da parte dei piccoli agricoltori (favorendo la produzione individuale di questi ultimi, come funzionalizzata al «successo dell'economia nazionale») e disponeva come ulteriori forme di proprietà quella cooperativa come proprietà collettiva dei contadini e quella delle organizzazioni politiche, sociali e di massa, limitata ai beni «destinati alla realizzazione dei loro fini» (artt. 20 e 23).

L'art. 21 era interamente dedicato al «piccolo agricoltore» e prevedeva il diritto di questi a vendere la sua terra, pur se previa autorizzazione degli organi competenti secondo la legge. Lo Stato avrebbe avuto, però, un diritto di prelazione per l'acquisto di tali terre, con pagamento di un «giusto prezzo», vietandosi le relazioni di affitto, di mezzadria, i prestiti ipotecari o la cessione a privati di qualunque diritto riguardante la proprietà delle terre.

L'art. 22 della Costituzione, infine, garantiva la proprietà personale sia sulle entrate e sui risparmi ottenuti dal lavoro, che dell'abitazione di proprietà e di tutti i beni e oggetti necessari a soddisfare le «esigenze materiali e culturali della persona» ed insieme sui mezzi e sugli strumenti di lavoro personale o familiare «non utilizzati per sfruttare il lavoro altrui». Ed anche il diritto di eredità veniva salvaguardato dall'art. 24 Cost., sia nei confronti dell'abitazione in proprietà che con riguardo ai beni personali e alla proprietà della terra (ma era possibile ereditare tale ultimo bene, detenuto dai piccoli agricoltori, solo ove gli eredi lo coltivassero direttamente, salvo particolari eccezioni alla regola generale stabilite dalla legge).

Va sottolineato che la *sedes materiae* di disciplina del diritto di proprietà aveva suscitato numerosi dibattiti dottrinali. Questo diritto era infatti posto all'inizio del testo costituzionale e assai prima delle disposizioni dedicate alla famiglia (Cap. III, artt. 34-37), all'educazione e cultura (Cap. IV, artt. 38-39), al principio di uguaglianza (Cap. V, artt. 40-43) e, più in generale, ai Diritti, doveri e garanzie fondamentali (Cap. VI, artt. 44-65), un capitolo, quest'ultimo, che ricomprendeva oltre ad alcuni classici diritti sociali (al lavoro, al riposo, alla previdenza e all'assistenza sociale, alla salute, all'istruzione) anche delle altrettanto classiche libertà civili (come la libertà di espressione, di riunione, associazione e manifestazione, di domicilio, di corrispondenza, la libertà personale), ma anche diritti di altra natura, come quelli di reclamo e di petizione (esattamente disciplinati in questo ordine). Donde la critica della dottrina per la "dispersione" dei diritti nel testo costituzionale e l'interrogativo su se fosse o meno fondamentale anche il diritto di proprietà, che non era regolato nel Capitolo della Costituzione espressamente dedicato ai diritti definiti come fondamentali. Un dubbio che si era sciolto considerando che, essendosi seguito

l'esempio della precedente Costituzione del 1940 nella disciplina dei diritti²⁰, non ci fosse, da parte del Costituente, preclusione a riconoscere alla proprietà la natura di diritto fondamentale, non essendosi introdotta alcuna gerarchia tra i diritti che la potesse far considerare di minor rilievo rispetto a quelli espressamente definiti come fondamentali. A tale conclusione aveva condotto anche l'art. 141, poi divenuto 137 della Cost. che, senza distinguere tra i diritti in essa sanciti, consentiva la loro modifica non solo con approvazione dei 2/3 dei componenti dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare, l'organo legislativo, ma anche con *referendum* del corpo elettorale²¹. Qualche esponente della dottrina, considerando la centralità del regime della proprietà nella Costituzione economica dello Stato socialista, aveva invece sottolineato che non solo non doveva revocarsi in dubbio la sua natura di diritto fondamentale, ma anzi se ne doveva affermare la superiorità rispetto agli altri diritti²².

4. Le riforme precedenti la revisione costituzionale del 1992

Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione del 1976 si introducevano, però, molte innovazioni. Nel maggio 1980 si concedeva agli agricoltori la possibilità di vendere liberamente e non più solo allo Stato i prodotti non destinati all'auto-consumo²³. Si promulgava, inoltre, la *Ley General de la Vivienda* n. 48 del 27 dicembre 1984, ben presto aggiornata da una successiva legge generale sulla casa, la n. 65 del 23 dicembre 1988. La prima, garantiva il trasferimento della proprietà dell'abitazione agli usufruttuari a titolo oneroso e agli occupanti di abitazioni aventi titolo legittimo²⁴, individuandone il prezzo e

²⁰ Sulla poca sistematicità nella disciplina dei diritti della Costituzione del 1940 che è, però, «la più ampia del costituzionalismo democratico cubano», J.M. Goig Martínez, *Del autonomismo a la Revolución*, cit., 15.

²¹ In tema, D. Cutié Mustelier, J. Méndez López, *La Propiedad en Cuba*, cit., 50 s.; M. Prieto Valdés, *Una mirada desde y para el ordenamiento jurídico cubano: en defensa de los derechos*, in *Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, 2, 2013, 2; D. Cutié Mustelier, *Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a cuarenta años de vigencia*, in A. Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 161.

²² D. Cutié Mustelier, J. Méndez López, *La Propiedad en Cuba*, cit., 51, ricordano un altro significativo orientamento dottrinale, in virtù del quale il regime della proprietà, che è parte essenziale delle Basi del regime economico socialista, non potrebbe essere mutato, essendo intangibile tale regime secondo gli artt. 3 e 137 della Costituzione del 1976, come novellati nel 2002.

²³ Fu questo il fenomeno dei cosiddetti *free-markets* che furono ammessi allo scopo di ridurre il mercato nero che si era sviluppato a far tempo dalla metà degli anni '70, in conseguenza dell'obbligo per i coltivatori di vendere i loro prodotti allo Stato a prezzi troppo bassi. I *free-markets*, la cui esperienza si era introdotta nel 1980, furono però aboliti nel 1986, accusati di aver favorito la formazione di un ceto di ricchi agricoltori, fomentando la disuguaglianza sociale. Così J. Habel, *Cuba, The Revolution in peril*, London, New York, 1991, 34 ss. Tale esperienza non fu però lasciata cadere. Fu infatti reintrodotta di lì a poco a seguito del successo della politica economica iniziata grazie al Decreto-legge n. 191 del 1994 con il sorgere delle *Unidades Básicas de Producción Cooperativa*. Si è calcolato che almeno 20.000 tonnellate di prodotti agricoli e di carne fossero venduti da questi mercati sin dal primo anno della loro riapertura. Tale politica fu un successo economico anche perché si implementò la tassazione dei redditi di questi agricoltori, pur non mancando timori per il sorgere di nuove disuguaglianze rispetto al resto della popolazione produttiva. In tema, E. Can Gürcan, *Cuban Agriculture and Food Sovereignty: Beyond Civil-Society-Centric and Globalist Paradigms*, in *Latin American Perspectives*, 4, 2014, 138 s.

²⁴ Tali soggetti erano, rispettivamente, i locatari che non avevano potuto acquistare la proprietà

disciplinava moltissimi aspetti della politica della casa: dai problemi della conservazione e ampliamento agli incentivi alla costruzione «por esfuerzo de la población»²⁵, dai meccanismi di finanziamento per la costruzione e la riparazione delle abitazioni, ai diritti e agli obblighi dei proprietari, dalle modalità di risoluzione dei conflitti sui diritti riguardanti la casa, alla disciplina dell'*Instituto Nacional de la Vivienda* chiamato ad occuparsi di aspetti essenziali. La legge consentiva, senza alcuna autorizzazione, al proprietario della casa di affittarne alcune stanze ad un massimo di due nuclei familiari, introducendo rigorosi limiti di tempo, molte obbligatorie indicazioni da iscriversi nel contratto di locazione e una sanzione pecuniaria non impugnabile in caso di violazione delle disposizioni legislative.

La *Ley General de la Vivienda* del 1988, si proponeva, come proclamava la sua introduzione, di inserire nuove previsioni, consigliate dall'esperienza fatta nei quattro anni precedenti, rafforzando anche il controllo dello Stato su quanto riguardasse la casa e rilanciando lo sforzo di costruzione. Proprio a questo aspetto erano dedicati i primi articoli della nuova legge, i quali si riferivano sia all'*esfuerzo propio de la población*, sia alle cosiddette "micro-brigate". Queste erano insiemi di lavoratori che, pur non esperti di costruzione e in realtà impiegati usualmente in altre attività lavorative, si dedicavano alla edificazione o alla riparazione degli immobili per colmarne il gravissimo deficit e le necessità di manutenzione, veri flagelli per la popolazione cubana. La legge dispose anche in tema di trasferimento della proprietà delle case costruite dallo Stato e delle locazioni di queste.

La politica della casa, aspetto essenziale del diritto di proprietà, fu dunque disciplinata anche alla vigilia della revisione costituzionale del 1992. Le leggi ponevano comunque limiti alla possibilità di vendere e comprare liberamente le abitazioni per evitare scopi speculativi. Era infatti solo possibile acquistare un massimo di due case, una delle quali in luoghi di vacanza per i cittadini cubani che risiedessero nell'isola o per stranieri residenti in permanenza in essa, inibendo la proprietà, ad esempio, ai cittadini che si fossero definitivamente allontanati dal Paese. Questi non avrebbero potuto neppure ereditare il bene immobile, trasferendosi il diritto reale agli altri eredi residenti in Cuba.

Le diverse forme di proprietà individuate dalla Costituzione del 1976, trovarono disciplina nel Codice civile approvato con legge n. 59 del 16 luglio 1987, il quale dedicò il suo Libro II, in questo ordine, alla proprietà socialista di tutto il popolo, alla proprietà cooperativa, a quella dei piccoli agricoltori, alla proprietà personale. Quest'ultima era disciplinata negli artt. 156-159, precisandosi, nell'art. 158, che i beni che costituivano mezzi o strumenti di lavoro personale o familiare non potevano essere utilizzati per ottenere entrate provenienti dallo sfruttamento del lavoro altrui. Il Codice civile, considerato strumento sussidiario rispetto alle altre fonti di disciplina della proprietà, disponeva, però, notevoli tutele, conferendo espressamente nel suo art. 129 al proprietario la possibilità non solo di disporre dei

della casa che occupavano per mancato pagamento del canone e i soggetti che avevano costruito sul terreno concesso dallo Stato o che avevano convertito un locale in casa di abitazione. Così E. Ortega García, *La ocupación de viviendas*, cit., 90.

²⁵ Si trattava della possibilità di costruire o rimodernare abitazioni da parte di privati con risorse loro proprie.

suoi beni, ma di poterli rivendicare contro il possessore o chi lo detenesse attraverso azioni giudiziali e iscrizione nel Registro della proprietà²⁶.

5. La revisione costituzionale del 1992

La Costituzione fu infine riformata in modo significativo nel 1992²⁷, nel cuore del cosiddetto *Período Especial*, la difficile fase vissuta dall'ordinamento cubano dopo la caduta del regime comunista sovietico e il venir meno dei finanziamenti e delle agevolazioni da questo provenienti. Era necessario innovare e rendere più efficienti settori importanti dell'economia, ma anche modificare il quadro giuridico alla luce degli eventi epocali, avvenuti nello scenario mondiale²⁸.

Il sistema economico fu sempre basato, ai sensi dell'art. 14, sulla proprietà socialista di tutto il popolo. Si cominciava però a ridurre, pur con notevole cautela, la centralità dello Stato nell'economia. Basti pensare che, nella Costituzione riformata, la proprietà di tutto il popolo riguardava non più i mezzi di produzione, secondo la versione di tale principio iscritta nella originale stesura della Carta del 1976, ma solo i «mezzi fondamentali di produzione»²⁹.

L'art. 15 era sempre dedicato alla disciplina della proprietà socialista di tutto il popolo e individuava i beni oggetto di tale forma di proprietà in modo non diverso dalla precedente stesura della disposizione. Tuttavia, la nuova previsione flessibilizzava la disciplina costituzionale precedente, informata all'irreversibilità della proprietà statale, precisando l'impossibilità di trasmettere la proprietà di tali beni a persone fisiche o giuridiche, a meno che in casi eccezionali ciò potesse «servire allo sviluppo economico del paese» e non pregiudicasse «i fondamenti politici, sociali ed economici dello Stato»³⁰, previa approvazione del Consiglio dei

²⁶ Su tale disposizione, M.E. Cobas Cobiella, *Cuba y el marco regulatorio*, cit., 592. Va ricordato che solo nel 1998 si introdusse un regime più aggiornato del *Registro de Propiedad*, rimasto per decenni inattivo.

²⁷ La riforma del 1992, ispirata agli orientamenti del IV Congresso del Partito comunista cubano, tenutosi nel 1991, come esito di quello che Fidel Castro definì come *Proceso de Rectificación* degli errori precedenti, modificò più della metà degli articoli della Costituzione del 1976, ben 64; sopprime altri 16 articoli e ne introdusse 13 nuovi, confermando il percorso verso il comunismo, anche se non più basandosi sul principio del centralismo democratico di ascendenza sovietica. In tema, T.Y. Guzmán Hernández, *El procedimiento de reforma, la participación popular y las reformas de la Constitución en Cuba (1959-2002)*, in *Estudios Constitucionales* n. 2, 2015, 8 ss.; R. Peña Barrios, M. Prieto Valdés, *Las reformas a la Constitución cubana*, in www.cubaposible.com.

²⁸ La riforma costituzionale del 1992 introdusse importanti innovazioni. Basti pensare alla modifica del sistema elettorale, divenuto a suffragio diretto, dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare; alla disciplina dell'uguaglianza anche per motivi religiosi; alla tutela della libertà di religione. In tema, R. Peña Barrios, M. Prieto Valdés, *Las reformas a la Constitución cubana*, cit.

²⁹ Sulla mancanza, però, di precisione nella definizione di “mezzo di produzione fondamentale”, si cfr. l'intervista del 19.1.2018 di R. Peña Barrios all'economista P. Monreal González, *La economía cubana necesita mecanismos de integración más efectivos entre los diversos sectores de propiedad y entre las distintas formas de gestión*, in www.cubaposible.com.

³⁰ Sull'importanza di tale previsione, M. E. Cobas Cobiella, *La Evolución del Derecho Civil Cubano y la Ley de Inversión Extranjera en Cuba: un Camino por Recorrer*, 5, 30.11.2014, in www.ascecuba.org; Y. Delgado Triana, M. Arely del Río Hernández, *La democracia socialista en la Constitución de 1976* in A. Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 62. Ritieni che la modifica più significativa quanto ai diritti riguardasse proprio le norme sulla proprietà, posta la natura di questa come «elemento definitorio y piedra angular de la

Ministri o del suo Comitato esecutivo³¹. La stessa trasmissione di beni poteva essere realizzata in favore di imprese statali o di altri enti autorizzati per l'adempimento dei loro fini, ma previa disciplina riservata alla legge.

Non mutavano, dopo la riforma del 1992, le previsioni in tema di amministrazione dei beni di proprietà statale; le norme riguardanti: la proprietà della terra dei piccoli agricoltori³², la proprietà personale di mezzi e strumenti di lavoro, delle entrate e dei risparmi derivanti dal lavoro, né la proprietà dell'abitazione³³ e le disposizioni sulla proprietà collettiva delle cooperative e delle organizzazioni politiche, di massa e sociali. Era tuttavia introdotta, all'art. 23, una nuova forma di proprietà garantita, oltre che alle società e alle associazioni economiche, alle imprese «miste», cioè a quelle a partecipazione anche straniera³⁴. Tali proprietà dovevano essere disciplinate, non solo dalla legge e dagli statuti e regolamenti delle società e associazioni, ma anche dai trattati.

Come la dottrina sottolineava, però, quest'ultima forma di proprietà, in precedenza non costituzionalmente prevista, era già stata introdotta dal Decreto-legge n. 50 del 1982 disciplinante le “Asociaciones Económicas entre Entidades cubanas y Extranjeras”. A sua volta il codice civile del 1987 regolava, però, con le stesse espressioni che la Costituzione di lì a poco riformata avrebbe usato, il regime delle imprese miste, mentre la proprietà assegnata a fondazioni e associazioni di carattere non commerciale, prevista dal Codice civile (art. 160.1) non era indicata dalla Costituzione³⁵. La legge sulle partecipazioni straniere fu poi modificata con la l. n. 77 del 1995 dedicata alla *Inversión Extranjera*, poi abrogata dalla l. n. 118

Constitución Económica» e diritto essenziale per gli esseri umani, D. Cutié Mustelier, *Los derechos en la Constitución cubana*, cit., 168. In tema, rilevando il mutamento sostanziale del sistema del 1976 e l'introduzione pur surrettizia della proprietà privata, con la revisione del 1992, J.A. Fernández Estrada, J.C. Guanache, *Se acata pero... se cumple. Constitución, República y socialismo en Cuba*, in *The Latin Americanist*, 3, 2009, 44; J.C. Guanache, *Estado, participación y representación política en Cuba. Diseño institucional y práctica política tras la Reforma Constitucional de 1992*, Buenos Aires, 2013, 50 s. e dello stesso A., sulle orme di H. Azcuy, U. Aquino, O. Cruz, J.C. Guanache, R. Hernández, *Veinte años: la reforma constitucional (1992-2012)*, in *Temas*, 81-82, 2015, 112.

³¹ Per la critica riguardante l'attribuzione all'organo esecutivo e non al legislativo del potere di autorizzare il trasferimento di beni statali, sottolineandosi che la riforma costituzionale del 1992, incidendo sul diritto di proprietà, avrebbe dovuto introdursi con *referendum*, ai sensi dell'art. della Cost. che prevedeva questa procedura in caso di modifica dei diritti, D. Cutié Mustelier, J. Méndez López, *La Propiedad en Cuba*, cit., 62 s.

³² Per l'importanza nella Costituzione della proprietà di questi piccoli agricoltori disciplinata, in particolare, dal Decreto-legge n. 125 del 1991, D. Echevarría, M. Merlet, *Les évolutions de la politique agraire de Cuba*, cit., 11.

³³ Y. Pérez Martínez, *Glosas del sistema económico en Cuba a cuarenta años de la Constitución de 1976*, in A. Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, 2016, 142 s., sottolinea la differenza tra la proprietà personale di beni di consumo e quella di mezzi e strumenti di lavoro che sono però trattati allo stesso modo e la confusione tra proprietà personale e sviluppo di attività lavorativa individuale. Con la revisione del 1992 lo scenario si sarebbe innovato, dando slancio anche al fenomeno dei lavoratori per conto proprio, il cd. *cuentapropismo*.

³⁴ Secondo alcuni orientamenti dottrinali, proprio con la disposizione costituzionale sulle imprese miste, si sarebbe per la prima volta introdotta la proprietà privata, come sottolinea, J.A. Fernández Estrada, *Una Constitución para Cuba*, cit., 5. Sul rilievo delle imprese miste, sorte per «incentivare gli investimenti di società (capitalistiche) estere», P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 659.

³⁵ Sollevano dubbi sulla costituzionalità di tale ultima forma di proprietà, sulle orme di Rodríguez Saif, D. Cutié Mustelier, J. Méndez López, *La Propiedad en Cuba*, cit., 65.

del 2014 che consentiva alle imprese miste anche la proprietà di immobili per adibirli ad abitazioni od uffici o per utilizzarli a scopi di turismo.

6. Nuove riforme in materia di proprietà delle terre e della casa

Subito dopo l'entrata in vigore della riforma costituzionale del 1992, che costituiva l'essenziale quadro di riferimento di una normazione volta a garantire forme diversificate di proprietà rispetto a quella «di tutto il popolo», rilanciando l'iniziativa privata, anche la politica agricola, in concomitanza con la creazione di nuovi diritti sulle terre di proprietà statale, fu modificata.

Nel *Período Especial*, a far tempo dal 1993, per contrastare la perdita delle importazioni dall'estero di fertilizzanti, pesticidi e carburante necessario alla produzione agricola, venivano sperimentate riforme dell'agricoltura rendendola più sostenibile ed ecologica. Si istituivano le *Unidades Básicas de Producción Cooperativa*, organizzazioni agricole che coltivavano terre di proprietà statale in comune tra più produttori molte delle quali dedicate all'agricoltura biologica³⁶. Tale esperienza si fondava sulla formazione delle *Cooperativas de Producción agropecuaria*, specie introdotte dopo il 1° Congresso del Partito comunista nel 1975, che univano piccoli agricoltori, proprietari delle loro terre. Questa ristrutturazione dell'agricoltura riguardò anche le *Granjas del Pueblo*, cioè le fattorie dello Stato, che diventarono *Granjas Estatales de Nuevo Tipo* dotate di maggiore autonomia amministrativa rispetto alle preesistenti e più tradizionali *Granjas* che il Governo incoraggiava a trasformarsi in *Unidades Básicas*³⁷. Innovazioni riguardarono anche le *Cooperativas de Crédito y Servicios*, formate da agricoltori che detenevano la proprietà delle loro terre, ma che si univano per ottenere migliori servizi, crediti e macchinari e che furono incentivate ad ingrandirsi e a sviluppare sempre meglio le loro attività, con il sostegno essenziale dell'*Asociación Nacional Agricultores Pequeños*, nata nel 1961 come potente associazione a tutela degli interessi dei piccoli agricoltori³⁸.

Seguendo il *trend* già sperimentato in passato molte tra le più recenti innovazioni in tema di politica economica e di proprietà si realizzarono assai prima di modifiche costituzionali. Tali innovazioni furono preparate dalle proposte presentate sin dal 2007, quando si iniziò a dibattere sulla necessità di un nuovo corso economico con la formazione di gruppi di lavoro all'interno del Paese³⁹. Ben

³⁶ Secondo D. Echevarría, M. Merlet, *Les évolutions de la politique agraire de Cuba*, cit., 4 e 7, molte di queste *Unidades* derivavano da precedenti imprese di Stato ed erano simili a fattorie dello Stato di ridotte dimensioni i cui lavoratori disponevano «di un margine di manovra superiore», senza però che si potesse configurare una «rottura con il sistema precedente».

³⁷ Per un attento esame di tali trasformazioni E. Can Gürcan, *Cuban Agriculture and Food Sovereignty*, cit., 131 ss.

³⁸ In tema, ancora E. Can Gürcan, *Cuban Agriculture and Food Sovereignty*, cit., 135 ss. L'A. ricorda come queste modifiche resero più democratica la vita degli insediamenti agricoli, data la natura collettiva nell'assunzione delle decisioni comuni, influenzando anche sulla politica della casa, perché le *Unidades Básicas* godevano di fondi comuni per la costruzione delle abitazioni degli agricoltori associati.

³⁹ M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional*, cit., 5, ricorda che tra il settembre e l'ottobre 2007 si tennero 215.687 riunioni, cui parteciparono più di 5 milioni di cittadini con

presto nuove importanti modifiche normative furono approvate, tra le quali il Decreto-legge n. 259 del 2008 del Consiglio di Stato che concesse a persone fisiche o giuridiche l'usufrutto di terre incolte di proprietà dello Stato⁴⁰. Le persone fisiche che avessero dimostrato di poter svolgere adeguate attività agricole o di allevamento e di avere la capacità giuridica per poter ottenere l'usufrutto avrebbero potuto detenere tali terre nella misura di 13,42 ettari, per dieci anni prorogabili per lo stesso periodo di tempo, mentre le persone giuridiche avrebbero potuto detenere le terre per periodi prorogabili di 25 anni. Sulla terra concessa in usufrutto sarebbe stato possibile costruire abitazioni e infrastrutture utili allo sfruttamento del suolo che, con modifiche successive che avrebbero implementato l'area delle terre concedibili in usufrutto, si sarebbero potute detenere in proprietà.⁴¹ Lo scopo di queste misure era quello di mantenere la proprietà delle terre allo Stato, favorendone un migliore sfruttamento; di incentivare la cooperazione tra gli usufruttuari (obbligati a pagare un'imposta per il bene detenuto in usufrutto) e Unità cooperative e altre entità cooperative; di aumentare

1.301.203 richieste, raccolte in 3.255.344 interventi, per il 48,8% di natura critica, riguardanti aspetti di base come l'alimentazione, il trasporto, la politica della casa, il livello dei salari, l'esistenza della doppia moneta (il *peso* convertibile o CUC e quello non convertibile, il CUP) l'uso della terra legato alle necessità della produzione di alimenti, oggetto di un'importazione che implementava il *deficit* nella bilancia dei pagamenti. Sul dibattito di economisti, sociologi, giuristi, alimentato dalle proposte di riforme di Raúl Castro e per lo più d'accordo nella necessità di sviluppare il settore privato e di incentivare l'investimento non solo straniero, riducendo la proprietà dello Stato, C. Mesa-Lago, *Los cambios en la propiedad en las reformas económicas estructurales de Cuba*, in *Espacio Laical*, 223, 2013, 1 s.

⁴⁰ Al primo Decreto-legge del 2008 seguirono il regolamento emanato con Decreto-legge n. 282 del 2008 e il Decreto-legge n. 300 del 2012 su cui C. Mesa-Lago, *Los cambios en la propiedad*, cit., 2 s.; D. Echevarría, M. Merlet, *Les évolutions de la politique agraire de Cuba*, cit., 8. Questi Autori (4 s.) ricordano che la concessione in usufrutto di piccole porzioni di terre statali a titolo gratuito iniziò negli anni '80 specie con riguardo alla coltivazione del tabacco. Spesso tali concessioni furono previste per legalizzare l'illecita presa di possesso di terre appartenenti ad imprese di Stato. Per contrastare tali comportamenti illegittimi, tra il 1990 e l'inizio del nuovo millennio si introdusse l'usufrutto per altre coltivazioni (riso, legumi). Fu però a far tempo dal 2008 che le innovazioni si implementarono, con lo Stato coltivatore di più del 50% delle terre e i piccoli produttori di circa il 22% (secondo dati forniti da questi Autori e relativi al 2014).

⁴¹ D. Hernández, *Reformulando la revolución cubana*, cit., 40 ss. Per l'esame del Decreto-legge n. 259 e delle successive modificazioni della disciplina in tema di usufrutto delle terre, intervenute nel 2011, 2012 e 2014, che avrebbero aumentato sino a 67,10 ettari l'area di quelle concesse ad ogni persona fisica purché associata a persone giuridiche, quali le Unità basiche di produzione cooperativa o le Cooperative di produzione agricola e di allevamento, M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional*, cit., 6 s., la quale sottolinea che tra le persone giuridiche alle quali poteva essere concesso l'usufrutto si annoveravano le fattorie statali, le Unità basiche di produzione cooperativa, le Cooperative di produzione agricola e di allevamento, le Cooperative di crediti e servizi, gli enti statali non adibiti ad agricoltura o allevamento e i soggetti giuridici che avessero voluto utilizzare le terre per l'auto-provvigionamento dei loro lavoratori. La concessione dell'usufrutto era revocata in caso di abbandono dell'attività agricola; per mancanza di utilizzazione razionale del suolo; per inadempimento del livello di produzione assegnato. Tale sistema parrebbe avere avuto un notevole successo, se si considera, come sottolinea l'A. citata, che già nel 2009 erano in usufrutto il 39% delle terre non adeguatamente sfruttate o incolte. La possibilità di costruire su terre in usufrutto abitazioni di proprietà dell'usufruttuario del terreno avrebbe però sollevato delicati problemi giuridici e autentiche contraddizioni tra il diritto reale di usufrutto sulla terra di proprietà dello Stato e il diritto reale di proprietà e di successiva eredità della casa di proprietà su questa edificata dall'usufruttuario, secondo M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional*, cit., 7.

il pagamento dei prodotti allo scopo di incentivarne la produzione e di offrire alla popolazione un più ampio e variato novero di beni alimentari.

Fu a partire dal 2010 e dopo il VI Congresso del Partito comunista cubano, svoltosi tra il novembre 2010 e l'aprile 2011 con l'approvazione dei *Lineamientos de la Política económica y social*, che sembrò che le riforme si avviassero rapidamente, non senza aver interpellato a riguardo la base sociale⁴². L'artefice di questo nuovo corso fu il nuovo Presidente del Consiglio di Stato e del Consiglio dei Ministri, Raúl Castro. Meno carismatico rispetto al *Líder Máximo*, questi dimostrava, però, una mentalità assai pragmatica⁴³. Per risollevare le sorti dell'economia si prevede il più ridotto intervento dello Stato nell'attività economica come datore di lavoro nei confronti di un numero assai consistente di soggetti e la maggiore efficienza e diversificazione delle attività produttive⁴⁴. Si cercò di favorire la coltivazione dei suoli⁴⁵ aumentando una produzione agricola che, in passato, si era tentato più volte di realizzare con insufficienti risultati, attraverso il già ricordato regime di usufrutto delle terre che pur rimanevano di proprietà dello Stato⁴⁶. Si tentò di rilanciare l'iniziativa economica privata in molte attività lavorative riguardanti artigianato e servizi che si erano sviluppate in passato sin dagli anni '90 (il già ricordato *cuentapropismo*)⁴⁷, ma che avrebbero potuto e dovuto assorbire molti dei dimessi dalle imprese statali o dalla elefantica burocrazia, costrette ad una severissima "dieta dimagrante"⁴⁸. Fu inoltre sempre più incentivato l'investimento straniero attraverso

⁴² Così S. Lamrani, *Reforming the Cuban Economic Model: Causes and Prospects*, in *The Int. Journal of Cuban Studies*, 1, 2012, 6 s., search.proquest.com/docview/1316591446; M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional*, cit., 4 s. Il VII Congresso del Partito, nel 2016, avrebbe di nuovo valutato le necessarie misure economiche, considerando sempre essenziale il settore agricolo, come sottolineano D. Echevarría, M. Merlet, *Les évolutions de la politique agraire de Cuba*, cit., 7.

⁴³ Sulla personalità di Raúl Castro, l'«architetto delle iniziative del Periodo Speciale» e, dunque, il regista delle pragmatiche trasformazioni economiche, introdotte assai prima che questi sostituisse alla guida dello Stato il fratello Fidel, L.A. Binns, *Raul's Cuba*, in *Social and Economic Studies*, 2, 2015, 217 ss.

⁴⁴ D. Hernández, *Reformulando la Constitución cubana*, cit., 40. Sull'incentivo ad una «economía multiactoral», M.P. Espina Prieto, *La política social en Cuba: nueva reforma económica*, in *Rev. Ciencias Sociales*, 2012, 231.

⁴⁵ Sull'elevato livello di superficie incolta, aumentato tra il 2002 ed il 2007 e di un poco ridotto, nel 2014, nella maggior parte delle varie regioni del Paese, rispetto al 2007, D. Echevarría, M. Merlet, *Les évolutions de la politique agraire de Cuba*, cit., 8.

⁴⁶ D. Echevarría, M. Merlet, *Les évolutions de la politique agraire de Cuba*, cit., 9 s. giudicano il sistema dell'usufrutto come «probabilmente il più ambizioso dopo la riforma agraria degli anni '60», anche se i prezzi al consumo non sembrano essersi particolarmente ridotti a causa della vendita di quanto così prodotto in gran parte allo Stato che rimane il soggetto che individua i piani di produzione e i beni destinati al consumo. Ritiene, però, in base alle statistiche realizzate tra il 2009 ed il 2017, che il sistema dell'usufrutto non sia riuscito ad aumentare la produzione, l'economista C. Mesa-Lago, *El «enfriamiento» de la economía cubana*, in *Nueva Sociedad*, 279, 2019, 16. Sui molti limiti del sistema dell'usufrutto, tra i quali il ridotto periodo della concessione, C. Mesa-Lago, *Los cambios en la propiedad*, cit., 3 s.

⁴⁷ Questo fu disciplinato, in particolare, dal Decreto-legge n. 141 del 1993, con la concessione di una autorizzazione all'esercizio dell'attività, escludendosi però le professioni. Sull'estensione del *cuentapropismo*, dalle attività di ristorazione ai trasporti e ad innumerevoli servizi, S. Lamrani, *Reforming the Cuban Economic Model*, cit., 7.

⁴⁸ In tema, C. Mesa-Lago, *Los cambios en la propiedad*, cit., 4 che stima in 1.500.000 i pubblici dipendenti da dimettere tra il 2010 ed il 2011.

la già ricordata l. n. 118 del 2014⁴⁹. E persino la compravendita di un bene mobile quale l'autovettura, ammessa solo per i veicoli precedenti il 1959, fu liberalizzata, senza necessità di autorizzazione se la trasmissione del bene riguardava cittadini cubani o stranieri con residenza permanente, grazie al Decreto n. 292 del 2011, poi sostituito dal Decreto n. 320 del 2013.

Anche la disciplina della casa fu flessibilizzata e sottoposta a minori autorizzazioni rispetto a quanto era previsto in passato, grazie al Decreto-legge n. 288 del 2011 che modificava alcuni aspetti essenziali della *Ley General de la Vivienda* n. 65 del 1988. In particolare, le donazioni e le permutate di abitazioni non furono più sottoposte alla concessione di una specifica autorizzazione della *Dirección Municipal de la Vivienda*, pur permanendo regimi speciali per i trasferimenti della residenza in particolari luoghi dell'isola, come alcuni quartieri della città di L'Avana o zone turistiche. La riforma del 2011, inoltre, rivalutava il diritto dell'erede non vivente nell'abitazione nei confronti dell'occupante che, in precedenza, ne poteva ottenere la proprietà⁵⁰.

7. La Costituzione del 2019 e le innovazioni in tema di proprietà

Le molte innovazioni introdotte, specie con riguardo al regime della proprietà immobiliare e mobiliare e all'iniziativa economia privata negli anni successivi all'entrata in vigore delle riforme del 1992, mancavano, però, di un adeguato riflesso a livello costituzionale, donde la necessità di revisionare la Carta fondamentale⁵¹. Nel 2019 si è infine proceduto non ad una modifica della

⁴⁹ Questa legge disciplinò la tipologia degli investimenti stranieri distinguendola nelle tre forme dell'impresa mista, del semplice *contrato de asociación económica internacional*, che non implicava la formazione di una nuova persona giuridica e dell'impresa a capitale completamente straniero. Non era possibile che l'investitore cubano fosse una persona fisica. Tali forme di investimento di cui si proclamava la tendenziale non possibilità di nazionalizzazione, erano attivabili solo previa approvazione e autorizzazione da parte del Consiglio dei Ministri o del Consiglio di Stato a secondo dell'oggetto dell'investimento straniero. Venivano esclusi il settore sanitario, quello dell'istruzione e quanto riguardasse le Forze armate. La legge consentiva anche investimenti in beni immobili destinati a case di domicilio privato o a scopo turistico, a uffici di persone giuridiche straniere o per fini di sviluppo immobiliare di natura turistica. Più recenti modifiche destinate a flessibilizzare e semplificare la procedura di autorizzazione degli investimenti stranieri e l'attività degli organi a ciò preposti disposti sono state introdotte con il Decreto n. 347 del 2018 che ha modificato il precedente Decreto n. 325 del 2014 con il quale il Consiglio dei Ministri aveva emanato il regolamento della l. n. 118 del 2014. Per un esame di quest'ultima, e delle sue criticità, M. E. Cobas Cobiella, *La Evolución del Derecho Civil*, cit., 10 ss.

⁵⁰ Per un'attenta analisi delle innovazioni più favorevoli all'autonomia della volontà del proprietario, introdotte dal Decreto-legge del 2011 (ad esempio, con riguardo alla donazione, possibile senza autorizzazione e nei confronti di persone non legate da parentela, o relative agli atti di disposizione di chi definitivamente lasciasse Cuba, rese ammissibili) M.E. Cobas Cobiella, *Cuba y el marco regulatorio*, cit., 594 ss. Nuove previsioni furono poi introdotte con i Decreti-legge n. 322 del 2014 e n. 342 del 2016. Ancor più recenti *Acuerdos* del Consiglio dei Ministri (nn. 8574 e 8575 del 2019) hanno legalizzato la proprietà di case occupate o costruite dallo Stato o da privati senza il rispetto delle previsioni legislative. Non sono però venuti meno il già rilevato gravissimo deficit di case, né i loro altrettanto gravi problemi di manutenzione, dovuti, tra l'altro, alla scarsità di materiali di costruzione, all'elevato costo delle abitazioni disponibili a fronte dei bassi salari, alle restrizioni agli incentivi statali, alla lentezza e farraginosità delle procedure burocratiche, rilevate da C. Mesa-Lago, *La vivienda en Cuba*, cit., 8 ss.

⁵¹ Così M. Burgos Matamoros, *Análisis Crítico Constitucional*, cit., 2. Per un esame delle possibili

Costituzione del 1976, innovata sia nel 1992 che nel 2002 senza intervento referendario⁵², ma alla sostituzione di questa con una nuova Carta fondamentale, approvata in *referendum* il 24 febbraio 2019. Nonostante il più basso livello di partecipazione popolare al voto (l'86,85%, dei votanti pari al 90,15% degli elettori⁵³) rispetto al 98% registratosi per l'approvazione della Costituzione del 1976, va ascritto a merito della dirigenza cubana l'aver sottoposto la nuova Carta ad una capillare valutazione del corpo elettorale, precedente alla definitiva approvazione della Costituzione da parte dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare e al *referendum*. Se, infatti, l'iniziale attività di elaborazione della Carta, iniziata nel 2013 e affidata ad una commissione di 33 membri, presieduta da Raúl Castro, sembrava essersi svolta nel chiuso delle stanze del potere, dopo la prima approvazione del testo da parte dell'Assemblea Nazionale, oltre 130.000⁵⁴ dibattiti pubblici hanno condotto al testo definitivamente approvato dall'Assemblea nel dicembre 2018 e, nel febbraio successivo, dal *referendum* popolare.

La nuova Costituzione, di 229 articoli rispetto ai 137 della precedente, è più attenta alla supremazia della Carta fondamentale⁵⁵, adotta una nuova sistematica dei diritti⁵⁶, tenta di garantirne la tutela⁵⁷ e di collegare più strettamente corpo

riforme costituzionali anche in tema di proprietà, T.Y. Guzmán Hernández, *Lineamientos, constitución y líneas para una reforma constitucional anunciada en Cuba*, in *Iberoamericana*, 57, 2015, 175.

⁵² Così T.Y. Guzmán Hernández, *El procedimiento de reforma*, cit.

⁵³ Tali dati sono stati forniti da Y. González Ferrer, vicepresidente dell'Associazione Giuristi di Cuba, in un seminario tenuto il 13.5.2019 presso l'Università degli Studi di Milano.

⁵⁴ Y. González Ferrer, ha precisato che furono 133.681 le riunioni tenute, cui assistettero 8.945.521 persone, da cui derivarono 666.995 richieste di modifiche del progetto di Costituzione che riguardarono 134 dei 224 articoli che ne componevano la stesura iniziale.

⁵⁵ L'art. 7 Cost. la proclama norma giuridica suprema (mentre nel Preambolo se ne parla come la legge delle leggi) e, in contro-tendenza, rispetto a molte Costituzioni centro o sudamericane, che parificano la Carta fondamentale ai trattati, ne riconferma all'art. 8 la primazia rispetto ai trattati internazionali che pur fanno parte dell'ordinamento giuridico cubano. Sulla supremazia costituzionale come sostanzialmente mancante in precedenza, anche in collegamento con la insussistenza di un efficace controllo giurisdizionale di costituzionalità, controllo che ancor oggi non è affidato ad una Corte costituzionale, ma che sarebbe necessario introdurre, M. Prieto Valdés, *Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias*, in *Cuestiones Constitucionales*, in *Revista mexicana de Derecho constitucional*, 39, 2018, 53. Sul controllo di costituzionalità nella storia costituzionale cubana F. Fernández Segado, *El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)*, in Id., *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, III, Madrid, 2009, 259 ss. Sul controllo di costituzionalità di natura politica dell'Assemblea Nazionale, confermato dalla Cost. del 2019, L. Pegoraro, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 28 s.

⁵⁶ Basti pensare alla struttura del Tit. V, intitolato *Derechos, deberes y garantías*, che si inizia con un Cap. I, dedicato alle Disposizioni generali, che garantisce la dignità (art. 40) e l'uguaglianza tra uomo e donna (art. 43), tutelando la posizione di quest'ultima col favorirne la partecipazione sociale, l'esercizio dei diritti sessuali e riproduttivi e la protezione dalla violenza di genere. Il Tit. V si sviluppa, poi, con un Cap. II intitolato genericamente ai *Derechos* che si inizia non, come in passato con i diritti sociali, ma con la tutela della vita e dell'integrità fisica e morale, dell'intimità personale e familiare e con una serie di classiche libertà civili, anche se sempre esiste la funzionalizzazione espressa di alcuni diritti (basti pensare alla libertà di stampa dell'art. 55 che si esercita in conformità della legge e con i fini della società, permanendo la proprietà socialista di tutto il popolo o delle organizzazioni politiche, sociali o di massa nei confronti dei mezzi fondamentali di comunicazione sociale). Significative innovazioni, in linea con il nuovo costituzionalismo ibero-americano, riguardano il diritto all'acqua e all'alimentazione sana e adeguata.

⁵⁷ Basti pensare, ad esempio, agli artt. compresi nel Cap. VI e dedicati alle garanzie giurisdizionali dei diritti in tema di *habeas corpus* e *habeas data* (artt. 96 e 97).

elettorale e organi dello Stato⁵⁸. La nuova Carta non rinuncia, però, alle caratteristiche essenziali del modello di Stato socialista, non più definito come in passato di operai e contadini (1976) o solo di lavoratori (1992). Lo Stato è ora più modernamente considerato, nell'art. 1 Cost., come uno Stato socialista di diritto e giustizia sociale, democratico, indipendente e sovrano, i cui fondamenti sono il lavoro, la dignità, l'umanesimo e l'etica dei suoi cittadini per il godimento di libertà, equità, uguaglianza, solidarietà, benessere, prosperità individuale e collettiva. L'art. 4 continua ad affermare la natura irrevocabile del sistema socialista, già introdotta dalla riforma costituzionale del 2002. Tale sistema è infatti confermato dall'art. 229 che, in espresso collegamento con l'art. 4, dichiara irriformalabile la dichiarazione sulla irrevocabilità di tale forma di Stato. Si tratta di un limite sostanziale alla revisione costituzionale che ha come suo oggetto le previsioni che compongono sia il Titolo I dedicato ai *Fundamentos políticos* che il Titolo II, dedicato, invece, ai *Fundamentos económicos*. Basti pensare all'art. 5 che, disciplinando il Partito comunista, lo riconosce come forza che «organizza e orienta gli sforzi comuni nella costruzione del socialismo e nell'avanzamento verso la società comunista» o all'art. 13 che, individuando i fini essenziali dello Stato, pone al primo posto «l'incanalare gli sforzi della nazione nella costruzione del socialismo», ma anche il rafforzare «l'ideologia e l'etica relative alla società socialista» o all'art. 14 il quale dispone che lo Stato riconosce le organizzazioni di massa e sociali e le incentiva, come rappresentanti degli interessi dei distinti settori della popolazione che le compongono, «nell'edificazione, consolidamento e difesa della società socialista».

In questo quadro, certamente più moderno nei toni e nella struttura generale, ma pur sempre fortemente ideologico (in cui non è scomparso il richiamo alla società comunista, che, inizialmente, sembrava dover venir meno)⁵⁹, molti, lunghi articoli, specie nel Titolo II, sui *Fundamentos económicos* (artt. 18-31) sono dedicati all'economia socialista. Questa è basata, come proclama appunto l'art. 18, sulla «proprietà di tutto il popolo sui mezzi fondamentali di produzione» che è definita come la forma principale di proprietà. Lo Stato domina sempre l'attività economica, dirigendola, regolandola e controllandola, ai sensi dell'art. 19 e realizzando, come la stessa disposizione dichiara, la conciliazione tra «gli interessi nazionali, territoriali, collettivi e individuali a beneficio della società». D'altro canto, anche dopo molti anni dalla riforma costituzionale del 1992 e quasi alla vigilia della approvazione della nuova Costituzione, a fronte di un più significativo sviluppo dell'iniziativa privata e della possibilità di affidare ai privati mezzi di produzione, prima statali, ma non fondamentali, la dottrina assegnava allo Stato il compito di garantire che permanessero dignità della persona, giustizia sociale e

⁵⁸ Basti pensare all'art. 10 che, tra i principi fondamentali, stabilisce quello dell'obbligo degli organi dello Stato, dei suoi funzionari ed impiegati di rispettare e di dare risposte al popolo, mantenendo stretti vincoli con questo e sottoponendosi al suo controllo. Mentre l'art. 5, sul Partito comunista, ne sottolinea il «permanente vincolo con il popolo».

⁵⁹ Anche il Preambolo della Costituzione è profondamente intessuto di ideologia, affermandosi, ad esempio, in esso che Cuba «mai tornerà al capitalismo come regime basato sullo sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo e che solo nel socialismo e nel comunismo l'essere umano raggiunge la sua piena dignità».

mancanza di sfruttamento del lavoro altrui, non sconfinando nel modello capitalista⁶⁰. Questa è infatti l'autentica "scommessa" per il futuro della Carta fondamentale del 2019, una scommessa basata sulla conciliazione tra uno sviluppo necessario per risollevare le sorti dell'economia, affidato sempre più al mercato e all'iniziativa privata e straniera e la permanenza del sistema socialista⁶¹.

Nella Costituzione regna, però, ancora sovrano il metodo della «pianificazione socialista» dell'economia affidato allo Stato, anche se l'art. 20 ammette i lavoratori alla partecipazione nei processi di pianificazione, regolazione, gestione e controllo dell'economia.

Il «soggetto principale» di questa economia pianificata rimane, secondo l'art. 27, l'impresa statale socialista cui è affidata, con autonomia di amministrazione e di gestione, la «posizione principale nella produzione di beni e servizi» e l'adempimento delle sue «responsabilità sociali».

Alle varie forme di proprietà è dedicato un lungo art. 22, che ne riconosce sette diverse tipologie. Considerati i già ricordati fondamenti dell'economia, non poteva che essere indicata per prima la proprietà socialista di tutto il popolo, gestita in rappresentanza e beneficio di quest'ultimo, dallo Stato. Seguono, poi, in questo ordine, la proprietà cooperativa fondata sul lavoro collettivo dei soci proprietari; la proprietà delle organizzazioni politiche, di massa e sociali, riguardante beni che si collegano ai fini da queste perseguiti; la proprietà, per la prima volta definita come privata, su determinati mezzi di produzione e garantita alle persone fisiche e giuridiche siano di nazionalità cubana che straniera. Ma prima ancora che l'art. 27 individui l'impresa statale come «soggetto principale» dell'economia nazionale, posto in «posizione principale» (e si noti che l'attributo principale è ripetuto due volte nello stesso articolo) si precisa che la proprietà privata dei mezzi di produzione assume solo «un posto complementare nell'economia», cioè una posizione secondaria. Vengono poi enumerate la proprietà mista (quella ovviamente derivante dalla commistione di proprietà pubblica o privata, privata o cooperativa, di persone cubane o straniere); la proprietà di istituzioni e associazioni prive di scopo di lucro e riguardante beni necessari a realizzare i fini di queste ed, infine, la proprietà personale che si esercita sui beni che non si collegano a mezzi di produzione, ma contribuiscono a soddisfare le necessità materiali e spirituali dei loro titolari. Si precisa, inoltre, che tutte le proprietà sui mezzi di produzione interagiscono nello stesso modo e che lo Stato controlla le modalità con le quali queste contribuiscono allo sviluppo economico e sociale. Non manca una riserva di legge al fine di disciplinare l'esercizio e la portata delle varie forme di proprietà. Viene in particolare garantito alle persone, dall'art. 58 Cost., posto nel Capitolo dedicato ai Diritti, il godimento, l'uso e la libera

⁶⁰ Per tale posizione, alla ricerca della compatibilità tra innovazioni introdotte nel 1992 e forma di Stato socialista, Y. Pérez Martínez, *Glosas del sistema económico*, cit., 145 s.

⁶¹ In tema, J. I. Domínguez, *Constitución y constitucionalismo*, cit., 5 s.; R. Rojas *¿Es posible ampliar los derechos*, cit., 29 ss. che ritiene il socialismo cubano ormai profondamente "rimodellato" dalle riforme economiche realizzate. Sulla conciliabilità tra socialismo e proprietà privata, mantenendosi il ruolo di controllo dello Stato, N. Tamayo e M. Zaldívar, professoresse di Diritto costituzionale cubane, in A. Dueñas, *"El reconocimiento de la propiedad privada no significa el retroceso del socialismo en Cuba"*, 5.3.2019, in ultimocero.com.

disposizione dei beni di proprietà, secondo quanto è stabilito dalla legge (con previsioni in tema di espropriazione per pubblica utilità e debito indennizzo).

È però la proprietà privata sulla terra che pare destare particolare preoccupazione nel Costituente che dedica l'art. 29 proprio a tale oggetto. Si stabilisce, infatti, che questa debba essere disciplinata con un regime speciale, proibendosi l'affitto, la mezzadria e i prestiti ipotecari alle persone fisiche. La compravendita e la trasmissione a titolo oneroso di questo bene essenziale è infatti riservato alla disciplina della legge, introducendosi il diritto di prelazione per tale acquisto in favore dello Stato che dovrà pagare la terra al giusto prezzo. Qualunque atto di trasferimento riguardante la proprietà a titolo non oneroso (quale la donazione) o i diritti di uso o di usufrutto dovranno realizzarsi previa autorizzazione dell'autorità competente e secondo le previsioni della legge. Il timore già ricordato dell'ordinamento cubano per l'arricchimento derivante dalla concentrazione della proprietà da parte di persone fisiche o giuridiche non statali ha spinto poi il Costituente ad introdurre nell' art. 30 della Costituzione l'attribuzione allo Stato del potere di disciplinare tale concentrazione perché questo garantisca una «giusta redistribuzione della ricchezza, allo scopo di preservare i limiti compatibili con i valori socialisti di equità e giustizia sociale», affidando ancora alla legge l'adempimento effettivo di questa condizione.

Come già nelle stesure precedenti, anche la nuova Costituzione non trascura di indicare i beni dello Stato, identificati come le terre che non appartengono a soggetti privati o a cooperative composte da questi. Il termine «piccoli agricoltori» che si ritrovava nella disposizione dedicata allo stesso tema nella Costituzione precedente ora scompare, ma gli altri beni di proprietà di tutto il popolo sono sempre i medesimi, anche se si ammoderna il linguaggio che li definisce. Si tratta del sottosuolo, dei giacimenti minerari, dei boschi, delle acque, delle spiagge, delle vie di comunicazione e delle risorse naturali vive o meno, poste all'interno della zona economica esclusiva del territorio cubano. Di queste si proclama l'impossibilità di trasmettere la proprietà a persone fisiche o giuridiche, in base ai principi di inalienabilità, imprescrittibilità e insequestrabilità. Sotto questo profilo la Costituzione innovata pare ancor più recisa della Carta riformata nel 1992 che, come si è ricordato, ammetteva in limitati casi il trasferimento di proprietà purché ciò potesse servire allo sviluppo economico del Paese e non pregiudicasse i fondamenti politici, economici e sociali dello Stato. Qualora ricorrano queste due ultime condizioni, con approvazione del Consiglio di Stato e nel rispetto della riserva di legge, è invece ammessa la trasmissione di altri diritti che non implicino trasferimento della proprietà (un riferimento implicito, pare, alla normazione in tema di usufrutto delle terre statali incolte). È invece trasmissibile, sempre nel rispetto delle due ipotesi previste e con approvazione del Consiglio dei Ministri, la proprietà di beni statali quali infrastrutture di interesse generale, industrie essenziali, installazioni economiche, sociali e di carattere strategico per lo sviluppo economico e sociale del Paese. D'altro canto, la nuova Costituzione, all'art. 28, non dimentica di incentivare e di tutelare, riservandone la disciplina alla legge, l'investimento straniero (anch'esso possibile fonte di proprietà di beni mobili ed

immobili). Questa forma di investimento, inizialmente sviluppatasi specie nel settore turistico, da anni è disciplinata da numerose fonti di rango legislativo e regolamentare. Ora la Costituzione la prevede, considerandola espressamente come «elemento importante per lo sviluppo economico del paese», pur non trascurando di proteggere «l'uso razionale delle risorse umane e naturali»⁶² e «il rispetto della sovranità e dell'indipendenza nazionali».

Come si è accennato sin dall'*incipit* di questo breve esame delle modifiche costituzionali e legislative riguardanti la proprietà, la nuova Costituzione non ha introdotto alcuna netta cesura nell'ordinamento attraverso l'espresso riconoscimento della proprietà privata sui mezzi di produzione, oltre alla già prevista proprietà personale, relativamente alla quale è stato soppresso ogni riferimento agli strumenti e mezzi del lavoro proprio o familiare. Si è realizzata, piuttosto, anche in questo campo, una pur significativa «evoluzione nella continuità»⁶³.

Prestigiosi economisti hanno sottolineato la molta distanza tra il sistema in esame e quello di altri ordinamenti socialisti, paradigmatici il cinese o il vietnamita, segnalando, ad un tempo, la necessità, per superare la crisi economica, di avanzare ancor più decisamente sulla strada delle riforme⁶⁴. Sarebbero utili maggiori liberalizzazioni, più incentivi all'iniziativa privata, sia nella coltivazione delle terre che nelle ormai numerose attività di *cuentapropismo*, una riduzione della proprietà e dell'impresa statali e del centralismo pianificatorio che, nonostante le innovazioni introdotte, ancora costituiscono aspetti essenziali del sistema economico previsto dalla nuova Carta fondamentale. Ricette, queste, molto utili, ma che sollevano ancora una volta la possibile contraddizione tra l'ideologia socialista, che si vorrebbe confermare, e il pragmatismo, necessario al rilancio dell'economia: un dilemma costante nella storia recente della “perla dei Caraibi”.

Miryam Iacometti
Dip.to di Dir. pubbl. it. sovranaz.
Università degli Studi di Milano
miryam.iacometti@unimi.it

⁶² La *Ley de Inversión Extranjera*, n. 118 del 2014, già dedicava alcune significative previsioni ai lavoratori impegnati in tali forme di imprese (necessariamente cubani, salvo per posizioni di alta dirigenza o di natura tecnica).

⁶³ In tal senso, L. Cuocolo, *La Costituzione cubana del 2019*, cit., XII.

⁶⁴ Così l'*Entrevista a Carmelo Mesa-Lago* del 22.3.2019, in www.programacuba.com, nella quale l'economista sottolineava il ruolo secondario garantito dalla nuova Costituzione alla proprietà privata e la non sostanziale innovazione introdotta dalla Carta fondamentale. Per una valutazione di continuità con il passato della Costituzione del 2019, che sarebbe una «camisa de fuerza» ai cambiamenti necessari, C. Mesa-Lago, *El «enfriamiento» de la economía cubana*, cit., 21 ss. In tema anche C. Mesa-Lago: «*El principal problema del modelo es proclamar que el “plan central” debe prevalecer sobre el mercado, y la propiedad estatal sobre la no-estatal*», 1.2.2018, in cubapossible.com.

Il diritto ambientale a Cuba tra principi costituzionali e nuove sfide ecologiche globali

di Vincenzo Pepe

Abstract: Environmental law in Cuba between constitutional principles and new global ecological challenges – The study explains the transformations of the Cuban (socialist) State in the face of international environmental challenges. It defines the genesis and evolution of “environmental law” with reference to the new provisions on environmental law in the Cuban Constitution of 2019. The article also reconstructs the national environmental protection strategy and it identifies the tools for environmental conservation for the fight to climate change.

Keywords: Environmental law in Cuba, Cuban Constitution, Environmental protection strategy, Environmental challenges in Cuba, Environmental rights and duties.

1. Lo Stato (socialista) cubano di fronte alle sfide ambientali internazionali

769

Nell'epoca dell'*Antropocene*, la crisi ambientale che sta accompagnando l'inizio del XXI secolo - ormai di portata planetaria - ha visto le Organizzazioni internazionali e i singoli Stati del mondo preoccuparsi ed interrogarsi sulla necessità di favorire una transizione ecologica e un radicale cambiamento delle politiche statali sempre più orientate alla sostenibilità.

La Repubblica di Cuba, ancora caratterizzata dal modello economico socialista, con un processo costituente, caratterizzato da una partecipazione dal basso¹, sembra aver saputo interpretare e raccogliere nel testo della Costituzione del 2019 le nuove istanze ecologiche² avvertite sul piano internazionale.

¹ Il procedimento di consultazione popolare, come ha già avuto modo di segnalare la dottrina italiana merita di essere segnalato come una significativa innovazione, avendo favorito un dibattito pubblico che – sicuramente – ha dato la sensazione di una adozione partecipata del nuovo testo costituzionale, sul punto si veda L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, in *Dpce online*, 1/2019, 4. Sulla partecipazione dal basso cfr. A. Del Guercio, A. Guida, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, in *Nuovi Autoritarismi e democrazie: Diritto, Istituzioni, Società* (NAD), n. 1/2019, 54. Secondo questi autori “il 24 febbraio scorso, giorno del 124° anniversario dell'inizio della seconda guerra per l'indipendenza a Cuba, l'86,85% dei cittadini cubani che si sono recati alle urne ha detto sì alla nuova Costituzione approvata il 22 dicembre del 2018 dai delegati dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare. Secondo le stime ufficiali, oltre sei milioni e ottocentomila elettori – all'incirca l'84% degli aventi diritto su una popolazione totale di oltre 11 milioni di abitanti – hanno partecipato alla votazione; e di questi, solo il 7,6% si è espresso per il no, ossia poco più di settecentomila persone”.

² Lic. Santos Rey Orlando, *Ideas para el trazado de una política legislativa cubana en la esfera del Medio Ambiente*, Taller para implementación Jurídica del Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo, La Habana, 1995.

La rivoluzione ambientale di Cuba segna il passaggio da una preoccupazione ambientale, basata sulla sovranità ambientale³ e sulla protezione dei beni ambientali da parte dello Stato e dei cittadini, ad una nuova tendenza, tipica del nuovo costituzionalismo⁴ latino americano caratterizzata da un'impronta ecologica ispirata alla tutela dei diritti della natura⁵, all'equità ponderata⁶, alla solidarietà intergenerazionale e alla sostenibilità globale⁷.

Gli impatti globali dei cambiamenti climatici sono oggi ampiamente riconosciuti dalla scienza ecologica come un fenomeno che sta influenzando le condizioni ambientali di Cuba, con effetti dannosi sull'agricoltura a causa di cambiamenti nella distribuzione delle piogge nelle stagioni. A ciò si aggiunge il problema del deterioramento della qualità dell'acqua nel sistema di approvvigionamento e dell'aumento del livello del mare. Tali cambiamenti comportano conseguenze politiche e istituzionali per Cuba nei diversi ambiti come l'agricoltura, il turismo, la salute, la sicurezza alimentare e le politiche energetiche, industriali e di sviluppo.

Già agli inizi degli anni '90, Cuba ha inteso prestare particolare attenzione alla questione del cambiamento climatico, incorporandola da allora nella sua agenda ambientale e da allora sono stati condotti studi pertinenti sugli impatti dei cambiamenti climatici e dell'adattamento.

In questo quadro dal 1 al 5 luglio 2019 si è svolta a Cuba la *XII Convención Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo*⁸, un evento che ha visto le istituzioni nazionali cubane⁹ confrontarsi con rappresentanti di alcuni paesi

³ Nella Costituzione della Repubblica approvata il 24 febbraio 1976 si è stabilito il *principio della sovranità nazionale sull'ambiente* e sulle risorse naturali del paese, nonché la necessità della loro protezione come dovere dello Stato e dei cittadini cubani.

⁴ Sui rapporti tra ambiente e costituzione cfr. D. Amirante, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Numero speciale, 2019, 1-32. Secondo questa dottrina «l'insensibilità e l'indifferenza delle istanze di governo nei confronti degli equilibri ambientali hanno infatti portato l'“impronta ecologica” del modello politico economico occidentale (diffuso in tutto il mondo con il fenomeno della globalizzazione) a mettere a repentaglio le basi della vita». Da qui la necessità di riconsiderare seriamente la tutela ambientale attraverso una rilettura costituzionale delle disposizioni valoriali e di principio a tutela dell'ambiente a livello globale

⁵ Sui diritti della natura vedi M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2017, 500. Vedi anche il contributo di S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, in *DPCE Online*, 4/2019, reperibile su www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/609, data di accesso 23 luglio 2019. CFR. M. Carducci, *La Costituzione come «ecosistema» nel nuovo costituzionalismo delle Ande*, in S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bene star allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, in *Filodiritto*, 2013, 11.

⁶ Sul concetto di sviluppo sostenibile come equità ponderata cfr. V. Pepe, *Fareambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, Milano, 2009.

⁷ Sui profili internazionali del diritto ambientale globale cfr. G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2017; si veda anche A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018.

⁸ La Agencia de Medio Ambiente del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de la República de Cuba ha riunito, dal 1 al 5 luglio 2019 a Cuba, esperti da tutto il mondo i quali hanno partecipato presso il Convention Center di L'Avana al summit in tema di sviluppo e ambiente. Per maggiori informazioni si veda il sito www.cubambiente.com/.

⁹ Tra le istituzioni promotori troviamo il Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), l'Agencia de Medio Ambiente (AMA), la Dirección de Medio Ambiente (DMA), la Dirección de Relaciones Internacionales (DRI) e tanti altri enti e soggetti istituzionali impegnati nel settore ambientale.

terzi¹⁰ e promuovere la cooperazione e lo scambio di esperienze e pratiche sostenibili, il trasferimento di conoscenze, la crescita economica sostenibile e inclusiva, lo sviluppo sociale e la partecipazione, nonché la protezione dell'ambiente e la tutela della dignità umana. I temi affrontati al summit hanno interessato in particolare la tutela della biodiversità e le aree protette, l'educazione ambientale, i rapporti tra la politica e la legge, nonché i cambiamenti climatici con temi specifici come la variabilità climatica, le azioni di mitigazione e adattamento basate sugli ecosistemi¹¹.

Da questo incontro è emerso che nel prossimo futuro anche Cuba dovrà prepararsi per affrontare le nuove sfide ecologiche planetarie, che vanno dalla lotta al cambiamento climatico, all'uso razionale delle risorse naturali, sino alla garanzia di una giustizia ambientale collegata alla partecipazione ai processi decisionali che coinvolgono le questioni ecologiche.

Tuttavia, la sfida di conciliare il diritto a vivere in un ambiente sano ed equilibrato con obiettivi di sviluppo economico e progresso sociale, costituisce la prima sfida (quella più difficile) da vincere nell'immediato. In questa cornice, il diritto ambientale cubano, anche a seguito della riforma costituzionale del 2019 (e di cui si dirà successivamente), dovrà sostenere una politica di sviluppo sostenibile che tenga conto di opposte esigenze, lo sviluppo, da un lato, e il diritto soggettivo all'ambiente, dall'altro. D'altro canto, una struttura normativa eccessivamente rigida, fondata su una politica ambientale eccessivamente integralista potrebbe ostacolare i processi di investimento e quindi le politiche di sviluppo economico del Paese; un impianto normativo più flessibile, che dia priorità allo sviluppo economico senza tener conto di obiettivi di sostenibilità, invece, avrebbe come conseguenza di sacrificare di fatto la nuova conquista cubana, ovvero il diritto all'ambiente sano come diritto fondamentale di rango costituzionale.

2. La genesi del diritto ambientale cubano: la visione antropocentrica (e utilitaristica) della protezione dell'ambiente

Il diritto ambientale cubano costituisce una disciplina tendenzialmente giovane¹², ancora in evoluzione e che non ha raggiunto una sua definitiva fisionomia.

Il processo di evoluzione storica¹³ della legislazione ambientale nell'esperienza cubana, appare caratterizzato prima dalla necessità di assicurare

¹⁰ Secondo le fonti del Ministero dell'ambiente a Cuba, all'evento hanno partecipato oltre 1.300 specialisti provenienti da 56 nazioni, tra cui Messico, Colombia e Venezuela, tra i paesi più rappresentati, ma a cui si aggiunge una rappresentanza anche di Cina, Giappone e Australia, sul punto vedi l'articolo *Se inaugurò la XII Convención Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, reperibile sul sito www.citma.gob.cu/se-inauguro-la-xii-convencion-internacional-medio-ambiente-desarrollo/, ultimo accesso 7 settembre 2019.

¹¹ Secondo il programma ufficiale si sono tenuti 6 congressi sui seguenti temi: educazione ambientale, aree protette, gestione ambientale, gestione della biodiversità, cambiamenti climatici, politica e diritto, sul punto cfr. l'articolo *Comienzan este martes deliberaciones de la XII Convención Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, reperibile sul sito www.acn.cu/medio-ambiente/46622-comienzan-este-martes-deliberaciones-de-la-xii-convencion-internacional-sobre-medio-ambiente-y-, ultimo accesso 7 settembre 2019.

¹² O. Rey Santos, *Los retos en la implementación del derecho ambiental en Cuba*, in AA.VV. *Retos y tendencias del derecho ambiental contemporáneo*, La Habana, 2011.

¹³ Per un approfondimento sulla evoluzione storica della legislazione ambientale a Cuba, cfr. L. Milagros Baquero Valiente, *El derecho ambiental cubano y la asamblea de Naciones Unidas para el medio ambiente*, in *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, abril 2019.

la protezione dei beni ambientali come parte del patrimonio dello Stato socialista e solo successivamente da una progressiva tendenza all'affermazione del diritto ambientale come diritto umano fondamentale.

A nostro avviso, può essere suddiviso, anche ai fini di chiarezza espositiva, in almeno tre fasi temporali, ciascuna delle quali ha contribuito a definire il perimetro entro il quale oggi si muove la disciplina di settore.

Una prima fase del processo di produzione della normativa ambientale, e che possiamo definire fase “genetica” della legislazione ambientale, coincide con la Creazione dell'Accademia delle Scienze di Cuba e con gli Istituti di ricerca che si occuperanno della diagnosi e dello studio delle risorse naturali (1960-70). Qualche anno più tardi, si è tenuta a Stoccolma, dal 5 al 16 giugno 1972, la Conferenza delle Nazioni unite sull'ambiente umano che ha significato senza dubbio l'inizio di un processo di portata globale per il raggiungimento di una coscienza ambientale a livello mondiale¹⁴.

Questa prima fase è caratterizzata dall'adozione della Costituzione cubana del 1976. In questo testo costituzionale si rinviene la prima disciplina costituzionale in materia di ambiente e più precisamente nell'articolo 27 contenuto nel Capitolo I, dedicato ai *Fondamenti politici, sociali ed economici dello Stato*.

Secondo questa norma “lo Stato attraverso i suoi organi protegge l'ambiente e le risorse naturali del Paese. Riconosce il suo stretto legame con lo sviluppo economico e sociale sostenibile per rendere la vita umana più razionale e garantire la sopravvivenza, il benessere e la sicurezza delle generazioni attuali e future”.

In altri termini con la previsione costituzionale dell'art. 27, l'ordinamento cubano dichiarava la sovranità nazionale sulle risorse naturali e promuoveva un processo attivo di recupero e protezione di questi, avendo sempre al centro l'uomo e la soddisfazione integrale dei suoi bisogni materiali, educativi, culturali ed estetici.

L'articolo 27 della Costituzione cubana del 1976¹⁵ riconosceva la responsabilità dello Stato nei confronti della protezione ambientale e delle risorse naturali. Tale disposizione prevedeva, nel contempo, il dovere dei cittadini cubani di contribuire alla protezione dell'acqua, dell'atmosfera, alla conservazione del suolo, della flora, della fauna e di tutto il ricco potenziale della natura. Riconosce, inoltre, che l'ambiente e le risorse naturali sono strettamente legati allo sviluppo economico e sociale sostenibile.

¹⁴ La Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano del 16 giugno del 1972, la Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo del 14 giugno del 1992 e la Conferenza di Johannesburg, convocate entrambe dalle Nazioni Unite, hanno determinato una svolta decisiva in materia ambientale, sensibilizzando gli Stati del mondo in materia di tutela dell'ambiente e favorendo l'elaborazione di leggi nazionali nonché la stipulazione di trattati internazionali sul rapporto ambiente e sviluppo. Sull'importanza delle Convenzioni internazionali di Rio e Stoccolma vedi in particolare V. Pepe, *Fareambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, Milano, 2009. Cfr. L. Pineschi, *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1994, 495; G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 1997, 328, in questo saggio sono affrontati i recenti sviluppi della protezione ambientale in ambito sovranazionale e comunitario, corredati da una ricca ed articolata nota bibliografica; G. Badiali, *La tutela internazionale dell'ambiente*, Napoli, 1995, 20; M. Vacca, *La politica comunitaria dell'ambiente e la sua attuazione negli Stati membri*, Milano, 1992, 88.

¹⁵ L. A. de la Cuesta, *Constituciones cubanas*, Alexandria Library, Miami, 2007; J. Tapia-Valdés, *Cuba Constitucional*, Nueva Sociedad, n. 28, gennaio-febbraio 1977.

Ciò posto la tutela costituzionale dell'ambiente che si rinviene nel testo costituzionale del 1976 era giustificata da una teoria tendenzialmente antropocentrica, nonché dall'interesse di assicurare una protezione ambientale c.d. strumentale al benessere e al progresso dell'uomo. Si tratta di una filosofia contrassegnata da una forte eredità del passato e dal carattere utilitaristico della tutela ambientale delle origini¹⁶.

Come ha avuto modo di precisare la dottrina, nella disciplina costituzionale del 1976 non si rinveniva espressamente alcun diritto soggettivo all'ambiente. Per contro un riferimento costituzionale in grado di assicurare, in via interpretativa, un diritto all'ambiente andava ricercato nell'articolo 50 che riconosceva il diritto alla salute. Anche l'articolo 9, nel richiamare la piena dignità dell'uomo e lo suo sviluppo integrale della persona, veniva utilizzato come norma di base per garantire una tutela ambientale¹⁷.

La produzione della legislazione ambientale di livello statale inizia a farsi strada solo dopo il 1976 anno in cui viene istituita anche la Commissione nazionale per la protezione dell'ambiente e la conservazione delle risorse naturali.

La visione antropocentrica della tutela ambientale ha consentito la creazione del *Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente e l'uso razionale delle risorse naturali* con l'approvazione della legge 33 del 1981 "Protezione dell'ambiente e uso razionale delle risorse naturali" e la sua successiva istituzionalizzazione nel 1990 quando fu approvato il decreto legge n. 118 del 1990 e la creazione della *Commissione Nazionale per la Protezione dell'ambiente e dell'uso Razionale delle risorse naturali* (COMARNA)¹⁸.

3. L'evoluzione della legislazione ambientale cubana: la Ley n. 81 del 1997 del medio ambiente

La prima normativa organica in materia ambientale a Cuba è rappresentata dalla legge n. 33 del 1981 che costituisce la prima fonte di livello statale che ha inteso regolare il *medio ambiente* recante le disposizioni in tema di protezione dell'ambiente e uso razionale delle risorse naturali. Lo scopo di questa normativa era sostanzialmente quello di stabilire i principi necessari a governare la politica ambientale e a prevedere le regole di base per governare la gestione ambientale da parte dello Stato, nonché le azioni dei cittadini, al fine di contribuire al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile. In questo quadro, secondo la legge del 1981, l'ambiente veniva inteso come un *patrimonio* e come un *interesse fondamentale della nazione* su cui lo Stato doveva esercitare la propria sovranità in tutto il territorio nazionale vantando il diritto di sfruttare le risorse in base alla sua politica di sviluppo.

Solo a seguito della Conferenza di Rio delle Nazioni Unite sull'ambiente e

¹⁶ Un esempio significativo dell'approccio utilitaristico della tutela ambientale è rappresentata dalla "Legge sulla caccia" del 1884, emanata dal regio decreto del 31 giugno dello stesso anno, e che si basava sull'utilità di una specie di uccelli utili per l'agricoltura (come il gheppio e il gufo), mentre altre specie non erano considerate utili. Così anche la "Legge sulla caccia e la pesca" del 1909, che abrogava quella del 1884, costituiva un esempio di tale visione antropocentrica, ovvero manteneva la sua filosofia utilitaristica.

¹⁷ Lic. Orisel Hernández Aguilar, *Retos ambientales para la Constitución*, in AA.VV. *Retos y tendencias del derecho ambiental contemporaneo*, La Habana, 2011, 29-46.

¹⁸ Agencia del Medio Ambiente (CITMA), *Cuba: Medio Ambiente y Desarrollo*, La Habana, 1995.

lo sviluppo del '92, si è assistito ad una vera rivoluzione ambientale nel panorama normativo mondiale che ha interessato il continente latino-americano e anche l'ordinamento cubano. Nel 1992, infatti, è stata apportata una modifica molto interessante, all'articolo 27 della Costituzione cubana, e che ha inteso rafforzare la politica di sviluppo sostenibile e l'integrazione ambientale. Nello stesso tempo, qualche anno più tardi, sulla spinta delle prime riforme ambientali, veniva istituito il Ministero della Scienza e della Tecnologia e dell'Ambiente (CITMA) creato proprio nel 1994. La creazione nel 1994 del Ministero della Scienza, della Tecnologia e dell'Ambiente ha favorito la politica e la gestione ambientale a livello nazionale¹⁹.

In questi anni la politica ambientale cubana riproduceva alcuni istituti ambientali dai modelli europei e nordamericani, come nel caso della *Environmental Impact Assessment*, introdotta in una legge cubana nel 1995, considerato uno strumento di successo in tema di valutazione dell'impatto ambientale. Dal 1995 sono state stabilite norme per l'esecuzione di ispezioni ambientali statali (risoluzione 130/95) e per l'esecuzione e l'approvazione delle valutazioni di impatto ambientale e la concessione di licenze ambientali (risoluzione 168/95).

Le nuove istanze di sviluppo sostenibile sono alla base delle riforme ambientali che hanno dato inizio ad una *seconda fase* del processo di evoluzione della normativa ambientale a Cuba.

Tale seconda fase si può far coincidere con l'entrata in vigore della legge ambientale n. 81 del 1997 che ha riformato l'intera materia ambientale e abrogato la disciplina del 1981 in vigore in precedenza.

Nella legge n. 81 del 1997, intesa come un vero "Codice Ambientale", vengono stabiliti i principi e le regole di base che disciplinano la politica ambientale dello Stato, le azioni dei cittadini e della società in generale, al fine di proteggere l'ambiente e contribuire al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile della Nazione cubana. In altri termini la legge n. 81 sull'ambiente, approvata dall'Assemblea nazionale del Potere Popolare nel luglio 1997 costituisce attualmente la normativa cardine della legislazione ambientale cubana.

L'esclusione del riferimento allo "sviluppo sostenibile", già presente invece nella precedente disciplina del 1981, è frutto di un'aspra discussione che ha avuto luogo durante il processo di elaborazione della Legge. Nel dibattito prevalse il criterio - a mio avviso discutibile - che non era accettabile parlare di sostenibilità di fronte all'esigenza di assicurare lo sviluppo economico e gli investimenti anche nel settore energetico²⁰. È per questa ragione che, con alcune eccezioni, il concetto di sostenibilità, seppur richiamato nella legge, deve essere combinato con l'idea di assicurare lo sviluppo economico e sociale del Paese.

Nonostante sia ancora oggi molto complesso definire cosa sia l'ambiente, il legislatore cubano nella legge n. 81 del 1997 lo ha concepito come "il sistema di elementi abiotici, biotici e socioeconomici con cui l'uomo interagisce, adattandosi ad esso, trasforma e lo utilizza per soddisfare le sue esigenze". In base a questa

¹⁹Cfr. la *Estrategia ambiental nacional 2016/2020*, a cura del CITMA, Ministerio de Ciencia, Tecnología y medio ambiente, il cui testo integrale è reperibile sul sito repositorio.geotech.cu/jspui/bitstream/1234/2727/1/Estrategia%20Ambiental%20.

²⁰ V. Di Cagno, *La Protección del Medio Ambiente en Cuba*, La Habana, 2005; cfr. E. Viamontes Guilbeaux, *Derecho Ambiental Cubano*. La Habana, 2000.

legge una delle finalità del diritto ambientale è proprio la protezione della diversità biologica e con essa la sua conservazione, poiché senza l'esistenza dei suoi componenti la vita dell'essere umano sarebbe inevitabilmente compromessa se non addirittura impossibile.

In questa cornice tale normativa può essere intesa come il più importante strumento giuridico del panorama normativo ambientale cubano: essa definisce il quadro istituzionale del settore ambientale, le attribuzioni, le funzioni e i doveri degli enti statali e, in generale, i diritti e gli obblighi delle persone fisiche e giuridiche, nonché le aree specifiche di protezione di ambiente e l'uso razionale delle risorse naturali.

L'articolo 2 della legge ambientale del 1997 riconosce la sovranità dello Stato cubano sull'ambiente in tutto il territorio nazionale, nonché il diritto di utilizzare le sue risorse naturali secondo la sua politica ambientale e di sviluppo.

In conformità all'articolo 27 della Costituzione del 1976, la legge ambientale n. 81 del 1997 stabilisce che la protezione dell'ambiente costituisce un dovere dello Stato, dei cittadini e della società in generale, attraverso la sua conservazione e il suo uso razionale, la lotta sistematica contro le cause che ne provocano il deterioramento (art. 3).

Secondo questa normativa i principali obiettivi del diritto ambientale cubano sono quelli relativi alla pianificazione territoriale, all'applicazione degli strumenti economici, all'accesso alle risorse ambientali e alla protezione degli ecosistemi. Nella legge troviamo la disciplina delle diverse matrici ambientali e il riferimento alle molteplici aree tematiche, ovvero l'aria, l'acqua e il suolo e lo sviluppo di un'agricoltura sostenibile.

Nella legge n. 81 sono altresì individuate le norme in materia di aree protette e di conservazione della biodiversità ambientale e culturale e il turismo sostenibile, ma anche quelle in materia di protezione civile e di gestione dei rifiuti.

Un altro settore chiave richiamata nella normativa del 1997 è la legislazione sull'energia e la promozione, in particolare, delle energie rinnovabili (art. 124).

Nella *Ley n° 81 del medio ambiente*, considerata un vera legge quadro in materia ambientale e per questo meritevole della denominazione di Codice ambientale²¹, viene, per la prima volta, richiamato il principio della *pianificazione ambientale* secondo cui tutti i piani, i programmi e i progetti di sviluppo economico e sociale, siano essi nazionali, provinciali o comunali, dovevano essere preparati o adattati in conformità con i principi guida della Legge ambientale, alle politiche, alle strategie e ai programmi ambientali stabiliti dalle autorità competenti e le disposizioni che ne derivano (art. 19).

La legge prevede anche le norme in materia di responsabilità da danno ambientale limitata alla violazione di una specifica norma giuridica, come espresso nell'articolo 8 della legge n. 81, che comporti "qualsiasi perdita, diminuzione, deterioramento o danno significativo" prodotto dall'ambiente o ad uno o più dei suoi componenti in violazione di una norma giuridica. Nel capitolo XIII, in particolare, si affronta il regime di responsabilità penale e all'art. 75 è stabilito che le azioni o le omissioni socialmente pericolose vietate dalla legge e che minacciano la protezione dell'ambiente saranno sanzionate in conformità con le disposizioni della legislazione penale in vigore.

²¹ La legge del 1981, costituita da 162 articoli più le disposizioni transitorie e finali, ha rappresentato la prima legge organica sull'ambiente a Cuba.

4. Alcune normative speciali: la legge in tema di acque e la normativa sulle foreste

L'elemento cardine che contraddistingue la normativa ambientale cubana va ricercato nel fatto che la legge quadro n. 81 del 1997 è stata emanata sotto la vigenza della Costituzione del 1976 che, a differenza di quanto ha stabilito la nuova Costituzione del 2019, non prevedeva alcun riferimento al *diritto ad un ambiente sano*.

All'epoca della emanazione della legge n. 81 del 1997, l'ambiente era inteso come patrimonio e interesse fondamentale della nazione e non era inteso come diritto soggettivo, sebbene per diversi studiosi si poteva ben ricavare in via interpretativa la presenza di un diritto all'ambiente già nell'articolo 50 della Costituzione sul diritto alla salute²².

La legge n. 81 sull'ambiente, approvata nel 1997, secondo la dottrina aggiorna i principi, fissa gli obiettivi e i concetti di base della politica ambientale cubana. Nello stesso tempo questa legge stabilisce il quadro istituzionale e gli strumenti per la sua materializzazione, le attribuzioni, le funzioni e i doveri degli organi e delle agenzie statali e in generale il diritti e doveri delle persone fisiche e giuridiche. Ecco perché dal punto di vista tecnico-giuridico essa costituisce una legge quadro, il che significa che ha bisogno di altre leggi anche speciali che integrano e precisano le disposizioni della normativa di base contenuta nella legge n. 81.

La legge quadro richiede in sostanza l'approvazione di altre leggi di settore al fine di regolare i diversi ambiti più disparati; si pensi, ad esempio, alla legge n. 75 sulle attività minerarie del 21 settembre 1994, emanata al fine di garantire la protezione, lo sviluppo e l'uso razionale delle risorse minerarie, nonché la legge 85/1998, c.d. "Legge forestale"²³, in tema di protezione e sviluppo sostenibile del patrimonio forestale della nazione.

Un particolare interesse a Cuba è rivolto proprio alla protezione delle foreste, un obiettivo che viene perseguito attraverso la Ley n. 85, Ley Forestal de Cuba del 31 agosto 1998 e che mira a stabilire i principi e le norme generali per la protezione, l'incremento e lo sviluppo sostenibile del patrimonio forestale di Cuba²⁴. In questa normativa di settore sono previste le disposizioni generali per la sua applicazione e sono individuati il quadro istituzionale, i meccanismi di controllo e amministrazione delle foreste, la classificazione delle foreste e i criteri di gestione. Inoltre, sono specificati i diritti e i doveri nei confronti della foresta, gli elementi per la sua conservazione e protezione e le sanzioni amministrative, la responsabilità civile e penale per coloro che violano la Legge. Il Ministero dell'Agricoltura esercita, anche in questa materia, i poteri garantiti dalla legge nelle aree del patrimonio forestale (foreste naturali e artificiali, terreni per la silvicoltura, aree disboscate con condizioni per la silvicoltura, alberi di specie

²² A. Soler Del Sol, *Ley n. 81. Ley del medio ambiente*, La Habana, 2013.

²³ Sul punto cfr. A. Berenguer Sanchez, I. Matos Rey, *La protección jurídica de la reforestación en Cuba*, in *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP. Año 13 / N° 46 – 2016; F. Arias, *Bosques de Cuba: un aporte a la campaña mundial*, disponibile in www.tiempodecuba.com. Si veda anche A. Leyva Sanchez, *Cuba y sus Palmas*, Cuba, 2001; cfr. O. Muniz, A. Borhidi, *Catálogo de las Palmas de Cuba*, *Acta Botánica Acad. Sci. Hungaricae*, 28 (3-4), 2010.

²⁴ Cfr. L. Colella, *I «diritti degli alberi» e la soggettività delle foreste. Brevi note comparative a margine della Dichiarazione dei diritti degli alberi in Francia*, in *Rivista Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, n. 4/2019, 1-18.

forestali che si sviluppano in isolamento o in gruppi, indipendentemente dalla loro posizione e proprietà), tranne nei casi in cui le foreste rientrano nelle competenze di altri livelli di governo o di istituzioni locali.

Altra importante normativa ambientale di settore è rappresentata dalla Legge n. 124 del 2017 in tema di *acque terrestri* a cui è seguito il Decreto di attuazione n. 337 del 2017. Secondo questa normativa speciale la gestione tempestiva delle acque terrestri, quale risorsa naturale rinnovabile e limitata, richiede un'efficace pianificazione volta a soddisfare l'interesse generale della società, dell'economia, della salute e dell'ambiente.

Questa legge regola la gestione integrata e sostenibile delle acque terrestri che si trovano all'interno della crosta terrestre o al di sopra di essa, indipendentemente dalla loro composizione fisica, chimica o batteriologica, nello spazio che costituisce la parte emergente del territorio nazionale limitata dal lungomare. Il decreto n. 337 del 2017, il regolamento di attuazione della legge n. 124 del 2017, stabilisce le regole per l'applicazione della suddetta legge nei suoi diversi campi di azione.

La gestione integrata e sostenibile delle acque terrestri è regolata da alcuni principi fondamentali. In primis la legge (all'art. 2) stabilisce che le acque terrestri sono proprietà statali socialiste di tutto il popolo e che il riconoscimento dell'accesso all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari è un diritto di tutte le persone. Secondo la normativa è assicurato l'uso efficiente e sicuro dell'infrastruttura idraulica, nonché un uso razionale dell'acqua e il suo riutilizzo. Tra i principi di gestione vi è la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento idrico e la promozione della cultura dell'uso razionale dell'acqua, la sua raccolta e il suo riutilizzo. A tal fine l'Istituto nazionale di risorse idrauliche per il raggiungimento di questi principi stabilisce un'adeguata strategia di comunicazione.

Molte altre normative speciali vanno a costituire il mosaico della legislazione ambientale a Cuba; si tratta di un complesso universo di norme giuridiche statali che sono state emanate sotto la vigenza di una Costituzione, quella del 1976, che ad oggi è ormai superata e non più in vigore perché stravolta da un testo costituzionale rinnovato e fondato su un approccio ambientale più maturo, ispirato alla tutela del diritto soggettivo all'ambiente salubre ed informato allo sviluppo sostenibile, alla difesa del clima intesi come obiettivi strategici dello Stato cubano di tradizione socialista.

5. Il diritto all'ambiente e la Costituzione cubana del 2019: una rivoluzione sostenibile

La nuova Costituzione di Cuba, entrata in vigore il 10 aprile 2019, è il risultato giuridico-formale di un processo costituente c.d. materiale che ha riformulato le relazioni economiche e sociali dell'isola dai primi anni '90, con la caduta del campo socialista e l'inizio del cosiddetto periodo speciale.

La Costituzione, in altri termini, è frutto di un processo di trasformazione che può essere suddiviso in due fasi: il periodo speciale e la riforma costituzionale del 1992 e le trasformazioni dell'ultimo decennio (2006-2018) che iniziano con il cambiamento della direzione politica del paese da Fidel a Raúl Castro Ruz.

Dal punto di vista del diritto ambientale il nuovo testo costituzionale presenta un progetto ambizioso e innovativo che si traduce, sul piano comparativo, in un testo che si inserisce nella famiglia delle costituzioni

approvate negli ultimi due decenni in America Latina (si pensi principalmente al Venezuela, alla Bolivia e all'Ecuador) e raggruppati nel c.d. *Costituzionalismo latinoamericano*²⁵.

In linea con una certa tendenza del costituzionalismo contemporaneo, la nuova Costituzione cubana può definirsi come una *costituzione ambientale* che riconosce, al pari delle più giovani costituzioni latinoamericane²⁶ un diritto soggettivo all'ambiente a cui fanno da *pendant* i doveri di protezione dell'ambiente e delle risorse naturali.

Con l'avvento della nuova Carta costituzionale, l'ambiente, da “patrimonio e interesse fondamentale” della nazione (così come previsto dalla legge n. 81 del 1997) viene considerato un “diritto” umano fondamentale meritevole di tutela costituzionale.

In questa cornice, la nuova Costituzione del 2019 dedica diversi articoli alla materia ambientale guardando alle questioni ecologiche nel rispetto della solidarietà ambientale intergenerazionale e in conformità alla visione globale e internazionale della sostenibilità.

Il principio storico della “sovranità ambientale”, già presente nella costituzione del 1976, viene confermato nel nuovo testo costituzionale (articolo 11) secondo cui lo Stato esercita sovranità e giurisdizione: a) su tutto il territorio nazionale, formato dall'Isola di Cuba, dall'Isola della Gioventù, dalle altre isole e dagli isolotti adiacenti, dalle acque interne e dal mare territoriale nell'estensione che fissa la legge, dallo spazio aereo che li sovrasta e dallo spettro radio; b) sull'ambiente e sulle risorse naturali del paese; c) sulle risorse naturali, viventi e non viventi, sugli alvei e sulle acque sovrastanti a questi, e sul sottosuolo marino della zona economica esclusiva della Repubblica, nell'estensione fissata dalla legge, in conformità con il Diritto Internazionale; d) sulla piattaforma continentale nell'estensione stabilita dalla legge e in conformità al Diritto Internazionale. Il principio della sovranità ambientale trova un altro riscontro nell'art. 23 della Costituzione (che richiama la disposizione già contenuta nell'art. 15 della Costituzione del 1976) secondo cui “sono proprietà socialista di tutto il popolo: le terre che non appartengono a privati o a cooperative integrate da questi, il sottosuolo, i giacimenti minerari, le miniere, i boschi, le acque, le spiagge, le vie di comunicazione e le risorse naturali, sia viventi che non viventi all'interno della zona economica esclusiva della Repubblica”.

Un secondo principio ispiratore della rivoluzione ecologica che ha “impregnato” la nuova Costituzione è certamente quello sviluppo sostenibile che viene concepito come finalità essenziale dello Stato socialista di Cuba.

Ed invero, all'art. 13, lettera e), si stabilisce che tra i fini essenziali dello Stato vi è quello di “promuovere uno sviluppo sostenibile” che assicuri la prosperità individuale e collettiva, e così raggiungere livelli più elevati di equità e di giustizia sociale. Sempre l'art. 13, lettera h), si stabilisce che altro *fine* dello

²⁵ Sul punto cfr. A. Noguera Fernandez, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, in *Revista de Derecho Político*, n.º105, mayo-agosto 2019, 361-396. Secondo questo autore, tuttavia, la carta costituzionale pur rafforzando la tutela di alcuni diritti - come pure il diritto all'ambiente - non ha raggiunto il carattere fortemente garantito delle costituzioni del cosiddetto nuovo costituzionalismo latinoamericano approvato, negli ultimi decenni, dai paesi dell'America Latina situati nell'orbita ideologica di Cuba.

²⁶ Il diritto dell'ambiente nella recente Costituzione Cubana viene inteso come un diritto umano di ultima generazione e riconosciuto come tale nella maggior parte delle costituzioni moderne ed in particolare nelle costituzioni dell'America Latina regolate come diritti di Pacha Mama.

Stato è quello di proteggere il patrimonio naturale, storico e culturale della nazione, mentre alla lettera *i*) si stabilisce che altra finalità è quella di garantire lo sviluppo educativo, scientifico, tecnico e culturale del paese.

La visione globale e internazionale della costituzione cubana si ricava nel Capitolo II, relativo alle relazioni internazionali, ed in particolare nell'art. 16 in cui è previsto espressamente che “La Repubblica di Cuba basa le relazioni internazionali sull'esercizio della sua sovranità e dei suoi principi antimperialisti e internazionalisti, in funzione degli interessi del popolo e, di conseguenza: [...] f) promuove la protezione e la conservazione dell'ambiente, per affrontare il cambiamento climatico, che minaccia la sopravvivenza della specie umana, sulla base del riconoscimento di responsabilità comuni, ma differenziate; l'istituzione di un ordine economico internazionale giusto ed equo e l'eradicazione di modelli irrazionali di produzione e di consumo.”.

Tuttavia la vera conquista ambientale che attribuisce un *quid pluris* alla Costituzione del 2019 e che a nostro avviso caratterizzerà il futuro sviluppo della legislazione e della giurisprudenza, è la previsione nel testo della legge fondamentale di un *diritto all'ambiente sano ed equilibrato* in capo ad ogni individuo. Tale innovazione costituzionale trova riscontro nel Capitolo II, dedicato proprio ai *Diritti*, ed in particolare nell'articolo 75 secondo cui “Ogni individuo ha diritto a godere di un ambiente sano ed equilibrato. Lo stato protegge l'ambiente e le risorse naturali del paese. Riconosce la sua stretta relazione con lo sviluppo sostenibile dell'economia e della società per rendere la vita umana più razionale e garantire la sopravvivenza, il benessere e la sicurezza delle generazioni attuali e future”.

La Costituzione cubana sancisce la protezione dell'ambiente in quanto funzione pubblica. Già con la modifica costituzionale del 1992, a seguito della partecipazione di Cuba alla Conferenza delle Nazioni Unite, il testo dell'articolo 27 della Costituzione del 1976 aveva stabilito che “per garantire il benessere dei cittadini, lo Stato e la società proteggono la natura. Spetta agli organi competenti e anche a ciascun cittadino garantire che le acque e l'atmosfera siano mantenute pulite e che il suolo, la flora e la fauna siano protetti”²⁷.

L'attuale art. 75 deve essere letto in armonia con l'art. 72 che riconosce e tutela la salute come diritto di tutte le persone e come responsabilità dello Stato che ne garantisce l'accesso a titolo gratuito a tutti.

La dimensione ecologica della nuova Costituzione del 2019 si rinviene altresì nell'art. 76 in cui è garantito un diritto all'acqua di ogni individuo a cui è strettamente connesso un dovere dello Stato di creare quelle condizioni necessarie per garantire l'accesso all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari sicuri²⁸. Nel catalogo dei diritti viene riconosciuto, altresì, il diritto all'alimentazione sana e adeguata (art. 77).

La nuova Costituzione del 2019, nel Capitolo IV, dedicato ai *Doveri*, ha

²⁷ *Constitución de la República de Cuba*, G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003; Cutié Danelia, *Los derechos en la Constitución Cubana de 1976. Una relectura necesaria a cuarenta años de vigencia* en *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, Matilla Corea Andry (coordinador), La Habana, Cuba, 2016.

²⁸ L'articolo 27 della Costituzione del 1976 si limitava a prevedere il dovere di ogni cittadino di proteggere l'acqua; la Costituzione del 2019, invece, ha previsto un diritto all'acqua per tutti. Sul riconoscimento del diritto all'acqua in America latina cfr. A. Berti Suman, *The human right to water in Latin America: challenges to implementation and contribution to the concept*, Brill, Leiden, 2018. Cfr. Anche M. Langford, A. F. S. Russel, *The Uman Right to Water: theory, Practice and Prospects*, Cambridge, 2017.

previsto alcuni “doveri ambientali” in capo ai cittadini; secondo l’art. 90, in particolare, l’esercizio dei diritti e delle libertà previste dalla Costituzione implicano talune responsabilità.

Sono doveri dei cittadini cubani, in aggiunta agli altri stabiliti dalla Costituzione e dalle leggi, quelli di rispettare i diritti altrui e non abusare dei propri, conservare, proteggere e utilizzare razionalmente i beni e le risorse che lo Stato e la società mettono al servizio di tutto il popolo; adempiere i requisiti stabiliti per la protezione della salute e dell’igiene ambientale; proteggere le risorse naturali, la flora e la fauna e vigilare per la conservazione di un ambiente sano; proteggere il patrimonio culturale e storico del paese, e agire, nelle loro relazioni con le persone, secondo il principio di solidarietà umana, del rispetto e dell’osservanza delle regole di coesistenza sociale.

Talune altre disposizioni che riguardano l’ambiente sono previste dalla nuova Costituzione per definire le competenze tra i vari livelli di governo. In particolare in base all’art. 191 compete all’assemblea municipale del Poder Popular “organizzare e controllare, per quanto di sua competenza e in conformità a quanto stabilito dal Consiglio dei Ministri o dal Governo Provinciale, il funzionamento e i compiti degli enti incaricati di realizzare, tra l’altro, le attività economiche, di produzione e dei servizi, di salute, assistenziali, di prevenzione e di assistenza sociale, scientifici, educativi, culturali, ricreativi, sportivi e di protezione dell’ambiente nel municipio”.

In una prospettiva comparata, va notato che la nuova Costituzione cubana, al pari di altre costituzioni latinoamericane²⁹, ha il merito di riconoscere lo sviluppo sostenibile e l’impegno per la tutela ambientale come la via per affrontare i cambiamenti climatici e la conservazione della biodiversità. Nonostante ciò, secondo alcuni studiosi³⁰, la nuova Costituzione è molto indietro rispetto alla forte garanzia di regolamentazione raggiunta, negli ultimi decenni, dalle costituzioni del cosiddetto nuovo costituzionalismo latinoamericano. Tuttavia questo testo ridefinisce alcuni diritti già regolati ed estende nuovi diritti, tra cui il diritto dell’ambiente. Per quanto riguarda le garanzie, introduce un’importante novità che è il riconoscimento di una sorta di ricorso per *amparo*, attraverso il quale le persone possono accedere ai tribunali, attraverso una procedura preferenziale, accelerata e concentrata, per richiedere protezione o restituzione di diritti violati.

A nostro modo di vedere il riconoscimento del diritto soggettivo dell’ambiente, accompagnato dai due aggettivi *sano* ed *equilibrato*, segna necessariamente l’inizio di una rivoluzione sostenibile nel senso che l’ambiente da patrimonio e interesse fondamentale è destinato a costituire un diritto umano fondamentale meritevole di garanzie e tutela costituzionale.

Il riconoscimento di un diritto all’ambiente sano ed equilibrato, da un lato, e la lotta nei confronti del cambiamento climatico, dall’altro, costituiscono i due

²⁹ La Costituzione venezuelana del 1999, nell’articolo 127, prevede l’obbligo fondamentale dello stato, insieme alla partecipazione della società, di proteggere l’ambiente e preservare il clima. Anche la Costituzione dell’Ecuador del 2008, nell’articolo 414, afferma che lo Stato deve adottare misure adeguate e trasversali per mitigare i cambiamenti climatici, limitando le emissioni di gas a effetto serra, la deforestazione e la contaminazione atmosferica, adottando misure per la conservazione delle foreste e della vegetazione e la protezione della popolazione dai rischi.

³⁰ Sia consentito un rinvio a A. Noguera, *La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico*, op.cit., 382.; cfr. A. Noguera, *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

aspetti più innovativi della nuova Costituzione cubana che si inserisce nel gruppo delle costituzioni ambientali dell'America latina.

La finalità di promuovere la protezione e la conservazione dell'ambiente per affrontare il cambiamento climatico, inteso come una minaccia reale per la sopravvivenza della specie umana (attraverso il riconoscimento di responsabilità comuni, ma differenziate), non può passare inosservato per il comparatista, anzi costituirà un tema oggetto di successivo approfondimento della *legge fondamentale* cubana che ha il pregio di essere una delle poche ad aver dedicato un chiaro riferimento costituzionale al nuovo tema del cambiamento climatico.

6. La Strategia ambientale cubana 2016-2020 tra obiettivi di sostenibilità e criticità eco-sistemiche

La legislazione statale in materia ambientale di Cuba è ispirata ad una serie di principi che trovano riconoscimento prima nella legislazione internazionale ed oggi anche nella nuova Costituzione della Repubblica di Cuba del 2019.

Tali principi fondamentali che caratterizzano attualmente la politica ambientale sono stati richiamati nell'ultima *Strategia nazionale ambientale cubana 2016-2020*³¹ adottata dal Ministero dell'ambiente cubano e che si fonda essenzialmente sul principio generale della sostenibilità e della prevenzione ambientale. In base a quest'ultima strategia possiamo individuare i principi strategici che sono considerati come veri punti cardine della politica ambientale cubana.

Tra i principi della politica ambientale nazionale troviamo in primis quei principi che possono operare come valori ambientali tra cui il *principio dello sviluppo sostenibile* a cui segue *il diritto di godere di un ambiente sano e il dovere del cittadino di protezione dell'ambiente*.

Accanto ai primi due troviamo ulteriori tre principi quali quello della partecipazione attiva di tutti gli attori sulla base di procedure di consultazione, cooperazione e responsabilità congiunta, il principio di equità, e il principio dell'istruzione, della comunicazione e dell'informazione ambientale finalizzate allo sviluppo della cultura ambientale nei cittadini.

A questi sono affiancati ulteriori principi quali lo sviluppo di meccanismi economico-finanziari per affrontare i principali problemi ambientali, il ricorso alla scienza, alla tecnologia e all'innovazione in termini di contributo alla soluzione di problemi ambientali; il miglioramento della qualità della legislazione ambientale; la territorialità e la decentralizzazione come assi della gestione ambientale nazionale; l'approccio eco-sistemico e paesaggistico; la visione preventiva; la sostenibilità del consumo e della produzione, nonché l'eco-innovazione, come concetti integrati nelle strategie e nei programmi nazionali, settoriali e territoriali; la formazione tecnica, professionale e scientifica delle risorse umane per affrontare i problemi ambientali e un adeguato supporto tecnologico; il rispetto degli impegni internazionali assunti e garanzia dei livelli

³¹ La *Estrategia Ambiental Nacional (EAN)* è stata approvata adottata per la prima volta nel 1995 e poi nel 1997 in concomitanza con l'entrata in vigore della legge n. 81, successivamente rivista nel 2007, nel 2011 e da ultimo nel 2016. Secondo la dottrina la *Estrategia Ambiental Nacional (EAN)*, questa costituisce uno strumento chiave della politica ambientale nazionale e per la promozione dello sviluppo sostenibile cubano, a cui sono stati associati risultati favorevoli e che hanno superato le aspettative previste nei vari settori, cfr. A. Soler Del Sol, *Ley n. 81. Ley del medio ambiente*, La Habana, 2013.

efficaci di cooperazione e concertazione delle azioni.

Il documento sulla *Strategia ambientale nazionale 2016-2020* individua quali sono, sul piano ambientale, le maggiori criticità dell'Isola nell'attuale momento storico a cui occorre necessariamente far fronte. Tra queste criticità troviamo il degrado del suolo; la protezione delle foreste, l'inquinamento, la perdita della biodiversità e il deterioramento degli ecosistemi, la scarsità della risorsa idrica e la difficoltà nella gestione dell'acqua, l'impatto del cambiamento climatico; le condizioni igienico sanitarie di alcuni insediamenti urbani.

Dall'inizio degli anni '90, Cuba ha prestato particolare attenzione alla questione del cambiamento climatico, inserendo tale preoccupazione nella sua agenda ambientale. Da allora sono stati condotti studi sugli impatti dei cambiamenti climatici, tra cui quelli sviluppati nell'ambito della Seconda comunicazione nazionale alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e il macroprogetto sulla vulnerabilità costiera dell'arcipelago cubano negli anni 2050-2100. Questi studi dimostrano che dalla metà del secolo scorso ad oggi, in soli 60 anni, la temperatura media annuale nell'arcipelago cubano è aumentata³². Nel caso del livello del mare, le proiezioni future stimano un innalzamento di 27 cm entro il 2050 e 85 cm entro il 2100. Ciò implicherebbe una lenta diminuzione della superficie del paese, con perdite stimate in un 5,5% dell'estensione territoriale e 14% delle foreste costiere entro il 2100. L'avanzata del mare contribuirà alla salinizzazione delle falde acquifere terrestri con l'avanzamento significativo del cosiddetto "cuneo salino"; pertanto la disponibilità d'acqua sarà notevolmente ridotta³³.

In base a questa ricostruzione e a causa dei cambiamenti climatici, la perdita della superficie terrestre a causa dell'innalzamento del livello del mare comporterà gravi effetti sulle aree basse in cui sono situati 262 insediamenti, con il rischio di perdere parte della sua superficie. Le aree marittime costiere pianificate con alti livelli di impatto a causa dell'innalzamento del livello medio del mare di fronte ai cambiamenti climatici, indicano la riduzione di un gran numero di aree importanti per l'alimentazione, la riproduzione e la migrazione degli uccelli acquatici.

Secondo queste stime il settore agricolo sarà gravemente colpito, con diminuzioni sostenute nelle coltivazioni di patate e riso, associate essenzialmente alla bassa disponibilità di acqua e alle alte temperature.

³² Secondo questi studi l'estate si sta espandendo e l'inverno si sta contraendo. Negli ultimi decenni le precipitazioni accumulate sono aumentate nella stagione secca, mentre diminuiscono nella stagione delle piogge. Il foglio medio annuale delle precipitazioni è diminuito del 10% rispetto al periodo 1931-1972. La frequenza e l'entità della siccità è aumentata in modo significativo dal 1960, colpendo in particolare la regione orientale del paese, spostandosi successivamente nelle altre regioni del la misura che ha intensificato e ridotto le riserve idriche. Il futuro clima di Cuba è stato descritto come più caldo, secco ed estremo. La temperatura media annua dell'aria potrebbe aumentare in modo significativo (fino a 4,5 ° C rispetto al decennio 1961-1990) entro il 2100, e si prevedono cambiamenti nei modelli di precipitazioni, accompagnati da una significativa riduzione del Precipitazioni medie annue e intensificazione ed espansione dei processi di aridità e siccità, spostandosi da est a ovest del paese, sul punto cfr. *Estrategia Ambiental Nacional 2016-2020*, a cura del Ministerio de ciencia, tecnología y medio ambiente, 15-17.

³³ In uno degli scenari climatici più favorevoli in relazione all'acqua, la sua potenziale disponibilità nel 2100 potrebbe essere ridotta a 24 km³, il 37% in meno rispetto alla linea di base 1961-1990.

7. Gli strumenti della politica ambientale tra prevenzione ed educazione ambientale

Secondo la Strategia nazionale ambientale 2016-2020, la politica ambientale della Repubblica cubana viene perseguita attraverso una gestione globale che utilizza un gruppo di *strumenti ambientali* di diversa natura e contenuti.

Tra gli strumenti fondamentali richiamati dalla strategia vanno richiamati gli *instrumentos de regulación directa* (strumenti di regolazione diretta o volontaria del comando e controllo) operanti in campo ambientale e basati sull'elemento volontaristico. Questi prescrivono obiettivi di qualità ambientale nell'ottica della gestione e della conservazione volontaria delle risorse naturali, come gli strumenti di *audit* ambientale.

Gli *instrumentos administrativos y de planificación* sono invece strumenti amministrativi e di pianificazione che perseguono l'obiettivo di prevenire, anticipare e mitigare gli impatti ambientali di quelle attività antropiche che possono produrre un inquinamento o un impatto rilevante sull'ambiente. Nell'ambito di questa famiglia troviamo la "evaluación de impacto ambiental" già disciplinata nella legge n. 81 del 1997 come uno strumento di prevenzione dell'impatto ambientale (articolo 28) che individua quali sono i Progetti di opere o attività che richiedono necessariamente della valutazione di impatto ambientale³⁴ e tra cui troviamo per esempio le dighe o le opere idrauliche che comportano l'eliminazione o l'alterazione significativa dei corsi d'acqua; le acciaierie integrate e altri impianti industriali, impianti chimici o petrolchimici integrati, centrali nucleari, impianti energetici, ecc. A questa si affianca la "evaluación de impacto ambiental estratégica" (articolo 31 della l. 81 del 1997), che opera per i piani e le politiche che includono una valutazione ambientale complessiva in alcune particolari materie quali lo sviluppo urbano o industriale, la gestione delle foreste, l'acqua, lo sviluppo turistico, le miniere, la pesca e la gestione del suolo.

Altri strumenti della politica ambientale contenuti nella *Strategia nazionale* sono gli *instrumentos económicos* (strumenti economici) tra cui ritroviamo strumenti fiscali, incentivi economici e fondi destinati alla protezione ambientale.

A questi strumenti deve affiancarsi il "sistema di informazione ambientale" previsto agli artt. 34 a 38 della legge 81 del 1991 a cui devono necessariamente aggiungersi gli strumenti di promozione, educazione e comunicazione ambientale, la ricerca scientifica e l'innovazione; il sistema di riconoscimento e dei premi, i sistemi di certificazione ambientale.

Nell'ambito delle politiche ambientali e in conformità alla Strategia nazionale, particolare attenzione sono dedicati agli *Instrumentos de fomento* (ovvero di promozione ambientale) e nel contempo viene dedicata ampio spazio alla "Educazione ambientale" a cui sono dedicati già nella Legge n. 81 del 1997 ben dieci articoli (dal 46 al 56)³⁵.

Secondo questa normativa il Ministero della Scienza, della Tecnologia e dell'Ambiente sviluppa strategie educative ambientali e contribuisce alla sua attuazione promuovendo l'esecuzione di programmi in tutti i settori

³⁴ Sul punto cfr. la Risoluzione n. 132/09 della CITMA (Articolo 5) "Regolamento del processo di valutazione di impatto ambientale" che individua le opere e le attività soggette a valutazione di impatto ambientale.

³⁵ J. de Zsögön, Silvia, *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Tercera Edición, Madrid, 1991. C. Nila Haedo Gonzales, *La educación ambiental a Cuba*, La Habana, 2003.

dell'economia e servizi, gruppi sociali e popolazione in generale. Una disposizione di particolare interesse nel settore della educazione eco-sostenibile è prevista nell'art. 49 secondo cui il Ministero della Pubblica Istruzione, in coordinamento con altri organismi e agenzie competenti devono migliorare continuamente l'introduzione della materia ambientale nel sistema educativo nazionale con la possibilità di istituire corsi ufficiali su questioni ambientali, a cui sarà obbligatorio inviare per l'esecuzione o l'esecuzione di determinate funzioni o attività (art. 56).

8. Diritti e responsabilità ecologiche: la giustizia ambientale a Cuba

Come si è anticipato in precedenza, la nuova Costituzione del 2019 ha previsto, nel Capitolo IV dedicato ai *Doveri*, alcune responsabilità ambientali, precisando nell'art. 90, che l'esercizio dei diritti e delle libertà previste dalla Costituzione implicano talune responsabilità e tra queste possono ben farsi rientrare i doveri ambientali di protezione della natura e di sviluppo sostenibile.

In questa cornice è necessario ricostruire il regime della responsabilità ambientale riconosciuto dalla dottrina come uno degli strumenti di politica e gestione ambientale oltre che come meccanismo per garantire la protezione dell'ambiente.

La previsione della responsabilità ambientale è strettamente legata al riconoscimento del godimento di un ambiente sano come un diritto soggettivo e fondamentale. La responsabilità ambientale si è tradizionalmente manifestata attraverso tre modalità: una responsabilità amministrativa, una responsabilità civile e una responsabilità penale, ciascuna con i rispettivi regimi giuridici. In questo quadro l'ordinamento cubano ha ritenuto perseguibile le condotte contro l'ambiente rilevanti in sede civile, penale e amministrativa.

La *responsabilità civile* per danni all'ambiente costituisce un aspetto di grande interesse; tuttavia la disciplina sulla responsabilità, come ha avvertito una parte della dottrina, presenta un *vulnus genetico*; si tratta di uno strumento che interviene quando il danno ambientale è già stato prodotto e quindi non svolge una funzione preventiva come avviene per altri strumenti di gestione ambientale³⁶.

La responsabilità civile come meccanismo di riparazione del danno ambientale trova la sua base giuridica nell'articolo 70 della Legge ambientale n. 81 del 1997. Questa disposizione stabilisce che qualsiasi persona fisica o giuridica che, a causa di una sua azione o omissione, provochi danni all'ambiente è destinata a porre fine al suo comportamento ed è tenuto a riparare i danni che ha provocato. Per comprendere la portata di questa norma, risulta necessario definire cosa si intende per danno ambientale. La definizione implica però di riconoscere una nozione olistica di ambiente (che comprende l'ambiente naturale e il costruito) inteso come qualsiasi perdita, diminuzione, deterioramento o danno significativo, prodotto all'ambiente o a uno o più dei suoi componenti in violazione di una norma o disposizione di legge (cfr. legge 81 del 1997). Secondo la legge cubana affinché si possa parlare di danno ambientali è necessario che:

- A. deve verificarsi la perdita, diminuzione, o deterioramento dell'ambiente o di uno dei suoi elementi;

³⁶ Lic. Daimar Cánovas González, *Dificultades y retos para la responsabilidad civil por dano ambiental*, in AA.VV. *Retos y tendencias del derecho ambiental contemporaneo*, La Habana 2011.

- B. la perdita, la diminuzione o il deterioramento dell'ambiente o di uno dei suoi elementi deve produrre un impatto ambientale negativo di rilevanza, basato sulla valutazione effettuata dallo stato attuale della scienza;
- C. ci sia la violazione di una norma o disposizione di legge.

La *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*³⁷, prevede che è la *Sala Económico del Tribunal Provincial Popular* del territorio in cui si è verificato l'evento ambientale chiamata a “conoscere e risolvere le controversie che sorgono a causa del mancato rispetto delle norme sulla protezione ambientale e sulle risorse naturali, o relative a danni ambientali derivanti da attività economiche svolte da persone fisiche o giuridiche”³⁸. I soggetti autorizzati a richiedere il risarcimento del danno ambientale sono riconosciute nell'articolo 71.

Il legislatore cubano ha concesso l'accesso alla giustizia solo tramite questo percorso per le ipotesi che emergono nell'esercizio di un'attività economica che causa un danno ambientale³⁹. Quando la controversia si pone al di fuori del contesto dello sviluppo di un'attività economica, si deve ricorrere alla giurisdizione civile ordinaria che richiede la prova dell'esistenza di un danno ambientale.

La *responsabilità amministrativa* di natura ambientale si concretizza quando la responsabilità ambientale deriva dalla violazione dell'obbligo di collaborare e ottemperare ad un atto amministrativo della Pubblica Amministrazione, concretizzando la violazione di una norma giuridico-amministrativa di natura ambientale da parte dei suoi destinatari. La responsabilità amministrativa ha una marcata natura punitiva e per essere esecutiva non è richiesto che vengano causati danni ambientali. In materia amministrativa, la norma ambientale stabilisce in primo luogo l'applicazione di sanzioni amministrative sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche che commettono una delle infrazioni previste dalle disposizioni in vigore⁴⁰.

Secondo la normativa vigente ciascun interessato potrà informare la Pubblica amministrazione di eventuali illeciti amministrativi senza onere di dimostrare un interesse specifico.

La legge n. 81, prevede all'articolo 68, l'ammenda come sanzione principale per la repressione del comportamento illecito, lasciando le sanzioni accessorie applicabili, a seconda dei casi, fatte salve le disposizioni del rimanente disposizioni legali vigenti⁴¹.

Il codice penale (Legge 62/87) cubano a cui fa riferimento la Legge n. 81 del 1997 sul *medio ambiente*, non prevede la previsione del cosiddetto reato ambientale (o reato ecologico), ma prevede solo alcuni comportamenti dannosi associati alla protezione della salute e all'economia nazionale. In questo modo possiamo verificare che il capitolo V del Codice penale, rubricato “Crimini contro la salute pubblica”, include la maggior parte dei comportamenti illeciti legati

³⁷ Cfr. Ley No. 741 de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico de 19 agosto de 1977, Gaceta Oficial Ordinaria No. 34 de 20 de agosto de 1977, actualizada en el 2004 y modificada por el Decreto-Ley No. 241, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 033 de 27 de septiembre de 2006.

³⁸ Cfr. Artículo 741.

³⁹ L'articolo 8 della legge ambientale definisce il danno ambientale come qualsiasi perdita, diminuzione, deterioramento o danno significativo, dedotto dall'ambiente o da uno o più dei suoi componenti, che viene prodotto in violazione di una norma o di una disposizione legale.

⁴⁰ Cfr. Artículo 67.

⁴¹ Cfr. Artículo 68.

all'ambiente⁴².

Il tema del crimine ecologico a Cuba oggi ha una dimensione costituzionale che sembrerebbe contrastare con le inadeguatezze del sistema punitivo in termini di sistematica, in relazione alle diverse aree di protezione, oltre che non corrispondenti alla richiesta della dottrina scientifica penale e di ampi settori relativi alla difesa dell'ambiente. In conformità con le disposizioni della legge n. 81, il decreto legge n. 200 sulle violazioni ambientali⁴³, prevede all'art. 17.1, l'azione delle autorità corrispondenti sulla base di una denuncia di parte. In questo senso, il fatto che il denunciante non sia obbligato a dimostrare di avere un interesse legittimo rispetto alla violazione è significativo: è sufficiente il fatto di conoscere l'esistenza dell'infrazione. Un'altra normativa di carattere amministrativo e contravvenzionale che assume rilievo nella materia ambientale è il Decreto 272 del 2001, "*De las Contravenciones en materia de Ordenamiento Territorial y de Urbanismo*", che, all'art. 1, stabilisce i comportamenti e le misure applicabili in tema di pianificazione territoriale e urbanistica.

La responsabilità ambientale penale, soprattutto a seguito della Conferenza di Stoccolma del 1972, ha segnato l'introduzione di vincoli interpretativi relativi al codice penale cubano per una serie di condotte criminali legate alla salute e all'ambiente⁴⁴. I crimini ecologici non qualificano, secondo l'attuale struttura della sostanziale norma penale, l'ambiente come un bene giuridico protetto dalla norma penale, essendo però dedotto in riferimento agli articoli corrispondenti alla sanità pubblica e in relazione alla sicurezza collettiva e all'economia nazionale. L'esclusione della tutela generale del bene "ambiente", confermerebbe una posizione antropocentrica, come ribadito nella Costituzione, in nome del popolo e a tutela dell'uomo.

786

La forza normativa del principio di responsabilità penale e relativa sanzione espressi nell'art. 75 della *Ley Organica* del 1997 sembrerebbe imporre però, nell'attesa di una auspicata riforma, la valutazione da parte del giudice delle conseguenze delle azioni o delle omissioni di ogni reato se minacciano la protezione dell'ambiente. Nell'attuale testo giuridico, viene inserito un titolo IX, sotto il titolo di *Reati contro l'ambiente*, in cui si raccolgono i seguenti capitoli e fattispecie di reato: Capitolo I - Inquinamento delle acque e dell'atmosfera (articolo 237), Capitolo II - Danni alle acque destinate al bestiame o al pollame (articolo 238), Capitolo III - Inquinamento delle acque territoriali (articolo 239), Capitolo IV - Violazione delle norme per la prevenzione e la lotta alle malattie e ai parassiti di animali e piante (articolo 240).

Tuttavia, una migliore protezione penale dell'ambiente non sta nell'includere questo nuovo titolo, ma nella valutazione del Codice penale nel suo insieme e che deve tener conto dell'ambiente come bene giuridico meritevole di autonoma protezione giuridica.

⁴² Cfr. Esp. Vivian Lourdes Abreu Lopez, MsC Rodolfo P. Ripoll Salcines, *La Protección ambiental en la sistemática del código penal cubano*, in AA.VV. *Retos y tendencias del derecho ambiental contemporáneo*, op. cit., 65.

⁴³ Il Decreto legge 200 del 1999 sulle contravvenzioni in materia ambientale costituisce una regolamentazione propriamente ambientale di natura generale.

⁴⁴ Cfr. I. Hernández Pozo, *Importancia de la Protección Penal del Medio Ambiente*, in *Revista Electronica de la Agencia de Medio Ambiente*, Cuba, 2005.

9. Brevi considerazioni conclusive

Le “conquiste ambientali” perseguite dalla nuova Costituzione cubana del 2019 consentono di giungere ad alcune brevi considerazioni.

La promozione dello sviluppo sostenibile, inteso come nuovo fine essenziale dello Stato socialista (art. 13) è la dimostrazione del passaggio da una visione nazionale e (minima) della tutela ambientale al carattere internazionale⁴⁵ (e dunque globale) delle future politiche ambientali. Ne è prova, altresì, la esplicita menzione nell’art. 16, in cui si chiarisce che la Repubblica di Cuba promuove la protezione e la conservazione dell’ambiente per “affrontare il cambiamento climatico”.

Nonostante la nuova tendenza internazionale della tutela ambientale, Cuba intende promuovere politiche di equità ponderata e l’istituzione di un ordine economico internazionale giusto ed equo, a cui deve fare da *pendant* l’eradicazione di modelli irrazionali di produzione e di consumo.

In questa cornice la nuova Costituzione, senza smarrire la fisionomia socialista e negando il modello capitalista, riconosce il primato della legge ed include nel “catalogo dei diritti umani” un diritto soggettivo all’ambiente (art. 75) come diritto-dovere di tutti a proteggere le risorse ambientali.

Aver collocato il diritto ambientale nel catalogo dei diritti (ricompresi nel Capitolo II del *Titolo V*, dedicato ai *Diritti, doveri e garanzie*) al pari di altri diritti - come il diritto alla vita (art. 46), il diritto di coscienza e di pensiero (art. 54), la libertà di riunione e di associazione (art. 56), il diritto al lavoro (art. 64), il diritto alla salute (art. 72) - costituisce una chiara indicazione del legislatore costituente il quale ha voluto consegnare al diritto all’ambiente sano una dignità particolare ed una più effettiva tutela giurisdizionale secondo le previsioni costituzionali (art. 92 e art. 99 della Cost.) e la legislazione nazionale di settore.

Non si può negare che negli ultimi trent'anni il costituzionalismo ambientale ha guadagnato terreno in varie costituzioni, in particolare nei testi costituzionali dell'America Latina, come la Costituzione brasiliana del 1988, la Colombia colombiana 1991 ed Ecuadoriana 2008.

Sul piano ambientale, una chiara manifestazione dell'impronta ecologica, è rinvenibile sul piano della tutela dell'acqua come diritto fondamentale. È chiaro che nelle questioni relative all'acqua come bene ambientale, la nuova Costituzione di Cuba assomiglia alla Costituzione boliviana, poiché tale testo costituzionale riconosce nell'articolo 20 che l'accesso all'acqua è un diritto umano fondamentale alla vita.

La Costituzione colombiana del 1991 si occupa più timidamente della protezione delle acque, stabilendo nell'articolo 366 che il bene generale e la migliore qualità della vita della popolazione sono fini sociali dello Stato, avendo come obiettivo fondamentale le soluzioni e le esigenze dei cittadini dello Stato.

La Costituzione ecuadoriana del 2009 afferma esplicitamente nell'articolo 12 il diritto all'acqua come fondamentale e indispensabile, come patrimonio nazionale strategico di uso pubblico, inalienabile, indispensabile, essenziale per la

⁴⁵ A tal riguardo sembra opportuno rammentare che tra i trattati internazionali a cui Cuba ha aderito vi sono la Convenzione delle Nazioni Unite che vieta qualsiasi forma di discriminazione razziale, ratificata nel 1972, la Convenzione delle N.U. per l’eliminazione di qualsiasi forma di discriminazione nei confronti delle donne, ratificata nel 1980, e quella sui diritti delle persone con disabilità, ratificata nel 2008.

vita. Conosciuta da molti come la "Costituzione verde", la Costituzione brasiliana, tuttavia, non ha riservato nel suo testo costituzionale alcun articolo che riconosce esplicitamente l'acqua come un diritto umano.

Si osserva che, in un certo senso, solo la Costituzione cubana ha positivizzato la necessità di conservare l'ambiente e prescrive la necessità di affrontare i gravi problemi dei cambiamenti climatici, riconoscendo che tale responsabilità è comune a tutti, anche se differenziata.

Alla luce di queste disposizioni, nella Costituzione cubana del 2019, in riferimento ai cambiamenti climatici, si deve considerare che il testo costituzionale può essere definito progressista e innovativo rispetto alle altre Costituzioni latino-americane. Secondo alcuni, tuttavia, molti di questi nuovi diritti appaiono ancora compromessi⁴⁶ da una visione ancora centralizzata.

Sul piano estetico-formale può dirsi, tuttavia, che la rivoluzione ecologica cubana sia iniziata. Cuba, infatti, è tra quei paesi (pochi) ad aver adeguato la *legge fondamentale* alle sfide del nuovo millennio e reso compatibile il testo con i documenti internazionali voluti dalle Nazioni Unite e che considerano il "cambiamento climatico" come nuova minaccia per la sopravvivenza della specie umana e l'equilibrio climatico come fine delle politiche ambientali.

La questione ambientale nella nuova Costituzione cubana assume una dimensione per, un lato, sopranazionale e, per l'altro, transgenerazionale; accanto al diritto dell'ambiente va delineandosi un diritto delle generazioni future che non è solo il diritto alla conservazione dell'ambiente, ma anche allo sviluppo economico, al lavoro, in altre parole, salvaguardare le aspettative dei futuri cittadini.

Bisognerà pertanto attendere la piena applicazione delle norme costituzionali da parte della legislazione statale e verificare l'effettiva portata dei diritti e dei doveri ambientali - meritevoli di riconoscimento e garanzia sul piano giurisdizionale - per affermare che anche a Cuba un nuovo "ambiente" come *diritto umano* sia realmente possibile.

Vincenzo Pepe
Dip.to di Scienze Politiche,
Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli"
vincenzo.pepe@unicampania.it

⁴⁶ Per esempio il diritto di associazione e libertà di pensiero sono limitati dall'imposizione del partito unico e dell'ideologia marxista leninista e dall'assenza del riconoscimento delle associazioni civili non dipendenti dallo Stato; il diritto alla libera espressione è limitato dalla concentrazione di tutti i media in mano allo Stato; il diritto alla libertà religiosa si limita all'ambito privato delle credenze religiose, ma non permette l'attività pubblica religiosa, il libero accesso ai mezzi di comunicazione, il possesso di proprietà, le attività educative, ecc". Sui limiti della Costituzione del 2019 si veda l'articolo *Cuba vota la nuova Costituzione. P. Cela (gesuiti): "Passi avanti e debolezze di un processo in costruzione"*, reperibile su www.agensir.it/mondo/2019/02/21/cuba-vota-la-nuova-costituzione-p-cela-gesuiti-passi-avanti-e-debolezze-di-un-processo-in-costruzione/.

Il controllo di costituzionalità

di Mauro Mazza

Abstract: The control of constitutionality – The Cuban experience of the control of constitutionality goes back a long way, and has placed itself in a vanguard position in Latin America since the Constitution of 1901. The system adopted was then that of the so-called mixed American Continental Model, and included in particular direct access to the control of constitutionality of the law in the form of the popular constitutionality action. The system was maintained and perfected under the 1940 Constitution, with the creation of the *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, established following the model of the Spanish Constitution of 1931. The institutional situation, of course, was profoundly innovated with the (“Fidel Castro’s”) Cuban Constitution of 1976 (inspired by the “Stalinist” Soviet Constitution of 1936), after the transitional period of the Batista regime (1952-1959), and was still maintained with the Constitution of 2019. The current system provides for political and non-judicial control of the constitutionality of laws and other legal regulations, entrusted to the National Parliamentary Assembly.

789

Keywords: Constitutional control; Mixed American Continental Model; Pre-socialist and socialist Cuba; Constitutional law; System of political self-control of constitutionality.

1. Le origini storiche del controllo di costituzionalità nel diritto cubano: la Costituzione del 1901 e la legge del 1903 sul diritto processuale costituzionale

La storia del diritto pubblico cubano ha conosciuto una pluralità di modelli o sistemi di controllo di costituzionalità delle leggi e degli altri atti giuridici normativi¹.

L'introduzione del controllo di legittimità costituzionale si ebbe con la Costituzione cubana del 1901², la quale coincide con la fondazione di Cuba quale Stato indipendente, sia pure sotto il protettorato statunitense. La scelta dei costituenti cadde sul modello accentrato (o concentrato) di controllo di costituzionalità, sulla scia di preesistenti esperienze dei Paesi dell'America latina. In particolare, i modelli del costituente cubano del 1901 furono, per un verso, le Costituzioni dell'Ecuador del 1869 e del 1878, nonché, per altro verso, la

¹ Nella dottrina cubana, l'opera di riferimento è A. Matilla Correa (comp.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1910-2008)*, Presentación di E. Ferrer Mac-Gregor e Prólogo di D. García Belaunde, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, 2009. V., altresì, il recentissimo contributo di C.M. Villabella Armengol, *El control de constitucionalidad en Cuba: reflexiones a tenor de la constitución de 2019*, in *Revista Cubana de Derecho*, n. 53, gennaio 2019, 32 ss.

² Cfr. C.M. Villabella Armengol, *El derecho constitucional cubano de 1812 al 2009: cánones, ciclos y modelos políticos*, in *Revista de Historia Constitucional*, n. 20, 2019, 877 ss.

Costituzione della Colombia del 1886. Specialmente la Colombia si era fino ad allora distinta nel panorama costituzionale latinoamericano, sotto il profilo ora in esame del controllo di costituzionalità. Questo perché nell'ordinamento colombiano fu prevista dalla *Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal* del 22 giugno 1850 l'azione popolare diretta di incostituzionalità, sebbene soltanto successivamente, vale a dire con la riforma costituzionale del 1910³, tale azione venne costituzionalizzata.

La circolazione dei modelli o sistemi di giustizia costituzionale nella seconda metà dell'ottocento in America latina era piuttosto intensa, e di essa si giovò il legislatore costituzionale cubano del 1901. Prevalgono nel contesto latinoamericano del tempo i modelli c.d. misti o ibridi (*Mixed American Continental Model*), che dunque non accoglievano *in toto* il modello americano di controllo di costituzionalità diffuso (*"American" Judicial Review Model*, inaugurato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America con il *Marbury Case* del 1803 e la *John Marshall's doctrine*), né il modello austriaco-kelseniano di sindacato accentratore di costituzionalità (*"Austrian" Continental – Constitutional Review Model*, ovvero *Kelsen's Model* del 1920, che interconnette il principio della supremazia della Costituzione con il principio della supremazia del Parlamento)⁴. Non si era ancora infatti, allora, «in un mondo in cui non sembra ormai più possibile alcuna classificazione dei modelli di giustizia costituzionale»⁵.

I sistemi menzionati erano, dunque, ibridi, nella misura in cui combinavano il sindacato accentratore di legittimità costituzionale con gli effetti *inter partes*⁶ della pronuncia costituzionale. Accanto al controllo di costituzionalità *a posteriori* (o successivo), le Costituzioni dell'Ecuador del 1869 e 1878, al pari della Costituzione della Colombia del 1886, contemplavano, altresì, il sindacato giudiziario di costituzionalità *a priori* (o preventivo). Il Tribunale Supremo, infatti, era competente a giudicare i conflitti tra poteri dello Stato, segnatamente nei casi in cui un progetto di legge, approvato dall'Assemblea legislativa, non era condiviso dall'Esecutivo oppure dal Capo dello Stato, con la conseguenza che, appunto, il Governo ovvero il Presidente della Repubblica investivano *ex ante* il Tribunale Supremo del compito di verificare se il testo legislativo licenziato dal Parlamento,

³ Adottata con legge costituzionale n. 3 del 31 ottobre 1910.

⁴ V. almeno, in una letteratura ovviamente sterminata, A. Vidaschi, *La giustizia costituzionale*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, II, Roma-Bari, Laterza, 2014, 2^a ed., 1087 ss. Da ultimo, cfr. P. Passaglia, *Il controllo di costituzionalità delle leggi e la contrapposizione tra garanzia giurisdizionale ordinaria e garanzia giurisdizionale speciale della costituzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, num. Speciale, 2019, 583 ss., il quale giustamente osserva (v. nt. 1) che «Una cernita delle classificazioni più significative sarebbe troppo arbitraria per risultare accettabile». Per una critica della dicotomia modello diffuso *versus* modello accentratore, v. specialmente L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015, nonché prima F. Fernández Segado, *La faille de la bipolarité "modèle américain – modèle européen" en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 2004, 471 ss. Sugli organi di giustizia costituzionale, considerati in una prospettiva sistemica, v. L. Mezzetti, E. Ferioli (cur.), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, Bonomo, 2018.

⁵ Così T. Groppi, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2-2019, spec. 411.

⁶ Ovvero, *in casu*.

ma non ancora entrato in vigore in assenza della sanzione del Capo dello Stato, fosse o meno conforme al dettato costituzionale. Ancora più “generoso” era, poi, il sistema di giustizia costituzionale delineato dalla *lex fundamentalis* del Venezuela del 1858, poiché tale *Carta Magna*⁷ stabiliva che qualsiasi cittadino, anzi meglio qualsiasi persona (*quivis de populo*), potesse presentare ricorso alla Corte Suprema per sindacare la legittimità costituzionale di una legge. Come bene è stato detto dall’insigne giurista messicano Héctor Fix-Zamudio⁸, in questi casi il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi veniva affidato in via esclusiva a un organo accentrato, ovvero il Tribunale o la Corte Suprema, sebbene però tali autorità non fossero caratterizzate da una competenza esclusiva, dal momento che si trattava degli organi di vertice del sistema giudiziario, competenti quindi (anche) per la generalità delle controversie sia civili che penali e amministrative, quantunque in certi casi fosse stata creata una sezione speciale (*recte*: specializzata) per il contenzioso costituzionale⁹.

Sulla scorta di queste risalenti esperienze latinoamericane di giustizia costituzionale, la Carta costituzionale di Cuba del 1901 aveva contemplato, all’art. 83, *sub* n. 4, il controllo di costituzionalità delle leggi, nonché dei decreti e dei regolamenti, con affidamento della relativa competenza al Tribunale Supremo¹⁰. In definitiva, il Tribunale supremo svolgeva, in base alla Costituzione del 1901, quattro funzioni fondamentali. Oltre al compito tradizionale di decidere i ricorsi per cassazione, il Tribunale Supremo era chiamato a risolvere i conflitti di competenza eventualmente insorti tra gli organi giurisdizionali sotto ordinati; inoltre, il Tribunale Supremo era competente a decidere i conflitti tra lo Stato e gli enti territoriali, questi ultimi rappresentati da Province e Municipi (o Comuni).

Sul piano della normazione di rango primario, le modalità di accesso alla giustizia costituzionale davanti al Tribunale Supremo cubano furono disciplinate nel dettaglio dalla legge del 31 marzo 1903. Essa prevedeva due vie alternative per attivare il controllo della costituzionalità sia delle leggi che dei decreti e dei regolamenti.

In primo luogo, l’art. 4 della legge citata disponeva che le parti, nel corso di un giudizio civile, penale o del contenzioso amministrativo, potevano sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma, primaria o secondaria, che il giudice era chiamato ad applicare nel caso concreto. L’organo giurisdizionale adito, tuttavia, non sospendeva il procedimento, ma decideva in ordine alla questione di costituzionalità con la sentenza pronunciata al termine del giudizio. Spettava, a questo punto, alla parte sollevare la *quaestio legitimitatis*, già denunciata nel grado

⁷ O *Magno Texto*.

⁸ Il cui apporto alla giustizia costituzionale (o diritto processuale costituzionale, come si preferisce dire in America latina) è stato celebrato, per esempio, nel volume curato da L. Mezzetti, E. Ferrer Mac-Gregor, *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i suoi 50 anni di ricercatore di diritto*, Padova, Cedam, 2010.

⁹ Si vedano le (tuttora) fondamentali osservazioni di H. Fix-Zamudio, *Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina*, in AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas de Oca*, México, UNAM, 1995, 95 ss.

¹⁰ Cfr. A. Matilla Correa, *El control jurisdiccional de constitucionalidad en la Constitución cubana de 1901*, in A. Matilla Correa, E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, La Habana, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2012, 169 ss.

di giudizio ormai concluso, mediante la proposizione del relativo ricorso davanti al Tribunale Supremo. Questa via di accesso al giudizio di legittimità costituzionale innanzi al Tribunale Supremo era denominata ricorso per cassazione¹¹, come ebbe ad affermare espressamente il *Tribunal Supremo* nella decisione n. 76 del 18 giugno 1943¹².

In secondo luogo, veniva in considerazione il rimedio costituzionale contemplato dall'art. 8 della legge 31 marzo 1903. La norma stabiliva che qualsiasi persona (*quivis de populo*) avesse ricevuto da una autorità amministrativa, di livello tanto nazionale che provinciale o municipale/comunale, la notificazione di un atto o provvedimento che implicava l'applicazione di una disposizione ritenuta dal destinatario in contrasto con la Costituzione, entro il termine di cinque giorni dalla notificazione medesima poteva contestare alla stessa autorità amministrativa procedente la volontà di adire il Tribunale Supremo per far valere la ritenuta incostituzionalità della norma applicata. Date le caratteristiche dell'istituto previsto dall'art. 8 della legge sopra menzionata, si comprende agevolmente come la seconda via di accesso al giudizio di costituzionalità degli atti giuridici normativi fosse conosciuta come ricorso di tipo amministrativo per il controllo di costituzionalità¹³.

La legge cubana del 31 marzo 1903 prevedeva, dunque, sia un accesso indiretto alla giustizia costituzionale, in relazione cioè a un giudizio concreto definito dal giudice, sia un accesso diretto nella forma dell'azione popolare di costituzionalità. La giurisprudenza costituzionale del Tribunale Supremo ebbe, comunque, occasione di chiarire che, in ogni caso, era necessario che il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, ovvero dei decreti e dei regolamenti fosse effettuato in relazione a casi concreti, escludendosi la prospettazione di questioni di costituzionalità teoriche. Ciò è di speciale rilevanza per la seconda delle vie di accesso alla giustizia costituzionale, così come previste dalla legge del 1903. Se, infatti, il cittadino, o, meglio, la persona, poteva rivolgersi al Tribunale Supremo per la decisione di una questione di legittimità costituzionale unicamente sostenendo di essere stato leso, nella sua posizione giuridica soggettiva, da un atto o provvedimento amministrativo, ne discende che la legge del 1903, come interpretata e applicata dal Tribunale Supremo, in verità non introduceva una garanzia generale della legittimità costituzionale, poiché anche ai sensi dell'art. 8, come in base all'art. 4, della legge del 1903 la parte che adiva il Tribunale Supremo per decidere la questione di costituzionalità doveva dimostrare di essere titolare di un diritto e/o interesse direttamente leso dalla norma (legislativa o regolamentare) di cui contestava la compatibilità con la Costituzione. Il ricorso di (in)costituzionalità presentato in via diretta non poteva, dunque, essere diretto alla "depurazione" (teorica) dell'ordinamento giuridico, ma doveva invece essere correlato alla tutela di una (concreta) posizione giuridica soggettiva. In tal senso stabilirono, *inter alia*, le sentenze del Tribunale Supremo n. 23 del 28 marzo 1935,

¹¹ *Recurso de casación*.

¹² Pubblicata in *Revista Cubana de Derecho*, a. XVII (3^a nuova serie), n. 2, aprile-giugno 1943, 234 ss.

¹³ Si veda E.G. Merino Brito, *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, La Habana, Cultural, 1938.

e n. 44 del 4 ottobre dello stesso anno¹⁴.

Sul piano degli effetti delle pronunce del Tribunale Supremo che avessero accolto la questione di legittimità costituzionale, bisognava ai sensi della Costituzione del 1901 e della legge del 1903 operare alcune distinzioni. Qualora, infatti, la legge contestata avesse – nell’opinione dei magistrati del Tribunale Supremo in qualità di giudici del contenzioso costituzionale – sminuito o alterato l’esercizio dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, allora la sentenza di incostituzionalità produceva effetti *erga omnes*.¹⁵ In tutti gli altri casi, però, la pronuncia di accoglimento della questione di legittimità costituzionale aveva effetti unicamente *inter partes*.

2. Segue: le vicende successive, nel vigore della Costituzione del 1901 (riforme del 1922, 1934, 1935)

La duplicità dei possibili effetti delle sentenze che accoglievano le questioni di legittimità costituzionale, nel senso che essi erano suscettibili di prodursi sia *erga omnes*, in certi casi, sia *inter partes*, nella maggiore parte delle ipotesi¹⁶, venne generalmente ritenuta non soddisfacente, e anzi meritevole di riforma. Venne, così, adottata la legge 17 marzo 1922, che agli art. 2, 3 e 4 stabiliva una disciplina dettagliata dell’efficacia della sentenza di incostituzionalità¹⁷. Rovesciando l’impostazione precedente, la sentenza che accerta l’illegittimità costituzionale aveva ora, sulla base della legge del 1922, l’efficacia ordinariamente *erga omnes*, a condizione che il ricorso al Tribunale Supremo fosse stato presentato al solo fine di sollevare la questione della conformità della norma impugnata alla Costituzione, e che, inoltre, la disposizione censurata dall’organo di giustizia costituzionale non potesse neppure in parte restare in vigore senza la parte “amputata” dalla pronuncia di incostituzionalità. D’altro canto, la legge del 1922 consentiva anche al Tribunale Supremo di Cuba di stabilire che, per speciali ragioni che il Tribunale medesimo era tenuto a indicare nella sentenza, le disposizioni incostituzionali potevano eccezionalmente continuare a essere applicate. Come si vede, dunque, la pronuncia di incostituzionalità da parte del Tribunale Supremo manteneva un contenuto estremamente flessibile, anche a seguito della riforma, pur fondamentale, del 1922. Ciò è ancora più vero se si tiene conto di quanto disponeva l’art. 4 della legge da ultimo menzionata. Ed infatti, tale norma prevedeva che, per le disposizioni di rango sublegislativo nella gerarchia delle fonti del diritto, vale a dire i regolamenti, i decreti e le risoluzioni di carattere normativo generale¹⁸, la

¹⁴ Cfr. F. Fernández Segado, *La Justicia Constitucional en Cuba (1901-1952)*, in R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi (cur.), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli. Giornate di Diritto e Storia costituzionale «Atelier 4 luglio - G.G. Floridia»*, III, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 309 ss., e *ivi* spec. 323-324 (testo e nt. 22-23).

¹⁵ Le leggi, in questo caso, erano da considerare nulle (letteralmente, «affette da nullità»).

¹⁶ Come si è visto nel paragrafo precedente, in fine.

¹⁷ C.d. pronuncia costituzionale demolitoria. Nella letteratura cubana, v. A. Portas Rodríguez, *El alcance del recurso de incostitucionalidad*, in *Revista Cubana de Derecho*, a. IX, n. 3, luglio-settembre 1932, 195 ss.

¹⁸ L’elencazione, peraltro, non era da considerare esaustiva, essendo al contrario estesa anche ad

cui contrarietà con la Costituzione o le leggi fosse stata accertata dal Tribunale Supremo, non perdevano immediatamente efficacia. Era, infatti, necessario che il Tribunale Supremo, giudice della legittimità costituzionale, si fosse pronunciato sulla incostituzionalità della disposizione almeno due volte, in modo da determinare l'obbligo per l'autorità competente a modificare il regolamento, il decreto o la risoluzione, nella parte dichiarata incostituzionale¹⁹, a provvedere in tale senso. In tutti questi casi, e cioè fino alla eventuale terza sentenza conforme di incostituzionalità pronunciata dal Tribunale Supremo, l'effetto della sentenza era soltanto *inter partes*. Se, però, l'autorità/organo competente a modificare l'atto normativo sublegislativo di carattere generale non vi avesse provveduto dopo la terza decisione di incostituzionalità pronunciata dal Tribunale Supremo, allora si sarebbe prodotto l'effetto *erga omnes*, peraltro non subito ma soltanto dopo che fossero decorsi venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale²⁰ della sentenza che accertava (nuovamente) l'illegittimità costituzionale della disposizione *de qua*. In ogni caso, come evidenziato dalla migliore dottrina costituzionale cubana, l'innovazione introdotta dalla legge del 1922, rispetto al sistema preesistente, è da valutare (anche retrospettivamente) con favore²¹.

794

Sequirono alcuni tentativi di riforma del sistema cubano di giustizia costituzionale. In particolare, il progetto di riforma costituzionale del 1928 prevedeva due innovazioni. Per un verso, veniva contemplata l'azione pubblica di incostituzionalità²², volta a fare accertare la contrarietà alla Costituzione di una disposizione normativa per iniziativa di cinquecento cittadini (sottoscrittori del ricorso). Per altro verso, si prevedeva che la pronuncia di incostituzionalità producesse effetti immediatamente *erga omnes* se adottata all'unanimità dal collegio giudicante, mentre sarebbe stata necessaria una c.d. doppia conforme – ossia, almeno due pronunce di incostituzionalità emanate dal Tribunale Supremo sulla stessa disposizione normativa contestata – perché si avessero gli effetti della pronuncia *erga omnes*. Le modificazioni del contenzioso costituzionale contemplate dal progetto di riforma costituzionale del 1928 non furono, però adottate in via definitiva dal Parlamento.

Esse, tuttavia, fornirono almeno in parte elementi utili per la di poco successiva riforma della giustizia costituzionale, che venne approvata con la legge costituzionale del 3 febbraio 1934. Tre furono le importanti innovazioni introdotte nel 1934. In primo luogo, recependo la proposta già formulata nel 1928 concernente l'azione pubblica di incostituzionalità, fu prevista tale forma di azione, ma con significative modificazioni rispetto alla disciplina contenuta nel progetto di riforma costituzionale del 1928. Questo perché l'azione pubblica di

«altre disposizioni».

¹⁹ Ovvero in tutto, a seconda del contenuto della pronuncia di incostituzionalità

²⁰ *Gaceta Oficial*.

²¹ Si veda A. Matilla Correa, *La ley de 17 de marzo de 1922: un paso de avance en el régimen jurídico del control jurisdiccional en Cuba*, in A. Matilla Correa, O.M. Álvarez Torres, I Martínez Montenegro (coords.), *Temas de Historia del Derecho y Derecho Agrario*, La Habana, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2013, 208 ss.

²² *Acción pública de inconstitucionalidad*.

incostituzionalità poteva essere promossa davanti al Tribunale Supremo per iniziativa di non meno di venticinque cittadini che avessero sottoscritto il relativo ricorso²³. In secondo luogo, si stabilì con la legge costituzionale del 1934²⁴ che fosse consentito al cittadino²⁵ di presentare il ricorso costituzionale direttamente al Tribunale Supremo, ogniqualvolta egli volesse per fare accertare che una norma ha l'effetto di sminuire i diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti. In terzo luogo, non certamente in ordine di importanza, la legge costituzionale del 1934 chiariva definitivamente la situazione in ordine alla produzione dell'efficacia delle sentenze di incostituzionalità pronunciate dal Tribunale Supremo, nel senso che esse avevano ormai efficacia *erga omnes*. Anche da quest'ultimo punto di vista, dunque, venne in parte ripreso il contenuto del progetto di riforma costituzionale del 1928, ma ampliandolo e, così, generalizzando la regola dell'efficacia *erga omnes* della pronuncia di incostituzionalità.

Avvertendosi l'esigenza di riordinare la materia, ormai stratificatasi nel tempo, fu quindi adottata la legge costituzionale dell'11 giugno 1935, che edificava il sistema cubano di giustizia costituzionale non soltanto, ovviamente, sulla Costituzione del 1901, ma anche sulle previsioni normative, trasfuse nella legge costituzionale del 1935, precedentemente adottate nel 1922 e già prima transitate, con le modificazioni sopra viste, nella legge costituzionale del 1934.

3. Segue: la Costituzione cubana del 1940 e il *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*

Un significativo cambio di passo si ebbe a Cuba con l'adozione della *Carta Magna* del 1940²⁶, la quale viene comunemente indicata come una tappa fondamentale nello sviluppo del costituzionalismo sociale in America latina nella prima metà del secolo scorso. La Costituzione del 1940 contempla, nelle sezioni III e VII del titolo XIV concernente il potere giudiziario, quello che può essere considerato il primo organo di giurisdizione costituzionale dell'America latina, rappresentato dal *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales* (TGC)²⁷. In verità, esso costituiva

²³ Come si ricorderà (v. *supra*, in questo paragrafo) il progetto del 1928 richiedeva un numero ben maggiore di cittadini sottoscrittori del ricorso di costituzionalità, vale a dire (ben) cinquecento. Per la soluzione accolta, sul punto specifico, dalla legge del 1934, v. J. Garcerán de Vall y Souza, *El proceso de inconstitucionalidad*, La Habana, Librería Martí, 1947, 437, nonché, per una lettura "a caldo" della riforma, E. Hernández Corujo, *La acción pública en materia de inconstitucionalidad en Cuba*, La Habana, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca, 1935.

²⁴ Esattamente, all'art. 38.

²⁵ Cfr. G. de Montagú, *El recurso de inconstitucionalidad de un solo ciudadano*, in Id., *El Poder Judicial y la Constitución y otros estudios*, La Habana, Cultural, 1951, 13 ss. (precedentemente pubblicato, con il titolo *El recurso de un solo ciudadano*, in *Repertorio Judicial - Órgano Oficial de la Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial*, a. XXIV, n. 1, gennaio 1948, 4 ss.).

²⁶ Sul sistema istituzionale delineato dalla Carta costituzionale del 1940, v. R. Arechavaleta, C. Manuel, *La democracia republicana en Cuba, 1940-1952. Actores, reglas y estrategias electorales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017; J.C. Guanche, *La Constitución de 1940: Una reinterpretación*, in *Cuban Studies*, n. 45, 2017, 66 ss., e prima F. Álvarez Tabío, *Teoría General de la Constitución cubana*, La Habana, Montero, 1946.

²⁷ Si vedano: M. Nin y Abarca, *El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940*, in *Revista Cubana de Derecho*, a. XV (4ª nuova serie), n. 4, ottobre-dicembre 1941, 485 ss.; E. Maza, *El recurso de inconstitucionalidad: sus fuentes actuales*, *ivi*, a. XVIII (4ª nuova serie), n. 2, aprile-giugno 1944,

una Sezione (o Sala) del Tribunale Supremo di Giustizia, secondo l'art. 172 della Costituzione cubana del 1940.

L'organo cubano di giustizia costituzionale istituito nel 1940 traeva spunto, sul piano comparativo, dal *Tribunal de Garantías Constitucionales* creato dalla Costituzione spagnola del 1931²⁸, sebbene vi fosse una rilevante differenza, dal momento che in Spagna, a differenza che a Cuba, la giurisdizione costituzionale era indipendente dal potere giudiziario. D'altro canto, la soluzione cubana ha avuto una certa fortuna, sia pure con adattamenti, nel contesto latinoamericano. Viene in considerazione, sotto il profilo particolare della circolazione del modello cubano, la previsione contenuta nella Costituzione della Colombia del 1968, secondo cui è istituita nell'ambito della Corte Suprema una Sezione (*recte*: Sala) costituzionale, la quale peraltro, diversamente da quanto accadeva nell'ordinamento costituzionale cubano, non decideva direttamente sui ricorsi in materia di legittimità costituzionale, ma si limitava invece a svolgere una funzione consultiva, ovvero di supporto, in favore del *Pleno* della Corte Suprema, essendo appunto quest'ultimo l'organo giurisdizionale esclusivamente competente a pronunciare le sentenze sulla costituzionalità o meno degli atti giuridici normativi.

Sebbene, dunque, il *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales* facesse parte del Tribunale Supremo di Cuba, tuttavia esso godeva di una posizione *sui generis* e di larga autonomia. Da un lato, disponeva di una denominazione *ad hoc*, quale Tribunale e non semplicemente Sala come avveniva per le altre *Salas* del Tribunale Supremo²⁹. Dall'altro lato, l'autonomia era non soltanto di forma ma anche di sostanza. La disciplina relativa al *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales* era, infatti, contenuta non nella legge generale sul potere giudiziario³⁰, ma nella legge speciale concernente il TGC. Si trattava, in particolare, della legge del 31 maggio 1949, n. 7³¹, la quale all'art. 7 modificava la legge generale sul potere giudiziario, cosicché la LOPJ prevedeva (dopo la citata modifica del 1949) all'art. 21 le tre *Salas* civile, penale a contenziosa-amministrativa del Tribunale Supremo,

139 ss.; Id., *El recurso de inconstitucionalidad: contribución al estudio de la acción, ibidem*, a. XVIII (4^a nuova serie), n. 4, ottobre-dicembre 1944, 289 ss.; J. Clemente Zamora, *La defensa de la Constitución en la legislación cubana*, in *Revista Mexicana de Derecho Público*, tomo I, vol. 2, ottobre-dicembre 1946, México, 115 ss.; D. García Belaunde, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 4, 2000, 125 ss. In Italia, v. G. Rolla, *L'evoluzione del costituzionalismo in America Latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in *Studi urbinati (A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche)*, vol. 61, n. 4, 2010, 575 ss., per il quale il TGC rappresentò «il prototipo del controllo accentratore nel continente americano» (cfr. 584).

²⁸ Cfr. P. Álvarez Bertrand, *El Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de tutela de los derechos fundamentales*, Oviedo, KRK Ediciones, 2017.

²⁹ Le *Salas* del Tribunale Supremo cubano erano competenti, rispettivamente, per le cause civili, per le quelle penali, nonché per il contenzioso amministrativo e per le liti concernenti le «discipline speciali». Nella denominazione in lingua castigliana, le *Salas* erano: *Sala de lo Civil*, *Sala de lo Contencioso-Administrativo* y de *Leyes Especiales*, *Sala de lo Criminal*.

³⁰ *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ).

³¹ LTGC. Su di essa, v. A. Lazcano y Mazón, *Comentarios a la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, Prólogo di W. Albanese, La Habana, Librería Selecta, 1949; F. Fernández Segado, *El control de constitucionalidad en Cuba. Introducción a la Ley núm. 7, de 1949, de creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 5, 2001, 669 ss.

ma non invece la Sala/Sezione del contenzioso costituzionale (disciplinata – come appena detto – separatamente).

Accanto a elementi che costituivano altrettanti aspetti dell'autonomia del *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales* cubano in seno al Tribunale Supremo ve ne erano, però, altri che tale autonomia finivano per affievolire. Ciò vale in special modo per il fatto che i giudici del contenzioso costituzionale non erano in verità specializzati nella trattazione e decisione di siffatte controversie, nel senso che venivano in primo luogo scelti con le medesime modalità previste per gli altri magistrati assegnati all'organo di vertice del sistema giudiziario cubano. Essi, infatti, erano nominati dal Presidente della Repubblica, il quale sceglieva ciascuno dei membri del Tribunale Supremo entro una rosa di nove candidati, che a loro volta venivano individuati da uno speciale Collegio elettorale, formato complessivamente da nove componenti, designati in numero di quattro dal *Pleno* del Tribunale Supremo, in numero di tre dallo stesso Capo dello Stato e i rimanenti due dalla Facoltà giuridica dell'Università della capitale (L'Avana). Secondariamente, anche durante l'esercizio delle loro funzioni istituzionali i membri della Sezione/Sala costituzionale del Tribunale Supremo dovevano in effetti occuparsi anche della decisione di controversie aventi natura non costituzionale, come accade per le vertenze in tema di diritti sociali³². La composizione del TGC era, comunque, in parte diversa per la risoluzione delle controversie costituzionali rispetto a quelle sociali, dal momento che nel primo caso il collegio giudicante, formato da cinque giudici, era presieduto dal Presidente del Tribunale Supremo.

Le attribuzioni del *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales* erano ampie, nonché in buona parte derivanti dalla previgente normativa sul controllo giudiziario di costituzionalità degli atti giuridici normativi. Esse riguardavano l'accesso al giudizio di costituzionalità sia diretto che incidentale. Le previsioni della Costituzione del 1940, attuate, integrate e completate dalla legge n. 7 del 1949, contemplavano l'attivazione del controllo di costituzionalità da parte della Sezione/Sala costituzionale del Tribunale Supremo in ipotesi di (asserita) violazione, riduzione o modificazione di diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti, su iniziativa del soggetto che lamentava tale violazione (o riduzione/modificazione). Oltre al ricorso in via diretta, il controllo di costituzionalità della Sala costituzionale del Tribunale Supremo poteva essere richiesto dal giudice *a quo*, nel corso di un processo sia ordinario che speciale. Vi erano, poi, altre funzioni³³ della Sala costituzionale del Tribunale Supremo, rappresentate da: a) controllo sulla regolarità del procedimento di riforma costituzionale; b) controllo di costituzionalità dei regolamenti concernenti il procedimento legislativo³⁴; c) ricorso in materia di *habeas corpus*, esperibile davanti

³² Questo discende, del resto, dalla stessa denominazione del TGC.

³³ Sul tema v., in generale, le osservazioni di G.F. Ferarri, *Le forme di controllo di costituzionalità "anomale"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 351 ss.; Id., *"Altre" funzioni (Giustizia costituzionale: modelli, sistemi e funzioni)*, in Id. (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, UTET, 2010, 308 ss.

³⁴ *Id est*, i regolamenti parlamentari.

alla Sezione/Sala costituzionale contro decisioni di autorità giudiziarie private della libertà personale.

Ad uno sguardo complessivo, la disciplina, di livello sia costituzionale che legislativo ordinario, del *Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales* del 1940-1949 appare come un coerente sviluppo della regolamentazione contenuta nella legge del 1934 sul contenzioso costituzionale, sotto l'aspetto della legittimazione processuale³⁵, che ha conosciuto nella prima metà del secolo scorso un costante ampliamento, in conformità con il principio di politica costituzionale favorevole a rendere (sempre) più agevole l'accesso all'organo (accentrato) di giustizia costituzionale³⁶. Anche la previsione della generalizzata efficacia *erga omnes* delle pronunce di incostituzionalità, adottate dal TGC, si pone in linea di continuità con il graduale affermarsi di tale tipologia di effetti, a discapito di quelli (originari) prevalentemente *inter partes*³⁷. Le sentenze di incostituzionalità – sia totale che, eventualmente, parziale – del TGC accertavano (con effetto dichiarativo³⁸) la nullità delle disposizioni *de quibus*. Dal punto di vista comparativo, la disciplina cubana del controllo giurisdizionale di costituzionalità degli atti giuridici normativi, approvata tra il 1940 e il 1949, si avvicinava maggiormente al modello austriaco del 1920, piuttosto che a quello delineato dalla legge organica sul *Tribunal de Garantías Constitucionales* spagnolo del 14 giugno 1933, tenuto conto del fatto che nel primo caso, e non invece nel secondo, era stabilita l'efficacia *erga omnes* delle sentenze di incostituzionalità³⁹.

L'apogeo del controllo giudiziario di costituzionalità degli atti giuridici normativi fu raggiunto a Cuba negli anni quaranta del secolo scorso. A quel tempo, il sistema cubano di giurisdizione costituzionale era da considerare all'avanguardia non soltanto nel contesto latinoamericano, ma anche nei confronti dei Paesi europei. Il (brusco) declino era, però, in agguato. A seguito del colpo di Stato del generale Fulgencio Batista y Zaldívar⁴⁰, il TGC venne mantenuto in vita dalla

³⁵ Da intendere come legittimazione attiva.

³⁶ Già negli anni trenta del XX secolo, la dottrina cubana aveva rilevato che l'ampliamento della legittimazione processuale implicava un aumento dei ricorsi costituzionali e, conseguentemente, delle sentenze del Tribunale Supremo (che decidono le questioni di legittimità costituzionale). Cfr. E.G. Merino Brito, *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia: a partir de la promulgación de las leyes constitucionales de 3 de febrero de 1934 y 11 de junio de 1935, hasta la fecha*, La Habana, Cultural, 1938.

³⁷ V. *ante*, nei paragrafi 1-2.

³⁸ Non, dunque, costitutivo.

³⁹ Cfr., sul punto, il comma 2 dell'art. 42 della LO spagnola del 1933 sul *Tribunal de Garantías Constitucionales*.

⁴⁰ Nel 1952. Sul pensiero di Batista, come corrente ideologica, e il regime politico da lui fondato, cfr. S. Valdés Sánchez, *El proyecto reformista batistiano. 1934-1938*, in *Santiago. Revista de la Universidad de Oriente*, n. 81-82, luglio 1996-aprile 1997, 185 ss.; Id., *Fulgencio Batista: El poder de las armas (1933-1940)*, La Habana, Instituto de Historia de Cuba, Editora Histora, 1998; J.A. Tabares del Real, *Batista: contrarrevolución y reformismo. 1933-1945*, in *Temas. Cultura Ideología Sociedad*, n. 24-25, 2001, 66 ss.; K. Figueredo Cabrera, Katia, *La derecha hispano-cubana: de la realidad al mito (1936-1942)*, La Habana, Universidad de La Habana, 2011; Id., *Las estrategias de legitimación de la derecha hispano-cubana para con la España franquista: la acción y el discurso (1936-1939)*, in *Boletín Americanista* (Barcelona), n. 63, 2011, 145 ss.; J. Domínguez, *The Batista Regime in Cuba*, in H.E. Chehabi, J.J. Linz (Eds.), *Sultanistic Regimes*, Baltimore (MD), Johns Hopkins University Press, 1998, 113 ss., R. Whitney, *The Architect of the Cuban State: Fulgencio Batista and*

legge costituzionale del 4 aprile 1952, ma certamente non godette di prestigio presso la popolazione, essendo i suoi componenti esposti alla corruzione⁴¹. Come, infatti, è stato detto in dottrina, la presenza formale del TGC nell'ordinamento cubano in base alla legge costituzionale del 1952 rappresentò nulla più di un *juogo de artificio*.⁴² Seguì, dopo pochi anni, la presa di potere da parte dei ribelli socialcomunisti⁴³ nel 1959, con la conseguente adozione della legge fondamentale rivoluzionaria⁴⁴ del 7 febbraio 1959. Anche quest'ultima legge non abrogò espressamente il TGC, che però restò da allora sostanzialmente inoperante, fino a essere, infine, anche formalmente soppresso nel 1973⁴⁵. In particolare, nel vigore della legge fondamentale rivoluzionaria del 1959, il TGC emanò sì alcune decisioni, ma per affermare il carattere programmatico delle previsioni di rango costituzionale, che non sono applicabili – per il TGC – in assenza di una legge ordinaria attuativa del precetto costituzionale. Così era avvenuto con le pronunce costituzionali n. 2 del 5 maggio 1967⁴⁶, n. 5 dell'8 giugno 1966⁴⁷, n. 9 del 29 luglio 1966⁴⁸ e n. 12 del 9 dicembre dello stesso anno⁴⁹. Tuttavia, di contrario avviso fu la sentenza, rimasta peraltro isolata, del TGC n. 7 del 3 giugno 1969⁵⁰, la quale invece sostenne che le norme della legge fondamentale sono di applicazione diretta. Né mancarono, nella dottrina cubana, voci favorevoli al mantenimento nel sistema ordinamentale del ricorso di incostituzionalità⁵¹. In ogni caso, la Costituzione cubana socialista (e “castrista”) del 24 febbraio 1976, modellata sulla Costituzione sovietica “staliniana” del 1936, ignorò del tutto il TGC, ovvero qualsivoglia organo giurisdizionale che avesse funzioni analoghe, ponendo così fine all'esperienza cubana di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi.

Populism in Cuba, 1937–1940, in *Journal of Latin American Studies*, 2000, 435 ss. (con riguardo al c.d. populismo *cuban-style*); A. Annino, *La fine del populismo in Cuba, 1959*, in *Nova America*, 1979, n. 2, 305 ss. Lo stesso Batista espone in un libro le sue tesi (*Revolución social o política reformista*. La Habana, Prensa Indoamericans, 1944).

⁴¹ Si veda l'accurata ricostruzione storico-giuridica di D. García Belaúnde, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940–1952)*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), 2002, studio pubblicato anche in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 4, 2000, 125 ss., poi riedito (con ampie modificazioni) in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nuova serie, a. XXXVII, n. 109, gennaio-aprile 2004, 283 ss.

⁴² Cfr. D. García Belaunde, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940–1952)*, cit., 135.

⁴³ Aderenti al c.d. Movimento del 26 luglio (*Movimiento 26 de Julio*, M-26-7). Cfr. U. Melotti, *La rivoluzione cubana*, Milano, Dall'Oglio, 1967; S. Tutino, *L'Ottobre cubano. Lineamenti di una storia della rivoluzione castrista*, Torno, Einaudi, 1968; A. Annino, *Dall'insurrezione al regime. Politiche di massa e strategie istituzionali a Cuba 1953–1965*, Milano, Angeli, 1984.

⁴⁴ Legge Fondamentale del Governo Rivoluzionario, ovvero, meglio: Legge Fondamentale della Repubblica, promulgata dal Governo Rivoluzionario (sulla, almeno iniziale, “prudenza” sovietica nei confronti del Governo Rivoluzionario di Cuba, nonché della stessa rivoluzione castrista, v. O. Pappagallo, *op. cit.*, 140–141; R.F. Furtak, *op. cit.*, 99–105).

⁴⁵ Sulla base della legge n. 1250 del 23 giugno 1973.

⁴⁶ In *Boletín, Tribunal Supremo*, maggio 1967, 3.

⁴⁷ In *Boletín, Tribunal Supremo*, giugno 1966, 8–9.

⁴⁸ In *Boletín, Tribunal Supremo*, giugno 1966, 12.

⁴⁹ In *Boletín, Tribunal Supremo*, giugno 1966, 17.

⁵⁰ In *Boletín, Tribunal Supremo*, maggio-giugno 1969, 186–187.

⁵¹ Cfr. F. Álvarez Tabío, *El recurso de incostitucionalidad*, La Habana, Librería Martí, 1960 (l'autore era magistrato del Tribunale Supremo).

4. Il diritto socialista cubano e il controllo politico (concentrato) di costituzionalità delle leggi (Costituzioni del 1976 e 2019)

In conformità ai principi fondamentali dell'organizzazione dello Stato socialista⁵², nell'ordinamento cubano⁵³ il ruolo centrale in materia di controllo di costituzionalità viene svolto dall'Assemblea Nazionale del Potere Popolare⁵⁴. Ciò risulta dall'art. 108, lett. e), della Costituzione del 2019, non diversamente del resto da quanto stabiliva il previgente art. 75, lett. c), della Costituzione del 1976⁵⁵. In prima linea nella difesa della Costituzione e della costituzionalità delle leggi si trova, secondo la dottrina cubana, il popolo, il quale esercita tale difesa per il tramite dei propri rappresentanti, e quindi con l'intervento necessario del Parlamento nazionale⁵⁶. Anche dopo l'adozione della Costituzione del 2019, il cui contenuto è fin da subito stato approfonditamente illustrato all'estero (anche in Italia⁵⁷) da autorevoli esponenti del mondo giuridico cubano, i principi

⁵² Su cui v. P. Carrozza, *Il diritto socialista*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, I, cit., 629 ss.

⁵³ Brevi profili introduttivi si trovano in M. Azicri, *An Introduction to Cuban Socialist Law*, in *Review of Socialist Law*, 1980, 153 ss. (saggio disponibile nella trad. spagn., di H. Fix-Fierro, revisionata da H. Fix-Zamudio, *Introducción al derecho socialista cubano*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 41, 1981, 557 ss.), e in H.J. Berman, R. van Whiting, Jr., *Impressions of Cuban Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1980, 475 ss. *Adde*, ovviamente, i contributi contenuti nel presente volume.

⁵⁴ *Asamblea Nacional del Poder Popular* (ANPP). Sull'eccezionalismo cubano *in subiecta materia*, cfr. D.M. Brinks, A. Blass, *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance, and Judicial Design*, New York, Cambridge University Press, 2018. Nella dottrina cubana, v. L. Pérez Hernández, *El control constitucional de leyes y disposiciones normativas en Cuba*, in A. Matilla Correa (comp.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1910-2008)*, cit., 575 ss.

⁵⁵ Modificata nel 1978, 1992 e 2002. Cfr., per tutti, A. Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, La Habana, UNIJURIS, 2016. Sulla revisione del 2002, v. N. Vizioli, *Cuba. Una riforma costituzionale rende irrevocabile la scelta socialista*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 980-981.

⁵⁶ V., in tal senso, M. Prieto Valdés, L. Pérez Hernández, *El control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos. Sus formas en Estados Unidos y Cuba*, in L. Pérez Hernández, M. Prieto Valdés (comps.), *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, La Habana, Varela, 2004, 376 ss.

⁵⁷ Tra le prime iniziative in ordine di tempo, si segnalano le conferenze tenute da Yamila González Ferrer, vicepresidente dell'Unione Nazionale dei Giuristi di Cuba, dal titolo *La nuova costituzione cubana e il referendum popolare del 24 febbraio* e *La nueva constitución cubana*, organizzate dal Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università statale di Milano il 13-5-2019 (proponente prof.ssa Miryam Iacometti) e dal Dipartimento di scienze politiche, giuridiche e studi internazionali dell'Università di Padova il 17-5-2019 (proponente prof. Sergio Gerotto), nonché le conferenze di Yan Guzman Hernández, docente di diritto costituzionale nell'Università dell'Avana, intitolate *La Constitución de Cuba de 2019: nueva perspectiva*, e *La nueva Constitución de Cuba*, svoltesi presso il Dipartimento di studi aziendali e giuridici/Gruppo di ricerca e formazione sul diritto pubblico europeo e comparato dell'Università di Siena il 13-6-2019 (proponente prof.ssa Tania Groppi), e il Dipartimento di scienze politiche/Scuola di scienze sociali dell'Università di Genova il 12-7-2019 (proponente prof. Lorenzo Cuocolo). A cavallo tra discipline pubblicistiche e privatistiche è stato il convegno internazionale *La riforma costituzionale della Repubblica di Cuba e il codice civile*, tenutosi l'11-4-2019 nel Dipartimento giuridico dell'Università del Molise (il vigente *Código Civil* cubano, adottato nel 1987, sostituisce il precedente d'impronta spagnola). Importante è stato, altresì, il convegno internazionale su *Codice civile e Costituzione, autonomia privata e programmazione nell'ordinamento socialista della Repubblica di Cuba*, tenutosi presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza» il 9-4-2019 (interventi, *inter alia*, di Ridola, Irti, Gambaro, Alpa, Mazzamuto, Schipani, Sica e Rescigno).

costituzionali e legali dell'ordinamento dello Stato caraibico sono conformi ai dettami del marxismo giuridico⁵⁸. Su questo punto concordavano, prima dell'approvazione della Costituzione del 2019, sia coloro che ritenevano opportuna una riforma totale della Costituzione, sia coloro che erano invece favorevoli soltanto a una riforma parziale⁵⁹.

Tanto premesso sul piano generale, la lett. e) dell'art. 108 della *Carta Magna* del 2019 dispone che spetta all'Assemblea Nazionale del Potere Popolare esercitare il controllo di costituzionalità non soltanto delle leggi, ma anche dei decreti-legge, dei decreti presidenziali, nonché di altri tipi di decreti e, comunque, delle disposizioni normative di carattere generale⁶⁰. Ne discende, *inter alia*, che nell'ordinamento cubano non è configurabile il controllo della incostituzionalità per omissione⁶¹.

Si tratta dell'impostazione classica degli ordinamenti socialisti/comunisti in materia di controllo di costituzionalità (ovvero, di legittimità costituzionale). Viene escluso il controllo giurisdizionale (esterno) della costituzionalità delle leggi e degli (altri) atti giuridici normativi, attribuendosi invece ogni competenza o funzione *de qua* al Parlamento, unico depositario della volontà popolare, in quanto democraticamente eletto dai cittadini, e quindi legittimato (nell'ottica del diritto socialcomunista) al controllo politico, o autocontrollo, della costituzionalità delle leggi, quale forma di controllo organico-funzionale. Come è noto, gli ordinamenti socialisti non accolgono il principio della separazione dei poteri⁶², che anzi viene da essi nettamente rifiutato o disconosciuto⁶³, in favore dell'opposto principio dell'unità del potere statale⁶⁴. Tutto il potere originario, di conseguenza, è devoluto dal popolo al Parlamento; le altre funzioni dello Stato, da quelle che in Occidente sono attribuite al potere esecutivo alle funzioni degli organi

⁵⁸ Per i profili storici, v. ampiamente A. Matilla Correa (coord.), *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. F. Álvarez Tabío*, La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba-UH Editorial, 2011.

⁵⁹ Sulle differenti posizioni, pre-riforma costituzionale, v. J.A. Fernández Estrada, *Una Constitución para Cuba: La necesidad de una nueva constitución: El enfoque técnico y el enfoque político*, in *Cuban Studies*, n. 45, 2017, 36 ss.

⁶⁰ Con esclusione, quindi, degli atti e/o provvedimenti amministrativi individuali e concreti.

⁶¹ Lo rileva puntualmente R.F. Peña Barrios, *Los mecanismos de control constitucional: un análisis desde y para Cuba con especial referencia a la inconstitucionalidad por omisión*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 4, n. 1, gennaio-aprile 2017, 87 ss., il quale osserva, altresì, che «*si la tutela constitucional es la primera garantía jurídica de los derechos esenciales para el hombre en cada sociedad, el control efectivo de la preservación de esta supremacía constituye la garantía de la garantía. Aceptando esta postura podemos entonces afirmar que el desarrollo en disposiciones especiales de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos, cuando estos remitan a aquellas, constituye un factor crucial para tutelar y garantizar lo enunciado por la norma suprema de todo ordenamiento jurídico*» (cfr. 105).

⁶² Uno dei cardini del costituzionalismo di matrice occidentale; si vedano, per esempio, le brevi ma efficaci considerazioni di V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, Roma, Roma TrE-Press, 2019, 2^a ed., 17 ss.

⁶³ V. il classico studio di P. Biscaretti di Ruffia, *Il «principio della divisione dei poteri» ed il suo netto disconoscimento negli ordinamenti costituzionali dello Stato sovietico*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, I, Milano, Giuffrè, 1957, 43 ss.

⁶⁴ Anche in questo caso disponiamo di un lavoro classico: P. Lavigne, *L'unité du pouvoir d'Etat dans la doctrine constitutionnaliste socialiste contemporaine*, in *Le Pouvoir. Mélanges offerts a G. Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, 599 ss. Con riferimento al diritto cubano, v. F. Raimundo Torrado, *El poder del pueblo y la unidad de poder*, in *Revista Cubana de Derecho*, n. 12, dicembre 1998, 136 ss.

giurisdizionali, sono nei Paesi socialisti espressione di semplici articolazioni funzionali dell'unitario potere statale. Questo principio fondamentale – l'unità del potere statale – si combina poi, nei sistemi socialcomunisti con altri principi che ne rappresentano altrettanti corollari. Vengono in considerazione il centralismo democratico e il principio c.d. della doppia subordinazione. Ciò significa che, in primo luogo, le decisioni adottate dagli organi assembleari di livello superiore sono vincolanti per le assemblee deliberative di livello gerarchico inferiore. In secondo luogo, gli organi ovvero le autorità non elettive di ciascun livello politico-amministrativo sono dipendenti, orizzontalmente, dagli organi elettivi che ne hanno designati/nominati i componenti, nonché sono altresì subordinati, questa volta verticalmente, agli organi o alle autorità del livello (immediatamente) superiore. Ne deriva una fitta rete di controlli e supervisioni, con il risultato complessivo e finale dell'assoluta priorità della posizione istituzionale del Parlamento – vale a dire, nel caso cubano, l'Assemblea Nazionale del Potere Popolare – rispetto a ogni altro organo o autorità dello Stato.

Dal punto di vista particolare del controllo di costituzionalità, esso si viene quindi a configurare quale un (auto)controllo politico da parte della stessa Assemblea Nazionale del Potere Popolare. Tale controllo è, inoltre, concentrato o accentrato, in quanto appunto devoluto unicamente al Parlamento nazionale. Il controllo di costituzionalità è, poi, sia preventivo che successivo, nel senso che viene effettuato dall'Assemblea Nazionale del Potere Popolare prima (*ex ante*) dell'approvazione definitiva della legge, ma può manifestarsi anche successivamente (*ex post*), nella forma di un controllo di costituzionalità sulla legge (o sugli altri atti giuridici normativi di portata generale) già entrati in vigore.

Se, dunque, l'Assemblea Nazionale del Potere Popolare esercita l'autocontrollo politico sulla costituzionalità delle leggi, essa si occupa anche di verificare la conformità alla Costituzione, come pure alle leggi, dei decreti-legge emanati dal Consiglio di Stato⁶⁵, secondo quanto dispone attualmente la lett. c) dell'art. 122 della Carta costituzionale del 2019. Tuttavia, tale forma di controllo (comunque politico) di costituzionalità non necessariamente deve qualificarsi come un controllo esterno, *id est* differente dall'autocontrollo, dal momento che il Consiglio di Stato costituisce l'organo permanente della stessa Assemblea Nazionale del Potere Popolare, di cui esercita le funzioni negli intervalli tra le sessioni⁶⁶ del *plenum* del Parlamento nazionale.

Con riguardo particolare alle modalità del controllo preventivo di costituzionalità svolto dall'Assemblea Nazionale del Potere Popolare, occorre fare riferimento agli art. 69 e 79 del regolamento parlamentare (interno) dell'Assemblea medesima⁶⁷. Essi contemplano due forme di controllo preventivo, esercitato quindi non sulla legge bensì sul progetto di testo legislativo. Da un lato, la Commissione parlamentare permanente per le questioni costituzionali e legali⁶⁸

⁶⁵ *Consejo de Estado*.

⁶⁶ Ordinarie e straordinarie, queste ultime convocate dal Consiglio di Stato come dispone la lett. d) dell'art. 122 della Costituzione del 2019.

⁶⁷ Approvato nel 1982 e successivamente più volte emendato.

⁶⁸ *Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos*.

deve rendere un parere preventivo obbligatorio sulla conformità alla Costituzione di ogni progetto di legge. In secondo luogo, anche la Commissione parlamentare permanente competente per materia potrebbe rilevare l'eventuale incompatibilità del progetto di legge con la Carta costituzionale⁶⁹.

Il controllo di costituzionalità è politico, ma viene esercitato non soltanto nella forma accentrata che vede protagonista l'Assemblea Nazionale del Potere Popolare. Per certi versi, infatti, il controllo di costituzionalità è diffuso, anche se sempre politico (non giurisdizionale). Ciò era sicuramente vero nel vigore della Costituzione del 1976, ma lo stesso accade sulla base dell'attuale Costituzione del 2019. Vengono in rilievo, sotto questo profilo, alcune disposizioni costituzionali.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 122, lett. h), i) e j), della Costituzione del 2019, il Consiglio di Stato può sospendere⁷⁰ i decreti presidenziali, decreti, decisioni e altre disposizioni normative generali che siano in contrasto con la Costituzione ovvero con le leggi, dandone quindi comunicazione all'Assemblea Nazionale del Potere Popolare durante la prima sessione parlamentare successiva alla sospensione disposta dal Consiglio di Stato⁷¹. Inoltre, il Consiglio di Stato può sospendere le decisioni e le disposizioni adottate dalle assemblee municipali del Potere Popolare, qualora le ritenga incostituzionali oppure non conformi alle leggi, ai decreti-legge, ai decreti presidenziali, ai decreti e altre disposizioni adottati dagli organi competenti, facendone comunicazione alla prima sessione utile dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare⁷². Infine, il medesimo Consiglio di Stato può revocare o modificare le decisioni e altre disposizioni emanate dai governatori o dai consigli provinciali, nelle ipotesi in cui – nell'opinione del Consiglio di Stato – esse contravvengano alla Costituzione, oppure a leggi, decreti-legge, decreti presidenziali, decreti e altre disposizioni adottati da un organo gerarchicamente superiore⁷³.

In secondo luogo, anche le assemblee municipali del Potere Popolare sono tenute a effettuare un controllo di costituzionalità e di legalità (socialista⁷⁴). Sulla base, infatti, delle lett. a) e l) dell'art. 191 della Costituzione, le assemblee municipali devono, innanzitutto, garantire il rispetto della Carta costituzionale e, inoltre, possono revocare o modificare le decisioni adottate dagli organi ovvero dalle

⁶⁹ L'importanza del regolamento parlamentare nella prospettiva del controllo di costituzionalità è stata opportunamente evidenziata da M. Prieto Valdés, *El sistema de defensa constitucional cubano*, in *Revista Cubana de Derecho*, n. 26, luglio-dicembre 2005, 25 ss., che parla di un controllo giuridico (anche se non, ovviamente, giurisdizionale) della costituzionalità dei progetti di legge. In ogni caso, il predetto controllo è *a priori* (cfr. M. Prieto Valdés, *Derecho Constitucional Cubano. Indicaciones Metodológicas*. Tema VII, *La Defensa de la Constitución, versión digital* nel sito della *Facultad de Derecho* della *Universidad de La Habana*, www.uh.cu/derecho, 2018). Dopo l'approvazione della Costituzione del 2019, è stata annunciata la prossima riforma del regolamento parlamentare (cfr. *Che la Costituzione nasca con leggi che facilitino la sua implementazione*, in *Granma*, 7-5-2019).

⁷⁰ Si tratta di un potere-dovere.

⁷¹ V. la lett. h) dell'art. 122 Cost. 2019.

⁷² Cfr. la lett. i) dell'art. 122 Cost. 2019.

⁷³ Si veda la lett. j) della disposizione costituzionale citata nelle due note che precedono.

⁷⁴ Nozione, quest'ultima, sulla quale v. M. Azicri, *A Cuban Perspective on Socialist Legality*, in *Review of Socialist Law*, 1980, 203 ss.

autorità subordinate alle assemblee municipali del Potere Popolare, nei casi eventuali di rilevato contrasto – da parte, appunto, delle assemblee municipali – dei provvedimenti amministrativi in questione con norme giuridiche di rango superiore.

Come si vede, il controllo di costituzionalità e di legalità⁷⁵ implica la partecipazione attiva, nonché “a cascata”, di una pluralità di organi politico-amministrativi, a partire dal Consiglio di Stato fino a scendere al livello di base, rappresentato dalle assemblee municipali del Potere Popolare.

Ma questo non è ancora tutto.

Un compito rilevante in tema di controllo di costituzionalità e di legalità viene, altresì, svolto dagli organi della Procura⁷⁶. Si tratta di una peculiare istituzione, la *Fiscalía General de la República* (FGR), che trova riscontro nell'esperienza della generalità dei Paesi socialisti, sia del passato che attuali, con particolare riguardo da quest'ultimo punto di vista della Repubblica Popolare Cinese⁷⁷. Ai sensi dell'art. 156, comma 1, della Costituzione cubana del 2019, la Procura deve assicurare la stretta osservanza⁷⁸ della Carta costituzionale, da parte degli organi dello Stato, degli enti e dei cittadini. I compiti istituzionali degli organi della Procura, distribuiti sui vari livelli (o anelli) dell'amministrazione pubblica cubana, sono dettagliatamente disciplinati dalla *Ley de la Fiscalía General de la República*, vale a dire la legge n. 83 dell'11 luglio 1997. In particolare, l'art. 8 della legge n. 83 del 1997 stabilisce quali siano le funzioni principali della Procura. La lett. a) dell'art. 8 dispone che spetta alla Procura assicurare il rispetto della Costituzione, delle leggi e delle altre disposizioni giuridiche da parte di organi e organismi statali, nonché degli enti economici e sociali come pure dei cittadini. La successiva lett. d) della disposizione da ultimo menzionata attribuisce ai procuratori (o pubblici ministeri) dello Stato la funzione di vigilare sul rispetto delle garanzie costituzionali e procedurali nelle indagini della polizia e nel processo penale. A sua volta, la lett. e) dell'art. 8 della legge ora in esame stabilisce che tra le funzioni principali della Procura vi è la formulazione di pareri giuridici, su richiesta dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare ovvero del Consiglio di Stato, in ordine alla compatibilità o meno con la Costituzione di leggi, decreti-legge, decreti e altre disposizioni normative generali.

La Procura svolge anche la funzione di *Ombudsman*. Essa, infatti, può indirizzare a organi e organismi dello Stato, d'ufficio o ad istanza di parte, delle risoluzioni con le quali raccomanda il ripristino della legalità costituzionale, eventualmente violata da atti e/o provvedimenti della pubblica amministrazione. La risoluzione della Procura non è giuridicamente vincolante; tuttavia, se non viene recepita l'indicazione formulata dalla Procura, quest'ultima potrà rivolgersi all'autorità gerarchicamente sovraordinata all'organo o funzionario inadempiente,

⁷⁵ Ovvero, di legittimità costituzionale.

⁷⁶ Nel vigore della Costituzione del 1976, v. L.B. Pérez Gallardo (coord.), *El Derecho en Cuba*, México-Madrid, UBIJUS-Reus, 2015, 192 ss.

⁷⁷ V., se vuoi, M. Mazza, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁷⁸ La disposizione costituzionale fa riferimento alla «conformità rigorosa» (*estricto cumplimiento*).

fatta salva l'instaurazione di un processo penale qualora ne ricorrano i presupposti di legge⁷⁹.

Nella misura in cui, in una democrazia socialista quale è attualmente l'ordinamento cubano, tutti gli organi dello Stato devono rispettare e attuare la Costituzione, secondo quanto dispone espressamente l'art. 7 della Carta costituzionale del 2019⁸⁰, anche i tribunali di giustizia sono tenuti alla stretta applicazione (non soltanto delle leggi, ma altresì) delle disposizioni costituzionali⁸¹. La portata di questa previsione, tuttavia, non deve essere esagerata. Questo perché, in effetti, gli organi giurisdizionali devono applicare la legge, senza poter esercitare il sindacato diffuso di costituzionalità della legge medesima (oltreché degli altri atti giuridici normativi). Il parametro al quale devono attenersi i magistrati è quello legislativo, non invece il livello costituzionale. Ciò risulta dalla lettura del combinato disposto degli art. 5 e 6 della Legge dei Tribunali Popolari⁸² n. 82 dell'11 giugno 1997⁸³, i quali, da un lato, stabiliscono l'obbligo dei tribunali di applicare, nella risoluzione delle controversie, la Costituzione e la legge, mentre, dall'altro lato, dispongono che, se

⁷⁹ Appare evidente l'influenza esercitata dal modello sovietico e poi russo, su cui v. A. Di Gregorio, *Un ombudsman sui generis?: la protezione dei diritti dei cittadini ad opera della Prokuratura in Russia, tra permanenza del modello sovietico ed elementi di originalità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 14-11 ss. Prima ancora, v. *si vis* M. Mazza, *Funzioni e poteri processuali della Prokuratura nel sistema sovietico*, memoria per il CNR (Roma), Pavia, 1988.

⁸⁰ Con riferimento alla "visione socialista" che richiede (anche) a Cuba l'osservanza della legge e della stessa Costituzione sia da parte degli organi dello Stato che dei cittadini v., nel vigore della precedente *lex fundamentalis* cubana, M. Ferrari Yaunier, *La legalidad como principio rector en la constitución cubana. Reflexionando sobre sus retos*, in *Revista Cubana de Derecho*, n. 50, luglio 2017, 39 ss.

⁸¹ Cfr. J.A. Méndes López, D. Cutié Mustelier, *La función de los tribunales de salvaguardar la Constitución*, in Matilla Correa (comp.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1910-2008)*, cit., 487 ss.

⁸² *Ley De Los Tribunales Populares*.

⁸³ La prima legislazione organica cubana-socialista sull'organizzazione del sistema giudiziario fu la legge n. 1250 del 23 giugno 1973 (*Ley de Organización del Sistema Judicial*), completata da tre regolamenti amministrativi (sulla potestà regolamentare nel diritto cubano, v. J.A. Quesada Pérez, *La potestad reglamentaria y su control en Cuba. Un análisis crítico del ejercicio y control de la potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico cubano*, Saarbrücken, Editorial Académica Española-EAE, 2015), rispettivamente dedicati ai tribunali popolari (reg. del 28 settembre 1973), alla Procura generale della Repubblica (reg. del 25 settembre 1973), nonché a studi legali collettivi (*Bufetes Colectivos*) e al codice di etica professionale degli avvocati (reg. del 24 gennaio 1974). Cfr. J. Lisbonne, *Le nouveau droit de la République de Cuba*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1976, 351 ss., spec. 352-353. La legge n. 1250 venne (abrogata e) sostituita dalla legge n. 4 del 10 agosto 1977 (*Ley de Organización del Sistema Judicial*), cui seguì la legge n. 70 del 12 luglio 1990 (*Ley de los Tribunales Populares*), e poi, in attuazione della *Ley de Reforma Constitucional* del 1992, la legge n. 82 (*Ley de los Tribunales Populares*) menzionata sopra nel testo. Per i profili storici del sistema giudiziario cubano, v. anche L. Salas, *Emergence and Decline of the Cuban Popular Tribunals*, in *Law & Society Review*, 1983, 587 ss.; J.I. Domínguez, *Cuba. Order and Revolution*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press (Harvard University Press), 1978, 249 ss. (*sub The Law and the Courts*); J. Berman, *The Cuban Popular Tribunals*, in *Columbia Law Review*, 1969, 1317 ss., circa la fase rivoluzionaria dei tribunali popolari, entrati in funzione nel 1964 (l'anno precedente erano iniziati gli studi preparatori per la loro creazione). Sul sistema attuale (post-Constituzione del 2019), v. A. Mantecon Ramos, *Giurisdizione e avvocatura a Cuba. La tutela giurisdizionale dei diritti in un nuovo ordine costituzionale*, relazione al convegno dal titolo *Codice civile e Costituzione, autonomia privata e programmazione nell'ordinamento socialista della Repubblica di Cuba*, cit.

i tribunali riscontrano violazioni legislative (pare di capire, anche della legalità costituzionale), non devono procedere direttamente ma segnalare la violazione in questione alla Procura Generale della Repubblica, per il seguito di competenza⁸⁴.

Apparentata al controllo di costituzionalità e di legalità è, infine, la funzione, attribuita al Consiglio di Governo⁸⁵ del Tribunale Supremo Popolare *ex art.* 148, comma 3, della Costituzione cubana del 2019, come anche viene affermato dall'art. 19, comma 1, lett. c), della Legge dei Tribunali Popolari⁸⁶, di assicurare l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali in materia di applicazione e interpretazione sia della Costituzione che delle leggi ordinarie, mediante l'emanazione di apposite determinazioni o istruzioni che hanno, per tutti i tribunali sotto ordinati, natura giuridica vincolante⁸⁷.

Ed allora, sono senza alcun dubbio da condividere le osservazioni, riferite al diritto costituzionale di Cuba (anche dopo l'adozione della Carta costituzionale del 2019), secondo cui «La mancanza di un Tribunale costituzionale e il dominio del Partito comunista sugli organi costituzionali (a cominciare dall'Assemblea nazionale), impediscono di leggere la nuova Costituzione cubana secondo i canoni del costituzionalismo liberale»⁸⁸. Sulla stessa linea interpretativa, si è affermato – tra i primi commenti al nuovo testo costituzionale cubano⁸⁹ – che si tratta di una Costituzione (quella del 2019) che «porta con sé i capisaldi del socialismo cubano»⁹⁰, sebbene con «novità riguardo a diritti civile ed economia»⁹¹, ovvero che è stata operata, con l'adozione della nuova *lex fundamentalis*, una mera “attualizzazione” del modello cubano⁹², che non intacca in alcun modo l'«ideologia di fondo» del Paese⁹³. La conferma, autorevole, viene dall'organo ufficiale del Comitato Centrale del

⁸⁴ Sulle funzioni *in subiecta materia* della Procura si è già detto in precedenza, in questo stesso paragrafo.

⁸⁵ *Consejo de Gobierno*.

⁸⁶ Citata innanzi, in questo paragrafo.

⁸⁷ Con importanti implicazioni, ovviamente, sul piano delle fonti del diritto.

⁸⁸ Così L. Cuocolo, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?*, Editoriale in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2019, n. 1, spec. XII.

⁸⁹ Si cfr. L. Amato, *La nuova Costituzione cubana, tra continuità e innovazione*, in *El Moncada. Periodico dell'Associazione Nazionale di Amicizia Italia-Cuba*, a. XXVII, n. 1, febbraio 2019, 9-10 (e v. già, dello stesso autore, *Progetto della Nuova Costituzione a Cuba: continuità e innovazione*, in *L'identità di Clio. Insegnare, comunicare, informare*, www.lidentitadiclio.com, 12-12-2018).

⁹⁰ V. L. Amato, *La nuova Costituzione cubana, tra continuità e innovazione*, cit., 9. Sul progressivo affermarsi della sinistra latinoamericana oltre al caso paradigmatico di Cuba, ossia sulla “svolta a sinistra” (*giro a la izquierda*), v. A. Somma, *Il diritto latinoamericano tra svolta a sinistra e persistenza dei modelli neoliberali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 57 ss. (nella sezione monografica, a cura dello stesso Somma, dal titolo *Dove va l'America Latina?*), che parla di un «insieme certo multiforme di esperienze», nel complesso definibili quali «postneoliberalismo», «neosviluppismo», o «socialismo del 21. Secolo» (v. 60), e inoltre L. Zanatta, *Storia dell'America Latina contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2019, 5^a ed., 233 ss., per un attento esame delle società latinoamericane nel nuovo millennio, tra futuro e *déjà-vu*, nonché prima *Les gauches en Amérique latine: un état des lieux*, n. tematico della *Revue internationale de politique comparée*, 2005, n. 3.

⁹¹ V. L. Amato, *op. loc. ult. cit.*

⁹² Cfr. S. Garnet, G. Varlex, *Une nouvelle Constitution succède à celle de 1976. Grand débat... à la cubaine*, in *Le Monde diplomatique*, giugno 2019, 20.

⁹³ Cfr. A. Del Guercio, A. Guida, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 2019, n. 1, spec. 55.

Partito Comunista di Cuba⁹⁴, *Granma*⁹⁵, dove si riferisce che, nelle parole pronunciate dal Presidente dell'Assemblea Nazionale del Potere Popolare, Esteban Lazo Hernández, durante la seconda sessione straordinaria della IX Legislatura dell'ANPP per la proclamazione della nuova Costituzione il 10 aprile 2019, la *Carta Magna* del 2019 è finalizzata a «costruire questa Cuba che è e sarà sempre socialista»⁹⁶. Ancora *Granma* ci informa che, nel corso della sessione di aprile 2019 dell'ANPP, si è ribadito che «la Rivoluzione continua in piedi e non si ferma. Non ci sono stati svenimenti, né passi indietro, né salti nel vuoto», e che inoltre «Cuba è socialista per decisione e convinzione sovrana. Cuba è martiana e fidelista»⁹⁷. Durante la medesima sessione parlamentare, nel commentare la nuova Costituzione il Primo Segretario del Partito Comunista di Cuba, Raúl Castro Ruz (fratello del defunto Fidel), ha sottolineato la «continuità» del testo costituzionale con il sistema istituzionale preesistente⁹⁸. In Italia, la FGCI ha infine affermato, trattando delle diverse «vie al costituzionalismo», che la riforma costituzionale cubana del 2019 «rappresenta un'importante esperienza di realizzazione di uno Stato socialista anche tramite il mezzo costituzionale»⁹⁹.

Sono state, dunque, completamente disattese le indicazioni, pure autorevolmente formulate in dottrina cubana¹⁰⁰, che auspicavano, nella prospettiva dell'approvazione (imminente) della nuova *lex fundamentalis* di Cuba, l'introduzione di un meccanismo (invero un poco complesso) di controllo di

⁹⁴ Su cui v. L. Zanatta, *Communist Party in Cuba*, in S. Pons, R. Service (eds), *A Dictionary of 20th-Century Communism*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2010, 1-2, e in precedenza, nella versione italiana del contributo, L. Zanatta, *Partito Comunista di Cuba*, in S. Pons, R. Service (cur.), *Dizionario del comunismo nel XX secolo*, II, Torino. Einaudi, 2007, 132 ss., nonché W. Leogrande, *The Communist Party of Cuba Since the First Congress*, in *Journal of Latin American Studies*, 1980, 397 ss.; F. Grobart, *El proceso de formación del PCC*, in *Cuba Socialista - Revista cuatrimestral teórica y política del Comité Central del Partido Comunista de Cuba*, dicembre 1981, 77 ss.; S. Xu, *Updating of the Socialist Model in Cuba: The Latest Development Between the 6th and the 7th Party Congress*, in *Estudios Latinoamericanos* (riv. bim edita dall'Istituto di studi latinoamericani dell'Accademia cinese delle scienze), 2016, n. 5, 1 ss.

⁹⁵ Dal nome dell'imbarcazione utilizzata da Fidel Castro e altri per raggiungere Cuba, provenienti dal Messico, durante la rivoluzione cubana (il battello *Granma* è conservato nel giardino del *Museo de la Revolución* dell'Avana). Sul *Granma*, progettato per trasportare non più di venti passeggeri, salirono allora (ben) 82 rivoluzionari/combattenti, *id est* gli *expedicionarios del yate Granma*.

⁹⁶ Si veda, per il resoconto della seduta parlamentare, Y. Castro Morales, V. Bustamante Molina, *Una Costituzione che ceselli la continuità*, in *Granma*, 18-4-2019 (*online* nel sito www.granma.cu). *Ivi* si legge che il Presidente del Parlamento cubano ha aggiunto che «la Costituzione proclamata questo 10 aprile marca il presente e il futuro della nazione cubana, di uomini e donne liberi, in difesa della Rivoluzione cubana su tutti i fronti».

⁹⁷ Si cfr. P de la Hoz, *Ricambio, continuità, approfondimento rivoluzionario*, in *Granma*, 22-4-2019 (www.granma.cu).

⁹⁸ V. R. Castro Ruz, *La nuova Costituzione salvaguarda l'uguaglianza e l'indipendenza della Patria*, in *El Moncada. Periodico dell'Associazione Nazionale di Amicizia Italia-Cuba*, a. XXVII, n. 2, maggio 2019, 7.

⁹⁹ Cfr. G. Chiappinelli, *La via italiana al costituzionalismo*, all'indirizzo www.fgci.info (l'autore fa parte della Segreteria Nazionale FGCI).

¹⁰⁰ Cfr. M. Prieto Valdé, *Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias*, in *Questiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, luglio-dicembre 2018, 43 ss. (l'autrice è *Profesora titular* di Teoria generale del diritto e Diritto costituzionale nell'Università dell'Avana).

costituzionalità, imperniato per un verso sul controllo di costituzionalità e di legalità concreta in sede giudiziaria, con il giudice che disapplica le norme inferiori (legislative) applicando le disposizioni superiori (costituzionali), e perciò con decisione che ha efficacia *inter partes*, nonché sul possibile ricorso del cittadino, individuale ovvero anche collettivo, finalizzato ad attivare il controllo politico davanti al Parlamento nazionale, in quest'ultimo caso con un'eventuale invalidazione della norma incostituzionale avente efficacia *erga omnes* (c.d. controllo plurale di costituzionalità¹⁰¹). Tale proposta, d'altro canto, riprendeva e sviluppava una precedente ipotesi di perfezionamento del controllo di costituzionalità a Cuba, formulata secondo la teoria del controllo costituzionale multiplo¹⁰², la quale a sua volta si collegava all'opzione favorevole al sistema multiplo quale meccanismo (ritenuto ottimale) di difesa della Costituzione¹⁰³.

Si è preferito, invece, accogliere l'impostazione degli studiosi cubani che tuttora ritengono il controllo politico di costituzionalità (almeno astrattamente) idoneo a garantire la supremazia costituzionale, sulla base di considerazioni tanto teoriche che comparative, sia pure con uno sforzo istituzionale di ulteriore "sistematizzazione" e perfezionamento¹⁰⁴, così da mantenere il carattere "alternativo", se confrontato ai modelli ora prevalenti (non soltanto in Occidente¹⁰⁵), del sistema cubano di controllo di legalità costituzionale¹⁰⁶.

Mauro Mazza
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bergamo
mauro.mazza@unibg.it

¹⁰¹ Sul tema, v. G. Vosa, *Aplicación directa de la Constitución: abrir al pluralismo institucional para mejorar la garantía de derechos*, in *Revista Cubana de Derecho*, n. 51, gennaio 2018, 193 ss., che sottolinea la posizione privilegiata dei giudici, rispetto a quanto avviene per le amministrazioni pubbliche che sono più vincolate al principio della legalità formale, con riguardo alla possibilità di "emanciparsi" dal precetto legislativo e interpretare il diritto "alla luce della Costituzione". L'importanza dell'applicabilità diretta della Costituzione, specialmente per iniziativa degli organi giurisdizionali, era stata precedentemente evidenziata dalla dottrina cubana; v. M. Prieto Valdés, *En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución Cubana de 1976. Un breve comentario*, in *Revista Cubana de Derecho*, n. 31, giugno 2008, 4 ss.

¹⁰² Si veda K.L. Pachot Zambrana, *El control de constitucionalidad en Cuba. Una propuesta para su perfeccionamiento*, in A. Matilla Correa (comp.), *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1910-2008)*, cit., 537 ss.

¹⁰³ V. J. Fernández Bulté, *Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy*, in L. Pérez Hernández (comp.), *Selección de lecturas sobre el Estado y el Derecho*, La Habana, Curso de Formación de Trabajadores Sociales, 2000, 143 ss.

¹⁰⁴ Cfr. D. Palacio Torres, *El control político de constitucionalidad en Cuba. Desafíos y propuestas de perfeccionamiento*, Saarbrücken, Editorial Académica Española (EAE), 2019.

¹⁰⁵ V. l'esame comparatistico svolto *supra*, in questo paragrafo.

¹⁰⁶ Cfr. H. Bertot Triana, *Los fundamentos de la alternatividad. El sistema electoral y el control constitucional cubanos*, Saarbrücken, Editorial Académica Española (EAE), 2017, dove un'analisi condotta secondo un approccio sia storico che giuridico e politico-ideologico.

CASI E QUESTIONI

Per i vent'anni della rivista DPCE

DPCE ONLINE

2037-6677

Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità

di *Lucio Pegoraro*

1. – La genesi della Rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo* è magnificamente narrata dal suo storico Direttore, Giuseppe Franco Ferrari, nell'editoriale del fascicolo che ha celebrato i vent'anni dal n. 1. Le sue prime pagine evocano la ricerca di una casa comune per una famiglia un po' dispersa, l'esigenza di avere un luogo dove i comparatisti dedicati al diritto pubblico (ed europeo) potessero esercitare il confronto, senza chiedere asilo ad altre discipline.

Non voglio dunque ripetere quanto già è stato scritto, se non per associarmi al ricordo e al ringraziamento per quanti negli anni si sono profusi, non ultimo l'eccellente staff che ha supportato il duro lavoro di redazione.

Piuttosto – anticipando in modo alquanto sommario i contenuti di qualcosa che vorrei scrivere con ben altro approfondimento, tra un viaggio e l'altro, tra un libro e l'altro, nei prossimi mesi – in queste poche pagine preferisco esercitare quella funzione critica che compete a chi pratica una scienza che non poche e non pochi affermano essere al servizio di una funzione “sovversiva”.

Sia ben chiaro: non è affatto una critica al passato, che considero glorioso. Vuole essere invece lo stimolo per un dibattito sul futuro, per celebrare le nozze d'argento con consapevolezze più mature.

La questione che intendo piantare, in sintesi, è la seguente: costruita la casa, ci vive davvero una famiglia, o piuttosto i suoi ospiti assomigliano ancora ai viaggiatori che trovano rifugio in un ostello, legati da mura che li accolgono, ma allo stesso tempo privi di stretti reciproci legami?

Più specificamente: la missione unificatrice che era nelle ambizioni del formante culturale – la Rivista – ha influito sui ben altrimenti vigorosi formanti dinamici (quelli che esercitano direttamente il potere: nel nostro caso, i settori disciplinari, le regole accademiche, ecc.), o viceversa le esigenze di questi ultimi hanno deformato o almeno inibito uno sviluppo coerente del diritto pubblico comparato come scienza a sé, autonoma e diversa anche dal diritto privato comparato, che invece scienza è a tutti gli effetti? È la *varietas* fotografata dal palinsesto del numero speciale a contraddistinguere *de facto* la disciplina, a plasmarla, a conferirle mortatamente una deontologia, o il diritto pubblico comparato possiede *an sich* sue caratteristiche (anche semantiche) e quindi bisogna mettere

ordine e ricondurre democraticamente le deviazioni nell'alveo delle regole?

Inoltre, una volta delimitato il campo: può una rivista essere solo un contenitore di cose unificate – o meglio armonizzate – meramente dalle etichette dei formanti dinamici (l'appartenenza degli autori ai gruppi disciplinari pertinenti), o dalle auto qualificazioni (“sono un comparatista”, a prescindere dal gruppo disciplinare)? E deve o no fare politica – politica culturale, intendo ovviamente – cioè porre e risolvere il quesito di dove si va a parare dal punto di vista sostanziale, a prescindere dalla ovvia e indispensabile dialettica che deve animarla?

L'indice del fascicolo celebrativo può essere un buon punto di partenza, ma prima va ricordato che, quando fu chiesto all'Associazione se preferivamo essere accorpati a Diritto privato comparato oppure a Diritto costituzionale, ci si espresse a favore della prima ipotesi. Insomma, prevalse l'idea che unisce di più la funzione (comparare) che l'oggetto (la costituzione). È logico: diversamente, geologi, geometri e geografi dovrebbero stare insieme, perché tutti quanti studiano la terra. Così pure astronomi e astrologi, che si occupano in modo alquanto diverso degli astri: basti pensare a Margherita Hack e al mago Otelma. Ciò che li distingue (molto!) è *come* studiano l'oggetto della loro scienza (se di scienza si tratta), e con quali finalità.

2. – I 33 contributi contenuti nel numero “gold” di DPCE danno buona mostra della eterogeneità della disciplina. Compaiono scritti di diritto puramente italiano, di puro diritto straniero, di comparazione “verticale”, di comparazione diacronica, di micro comparazione, di comparazione dentro sistemi complessi (Islam, e soprattutto Europa), di comparazione *tout-court* (non dunque solo pubblicistica), di comparazione costituzionalistica, di metodo ... “*Varietas delectat*”, dice Salieri nell'*Armida*, e chi può non dirsi d'accordo?

Bisogna distinguere due cose ben diverse: lo spettro di indagine di ciascun singolo studioso, da una parte; e la pertinenza a ciascuna disciplina dei suoi scritti, dall'altra.

a) Tutti – e dico proprio tutti – ci siamo occupati nella vita e/o ci occupiamo per fortuna di varie cose. La cultura europea, almeno, ci ha lasciato come meravigliosa eredità questa capacità di non specializzarci troppo, di saper ragionare per risolvere i casi anche se non c'è un precedente, di incuriosirci per cose nuove e diverse, di collegare i fatti, di contestualizzare, persino di cambiare idea. Tutto il contrario della cultura giuridica statunitense, dove le eccezioni sono davvero poche. È normale, dunque, che un comparatista scriva di diritto straniero, o anche di diritto del proprio paese. Così pure, a volte accade che i costituzionalisti interni si occupino di diritto straniero, anzi oggi per forza di cose ciò accade sempre più spesso.

La grande differenza è – per Sacco – la diversa *mentalità*. Giorgio Lombardi, a sua volta, evocava il “diritto noto”, ossia quello del sistema di appartenenza, dal quale partirebbe la comparazione. Il che dà per scontato che il giurista domestico si tira sempre dietro la sua mentalità quando fa comparazione. Proprio lì si radica però la linea di demarcazione. Certo, anche il comparatista è succube dei propri crittotipi, da cui fatica a liberarsi, ma appunto la almeno parziale liberazione da essi lo distingue dal giurista domestico, che viceversa guarda al diritto “ignoto” continuando a usare

le proprie categorie come metro di paragone. Il giurista nazionale o neppure sa di cosa si stia parlando, o per scelta consapevole o inconsapevole relega cultura, mentalità, crittotipi nella sfera del giuridicamente irrilevante.

È difficile dunque essere allo stesso tempo giurista “autoctono” e comparatista: come scrive Benedicte Fauvarque-Cosson, «it is impossible to be both a comparatist and a good French lawyer». (E anche per Procida Mirabelli, il comparatista è “antagonista del dogmatico”; mentre Somma parla di “giuristi e comparatisti”, come Scarpelli distingueva “filosofi e giuristi”.) Peraltro, mentre il costituzionalista che fa (o tenta di fare) comparazione patisce molto queste difficoltà, il comparatista che studia (anche) il diritto interno ha di solito meno problemi. Parte da sopra, e il “sopra” è rappresentato da diverse chiavi di interpretazioni delle realtà, inclusa quella del diritto domestico, che quindi riesce a dominare a differenza di chi, partendo da sotto – il proprio sistema –, applica il sillogismo di Woody Allen: a): Socrate è un uomo; b): tutti gli uomini sono mortali; c): tutti gli uomini sono Socrate, con la variante, in *Amore e guerra*: quindi tutti gli uomini sono omosessuali. Ovvero: a) l’Occidente (con la variante: “il mio paese”) ha (o è) il Diritto; b) tutte le regioni del mondo hanno un Diritto; c) quindi tutto il Diritto è (o deve essere) occidentale (o misurato coi metri del mio paese).

b) Altra cosa, del tutto diversa, è ascrivere a un *unicum* – il diritto pubblico comparato – gli scritti dei comparatisti che non sono di diritto comparato, ma interno o straniero o altro, o di chicchessia rivendichi il titolo di comparatista, o sia così qualificato in virtù di designazioni accademiche, che vertono su oggetti o usino un metodo estranei alla comparazione.

Semplificando: Tizio è comparatista perché si occupa in prevalenza di comparazione, e ha la mentalità del comparatista, a prescindere che alcune sue ricerche non siano di diritto comparato; ciascuno scritto di Tizio può essere o meno di diritto comparato; uno scritto casuale di diritto comparato, o di diritto straniero, non fa di Tizio un comparatista, e tanto meno trasforma i suoi scritti in scritti comparatistici.

3. – Operare una *actio finium regundorum* della materia “diritto pubblico comparato” non è certo cosa facile, anche perché essa si caratterizza per accettare – anzi presupporre – l’apporto di altre discipline, sia giuridiche sia sociali. A meno di stipulare che essa sia propria del solo diritto occidentale – come più d’uno crede – non può prescindere dal contributo della geografia, della geopolitica, dell’economia, della sociologia, dell’antropologia, della storia delle religioni, della filosofia, della psicologia, ecc. D’altro canto, al centro dell’indagine comparatista/pubblicista sta pure il diritto occidentale, anzi ne rappresenta un elemento basilare, se pure non esclusivo. Ciò in virtù della colonizzazione che esso ha imposto a gran parte del globo, che ne ha recepito quasi sempre la forma, anche se solo in misura limitata la sostanza.

Non mi sogno dunque di escludere dal novero dei comparatisti quanti – nell’alveo del *tertium comparationis* rappresentato dal costituzionalismo occidentale – confronta ordinamenti e istituti che lo compongono. Come pure, chi elegge a oggetto privilegiato delle sue indagini uno specifico sistema, o la comparazione

dentro specifici sistemi quali il *common law* o il *civil law* o il *soviet law* o il diritto europeo, non diversamente da chi, fuori di essi, studia il diritto islamico o i sistemi orientali o asiatici o indigeni, retti anch'essi, ovviamente, da "costituzioni" in senso sostanziale e da strutture "giuspubblicistiche" ancorché spesso ibridate con quelle privatistiche.

Più dubbi sull'etichetta di giuscomparatista/pubblicista ho sempre manifestato per chi si interessa *solo* di un ordinamento *statale* specifico (oltre che, magari, del proprio; meglio se vicino a casa). La sua mentalità è la stessa di un giurista di diritto interno. Ricordo che, non a caso, anni fa "Diritto costituzionale francese" era correttamente tabellato come "Diritto costituzionale" e non come "Diritto comparato". Ammonisce R. Sacco che, tra uno studioso di diritti stranieri e un comparatista, c'è la stessa differenza che corre tra un poliglotta e un linguista: «Il poliglotta conosce molte lingue, ma non sa misurarne le differenze, né quantificarle, cose che, tutte, il linguista sa fare. Così il comparatista possiede un insieme di nozioni e di dati appartenenti a diversi sistemi giuridici, e sa inoltre porli a confronto, misurandone le diversità o somiglianze». Penso che nessuna seria Facoltà di lingue chiamerebbe a insegnare, in un corso di lingua straniera, un poliglotta in luogo di un linguista. (Al massimo potrebbe utilizzarlo come *tutor*.) Viceversa, questo è ciò che accade a volte in alcuni paesi (come Francia, Spagna, Italia), dove i "poliglotti" del diritto straniero si cimentano – con l'avallo delle istituzioni universitarie – nella comparazione.

Si torna dunque al punto di partenza: comparare significa fare confronti, ma per farli occorre prima conoscere gli oggetti del confronto. Quindi, nel percorso di un comparatista, gli scritti di diritto straniero sono prodromici alla comparazione, e in quanto tali ne fanno parte. Se però ci si ferma lì, e soprattutto se oggetto di indagine è un solo ordinamento, siamo nell'ambito del diritto dogmatico, interno.

L'altro corno della questione è che, in sede di inquadramento disciplinare o – per quanto qui interessa – di individuazione di un nucleo duro di una rivista, occorre valutare rispettivamente il complesso della produzione e il metodo di indagine, diretto a evidenziare l'interesse comparatistico degli studi di diritto straniero. In più, applicando criteri di prevalenza, privilegiare nel complesso la comparazione rispetto ai segmenti di diritto straniero, l'astrazione e la costruzione di categorie rispetto agli elementi che consentono le operazioni comparatistiche.

4. – Vengo con ciò ai contenuti che a mio modo di vedere dovrebbero caratterizzare oggi in prevalenza, ma non esclusivamente, gli studi comparatistici, la didattica del diritto pubblico comparato e, di riflesso, i contenuti di una rivista al passo coi tempi.

Come ricorda Berndt Marquardt nel suo magnifico trittico *Historia mundial del Estado*, circa il 99% del suo tempo, l'umanità lo ha vissuto senza Stato; un po' meno del 60% di essa è rappresentata dall'Asia; più di 25 milioni di musulmani vivono in Europa, come pure un milione di cinesi abitano nel vecchio continente, e moltissimi altri nel nuovo. Il Medio e Vicino Oriente, e l'Africa, insieme ai migranti esportano anche culture diverse, che sopravvivono nelle loro comunità, ai margini delle aree territoriali e sociali dell'Occidente.

I problemi derivati dal confronto sono sotto gli occhi di tutti. Alimentazione,

velo, pratiche religiose, rapporti familiari ed ereditari, parità, ruolo della donna, laicità, diritti dei minori, prestazioni sanitarie, erogazione dei servizi, rapporto con l'ambiente, cittadinanza, voto, legittimazione del potere, ecc. sono temi declinati in modo diverso e spesso antitetico.

La politica, sbrigativamente, spesso risolve il conflitto costruendo muri e chiudendo i porti. I valli romani, e gli altri costruiti nei secoli, dalla Grande Muraglia fino al vallo atlantico, dalla linea Maginot alla linea gotica, tutti scavalcati, non sembrano avere insegnato nulla. La scienza giuridica, dal canto suo, spesso si chiude a riccio, proponendo l'unica ricetta che sembra capace di articolare: il rispetto della dignità e dei diritti umani. Dignità? Diritti umani? Diritti fondamentali? «When I use a word,” Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean – neither more nor less”. “The question is,” said Alice, “whether you can make words mean so many different things.” “The question is,” said Humpty Dumpty, “which is to be master – that’s all.”».

Dividere il mondo in due: chi rispetta e chi non rispetta i diritti e la divisione dei poteri, rifiutandosi di riconoscere l'esistenza di valori diversi da quelli occidentali, dovrebbe implicare però avere coscienza della scelta. Nelle università europee, di solito, gli studenti studiano Locke e Montesquieu, o almeno apprendono le nozioni basilari sulla divisione dei poteri e i diritti. Però mai leggono una riga del Corano, dei Veda, di Confucio, di cui non hanno una infarinatura benché minima. Le loro scelte assiologiche si basano sulla conoscenza di noi, comparata all'ignoranza sugli altri.

Una rivista comparatistica, come l'Università, deve assumersi le sue responsabilità: “internazionalizzazione” non vuol dire insegnare solo la nostra cultura giuridica, men che meno imporla (meglio: dare per scontato che la nostra è l'unica esistente, mentre le altre neppure vanno prese in considerazione, perché “inferiori”). Se vogliamo capire il mondo – soprattutto il mondo d'oggi, ormai senza frontiere, tranne quelle fisiche erette dai politici “populisti” e “sovranisti”, e quelle culturali patrocinate da giuristi interessati solo al loro paese, o all'Occidente – dobbiamo accettare che le regole vincolanti le comunità non sono solo quelle costruite secondo i nostri schemi.

Fare diritto comparato in campo pubblicistico, oggi, significa non solo sapere quanti senatori ha ciascuno Stato degli Stati Uniti, o quanto tempo ha il Re spagnolo per formare un Governo, ma accettare (anche se è difficile!) che la rappresentanza politica come la si intende qui è (quasi) totalmente estranea a visioni della politica diverse da quelle immaginate dall'Illuminismo; che il rapporto tra persona e comunità si declina in ogni tempo e luogo con scelte diverse; che la religione spesso condiziona e vincola i comportamenti più di qualsiasi legge secolare (com'era anche in Occidente in un passato non tanto remoto). Insomma, che “diritto” ha connotazioni abbastanza precise nel nostro ambito culturale, ma fuori di esso include esperienze che l'Occidente da tempo ha estromesso. Di conseguenza, occorre comparare per trovare denominatori comuni, senza pretendere che solo i nostri siano comuni (dignità, diritti fondamentali?). Ce ne sono altri, oltre a *liberté*, come *égalité* e *fraternité*, come famiglia, come natura e ambiente, e Terra, come armonia (lontana ma anche vicina, nelle sue varie declinazioni, a razionalità: *amae*, *ubuntu*, *hexie*, *dharma*, *fanahy maha-olona*, *sumak kawsay* ...). Non è detto che concetti reputati

asettici, come “diritti fondamentali”, “diritti umani”, “federalismo”, “divisione dei poteri”, fino a “democrazia”, abbiano valore universale, se almeno non siano accompagnati da un bilanciamento con altri modi di intendere i fenomeni sociali: ad es., oltre a quelli ora menzionati, “dovere”, “morale”, “religione”, “tribù”, “perdono”, “ozio”, “tradizione”, “correttezza”, “deferenza”, “felicità”, ecc.

Comune è la regola *pacta sunt servanda*, che sta alla base di ogni *societas* organizzata, che anzi rappresenta l’espressione stessa di ogni ordine giuridico. Né è casuale che, spesso, proprio dove il diritto si riassume nelle formule e non nel rispetto sostanziale della *Grundnorm* – le facoltà giuridiche – proprio essa sia violata o derogata più che in ogni altro luogo, dalle aggregazioni più embrionali sino al mondo economico. Se non c’è la formula, lì la parola sovente non vale nulla. E quando c’è la formula, lì si insegna non a formulare (ovunque, i pochi insegnamenti di tecnica redazionale sono relegati al *post-lauream*), ma ad aggirare la regola codificata, anche in spregio alla regola-base.

Diversamente dai civilisti/comparatisti, che dall’inizio del secolo scorso hanno saputo allargare il senso della parola “diritto”, la maggioranza dei costituzionalisti di tutti i paesi resta tenacemente abbarbicata all’idea che il diritto è solo quello occidentale, e tutto il resto dell’umanità rappresenta una mera curiosità antropologica: studia “i barbari”, assumendo il proprio diritto a metro di paragone, come Leni Riefenstahl – la famosa e brava fotografa del Terzo *Reich* – raffigurava le etnie “inferiori”. Si distingue l’accademia spagnola, nella quale lo sforzo di comprensione è quasi totalmente assente, per non dire di quella statunitense. Ma anche quella italiana non scherza, in molte sue componenti, al pari delle francese e tedesca, che però, almeno, non pretendono che il diritto pubblico comparato sia scienza distinta e diversa dai diritti interni, o che ci sia distinzione tra il pubblico e il privato comparato.

Una prova del diverso tipo di curiosità manifestate dai costituzionalisti e dai civilisti è rappresentata da due volumi della Oxford University Press: l’uno, del 2006, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, diretto da M. Reimann e M. Zimmermann, affronta i problemi dello sviluppo della scienza comparatistica in vari paesi, e poi si dedica a comparazione e conoscenza, al metodo funzionalistico, a somiglianze e differenze, a trapianti e recezioni, al “diritto straniero”, alla comparazione “globalizzata”, ai rapporti con il diritto consuetudinario, al linguaggio, alla cultura giuridica, a diritto e religione, a storia e diritto, alle relazioni con le scienze sociali, all’analisi economica del diritto in ottica comparata (per poi soffermarsi su singoli settori della comparazione, incluso il costituzionale). L’altro, del 2012, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. Rosenfeld e A. Sajó, ha solo una prima parte intitolata ai problemi metodologici, alla storia, alla tipologia. Dei saggi che la compongono, il primo è di teoria generale e non di diritto comparato; il secondo è di diritto interno statunitense, e solo il terzo e il quarto presentano profili di effettivo interesse comparatistico generale. Le restanti 1160 pagine sono dedicate a temi sostanziali specifici (dal federalismo alla struttura dello Stato ai diritti ecc.), come in un libro in onore, o in memoria. La stessa *Introduzione* dei due curatori, nonostante le affermazioni contrarie, dedica solo poche righe ai problemi specifici della comparazione costituzionalistica. Lo specifico saggio che ha per oggetto, nel primo volume citato, il diritto costituzionale comparato (M.

Tushnet, *Comparative Constitutional Law*), si sofferma su peculiari problemi sostanziali (legittimazione delle costituzioni, *judicial review*, etc.), in chiave apologetica del costituzionalismo statunitense, e le uniche poche righe dedicate ai temi epistemologici sono quelle sui rapporti tra diritto costituzionale comparato e scienza politica (p. 1228 ss.). (I riferimenti sono alla prima edizione.)

5. – Tutto ciò solleva anche problemi epistemologici. Può una rivista che si propone strategie culturali e non solo di registrazione e di governo dell'esistente non piantare anche la questione se si deve studiare il diritto pubblico comparato con le categorie razionalistiche del diritto occidentale, oppure aprirsi anche a modi inusuali di leggere il fenomeno giuridico nel mondo (pseudo)integrato attuale?

Ci sono risvolti pratici. In sede di proposte per il biennale convegno dell'Associazione, quello dedicato al metodo, ho sentito suggerire per primi i nomi di Häberle e von Bogdandy, ed evocare Dworkin: ovvero, bravissimi giuristi interni, ma che ignorano o negano l'utilità della comparazione, o concepiscono la scienza comparatistica quale scienza dei colonizzatori, monisti, antipluralisti e assolutisti, come lo sono i Tushnet, Tribe, Rosenfeld e quanti altri (molti italiani, che preferisco non elencare, inclusi filosofi) identificano le loro proprie e casalinghe assiologie valoriali quali Verità Scientifica. Sacerdoti e monaci che senza alcuna base dimostrabile e solo con la buona fede dell'onestà intellettuale e delle grandi capacità scientifiche vendono, quali assoluti, valori relativi. Come De Niro in *The Mission* precedeva con fede e umanità le conquiste e il sangue sparso dai vari Cortés e Pizarro, servono da buon alibi per l'esportazione coloniale, non solo del diritto e dei diritti ma, dietro, dell'economia rapace, ahimè spesso attraverso la guerra, la rapina, lo sfruttamento dell'uomo e delle risorse ambientali.

Per definire i confini del diritto comparato moderno (pubblico o privato o generale), l'*actio finium regundorum* non va tracciata sui confini segnati dalla cultura di un mondo che finisce dalle parti di Tarvisio, Ventimiglia, Mazara del Vallo, o tra New York e Los Angeles, o tra Cadice, gli Urali e Oslo. È ora di capire che per capire occorre anche accettare che capire è anche percepire, avere – in senso latino – *compassione*, come esorta, evocando Bobbio e Radbruch, Silvia Bagni in *All you need (to compare) is love*. Come spiegare la *deference* delle corti giapponesi, studiate da Elisa Bartolini, se non cercando di penetrare nelle culture, non solo giuridiche? O i limiti ai partiti a orientamento religioso, se non affondando nelle strutture profonde dell'identità individuale e collettiva, come fa nella Rivista e poi nel suo libro Chiara Locchi? O le percezioni asiatiche del diritto costituzionale, approfondite con sensibilità, tra altri, da Pasquale Viola ed Enrico Buono? Per non dire del diritto latinoamericano o africano, che ha visto contributi non convenzionali e letti in ottica non eurocentrica, ad esempio, di S. Baldin e M. Nicolini. (Mi perdonino i tanti altri giovani studiosi e gli studiosi meno giovani non menzionati, che testimoniano un impegno trans-generazionale oltre che trans-culturale di cui la Rivista si è fatta sostenitrice, anche attraverso l'edizione *on-line*.)

Con una metafora: guardavo ieri un servizio tv sul giro ciclistico degli Emirati arabi. Che tristezza. Si sono esportati i ciclisti, in cambio di tanti soldi. Ma correvano nel deserto, a nessuno interessava nulla, c'era il testo (le regole sono le stesse del

Tour de France o del Giro d'Italia), ma non il contesto. Questione di *feeling*, non di forma.

Da una prospettiva metodologica, occorre insomma interrogarsi se continuare o meno ad appoggiarsi a quelle visioni che – negli *Studi in onore di Antonio Gambaro* – ho qualificato “iusonanismo” e “iusvoyeurismo”. Definisco la prima categoria l'atteggiamento di chi (per lo più in buona fede), rifiutando ogni rapporto con gli altri, utilizza le proprie categorie giuridiche per assegnare a esse valenze extrastatali (o universali), senza contestualizzarle; la seconda, l'atteggiamento di chi (per lo più in buona fede) osserva acriticamente (e recepisce, interiorizza) categorie giuridiche altrui, per assegnare loro valenze anche interne, senza contestualizzarle.

6. – *Diritto pubblico comparato ed europeo*, specie negli ultimi anni, ha intrapreso una strada di apertura a diritti diversi, letti anche con ottiche non eurocentriche, che hanno trovato spazio e rilievo, oltre che in alcuni saggi sparsi, in sezioni o numeri monografici sulla questione linguistica nello Stato multiculturale (uno curato da D. Amirante, un secondo *on-line* senza curatore), sull'Asia (Colella, Petteruti, Spanò, ed. *on-line*), sull'America latina (A. Somma), la lotta alla povertà (*idem*), le “voci inascoltate” (S. Bagni, nell'edizione *on-line*) e l'interculturalismo (*idem*), oltre che sui profili metodologici della scienza comparatistica (ancora Somma). Proprio l'apporto rilevante di un comparatista/privatista del calibro di Somma sembra però testimoniare la distanza che quantitativamente ancora marca i diversi interessi che animano – per lo più – gli studiosi di origine civilistica dai pubblicisti. Distanza, che a suo tempo ho segnalato in un saggio sul “parassitismo metodologico” dei costituzionalisti comparatisti, rispetto ai privatisti, e che mi ha convinto da molto tempo sull'opportunità di interagire, più che coi costituzionalisti interni, di cui pure il gruppo disciplinare è pregno, coi secondi.

Resto dell'opinione che una cosa è essere comparatisti, altra essere “costituzionalisti con interessi comparatistici”, che si traduce nella rinuncia a fare del diritto pubblico comparato una scienza. Ciò si tira dietro alcune idee anche sul ruolo futuro della Rivista, una volta portati a casa gli importanti risultati sinora raggiunti: divulgare l'interesse per il diritto pubblico comparato, creare una sede di dibattito e di dialogo, fornire una massa imponente di risultati di ricerche, creare spazio ai giovani studiosi ...

Ora, a mio modo di vedere, è giunto il tempo di scegliere una linea politica. Ovviamente, politica culturale, privilegiando nella selezione del materiale (senza ovviamente escludere altre cose) sia i temi sia i metodi propri di una scienza che si cala nel suo tempo, e che deve fare i conti con il pluralismo e l'esigenza di “interculturalità” anziché di colonizzazione culturale, ribilanciando le tematiche affrontate e privilegiando il metodo comparativo rispetto a quello dogmatico.

DPCE, in conclusione, dovrebbe decidere secondo me di essere in futuro un volano nell'orientare le ricerche e nel forgiare le mentalità, togliendo terreno sotto i piedi di chi, pensando di essere comparatista, reputa “tematiche inusuali” e strane quelle che non vertono sul diritto austriaco o britannico o statunitense, e pensa che il suo paesello sia l'intero mondo, come dice Mary Shelley nel *Frankenstein*. Di tal

modo, chiosando il *Ius civile in artem redigere* di Cicerone, trarre dal *convulsum ac dissipatum* quell'ordine materiale e metodologico (*ars*) che sinora nella disciplina ha stentato ad affermarsi.

Lucio Pegoraro
Universidad Autónoma de Nuevo León
luciopegoraro@hotmail.com

La comparazione tra necessità teoriche e limitazioni pratiche

di Giuseppe Franco Ferrari

1. – La provocazione di Lucio Pegoraro è brillante, erudita e densa di esperienza, ma soprattutto stimolante, perché ha il benefico effetto, sperabilmente non solo su di me, di toccare tasti sensibili, sollevare problemi di metodo che sono eterni ed universali, ma vanno anche al cuore delle nostre storie personali, dei nostri individuali percorsi scientifici ed anzi culturali, ed anche delle radici originarie della nostra rivista. Sono certo che molti altri dei “founding fathers” saranno stimolati a reazione, così che si apra un dibattito.

Quasi tutti i dati di partenza di Lucio Pegoraro mi trovano del tutto consenziente, e non da ora.

Vero che la comparazione deve essere globale e liberarsi dell'eurocentrismo e dei limiti geografici e politici della tradizione risalente al mondo della guerra fredda, finito nel 1989. Nella storia, ce lo hanno ricordato, nelle loro epoche, grandi autori tra loro diversissimi, come ad esempio Erodoto, Voltaire, Tocqueville. Proprio a questo pensavamo quando fondammo la rivista: il ritardo di circa un decennio fu conseguenza non di nostra tardiva percezione del cambiamento epocale, ma di difficoltà di ordine burocratico e finanziario, derivanti dalla impossibilità, all'epoca, o al meno della inusualità di pubblicazioni non cartacee. Anzi, fu decisiva in partenza la caduta dei vincoli geo-politici che condizionavano l'orizzonte del comparatista. E fummo coerenti con questo allargamento della visione oggettiva e metodologica in almeno due modi: anzi tutto nel configurare il format della rivista in una prospettiva quasi enciclopedica (su questo fu determinante l'apporto di Floridia, che non sarà mai abbastanza ricordato); inoltre nell'includere il diritto europeo nello spettro degli interessi comparatistici (si restava nella *western legal culture*, ma si introducevano precocemente le dinamiche verticali, che la dottrina, non solo italiana, ha apprezzato pienamente solo a nuovo millennio inoltrato).

Altrettanto vero che almeno dall'inizio del millennio, se non forse dallo stesso 1989, non dovrebbero esistere comparatisti che non siano poliglotti. Inglese e spagnolo, le due lingue della *koiné* umana e scientifica, dovrebbero essere posseduti a livello di capacità di parlare e scrivere correntemente da qualunque

aspirante professore di discipline comparatistiche. Francese e tedesco possono forse essere considerate complementari, ma non certo secondarie. Il portoghese dovrebbe essere almeno compreso a livello di lettura. La conoscenza di altre lingue ancora può essere utile a livello di focus specialistici, spaziando dalle lingue slave a quelle della famiglia araba, pur scordandoci del cinese e del giapponese. È implausibile che le conoscenze linguistiche richieste per superare un concorso in organismi internazionali non siano possedute dalla categoria dei professori universitari di questa area disciplinare. Purtroppo, invece, anche dopo il 2000, non sempre hanno completato il cursus accademico solo colleghi che di questo bagaglio di base sono titolari e, come è naturale, benché ancora più grave, spesso, giunti al traguardo, non hanno neppure sentito il bisogno di dotarsene.

Infine, è inconfutabile che il diritto straniero è cosa ben diversa dal diritto comparato, e che non si dovrebbe consentire la progressione di carriera a studiosi che abbiano dedicato tutta la propria produzione scientifica ad un solo ordinamento, perché non possono avere dato prova di capacità di assimilazione e pratica del metodo comparatistico. Ma sappiamo che anche su questo versante non è stato applicato un filtro adeguato.

Ne deriva che le considerazioni sul ceto dei comparatisti fatte da LP, correttissime in teoria, si scontrano kantianamente (I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, XXII *Berlinische Monatschrift* 201 ss., 1793, trad.it. *Scritti politici*, Torino, 1965-1998, 237 ss.) con difficoltà fattuali, o controfattuali, molto rilevanti. Questi ostacoli pratici probabilmente non possono in nessun modo essere rimossi. I motivi di questa pressoché completa impossibilità sono diversi: in parte risalgono alle modalità, eufemisticamente geopolitiche anziché pienamente meritocratiche, con cui talune figure dominanti delle discipline comparatistiche hanno gestito per qualche decennio la selezione; per il resto dipendono da scelte del legislatore, tra localismo dei concorsi e introduzione di meccanismi di sorteggio, tutti istituti immediatamente proclamati incostituzionali quando si è proposto di applicarli ad altre categorie di funzionari pubblici. Quando per decenni i canali selettivi sono stati forzati a produrre risultati non all'altezza delle necessità, è ovvio che per un altro lungo lasso di tempo si riprodurranno, se non aggraveranno, gli stessi difetti. Altro sul tema non è possibile aggiungere senza essere tacciati quantomeno di approccio aristocratico, se non di accuse ben più gravi.

In altre parole, se la comunità scientifica nel senso kuhniano (T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962-1970) è un'entità formata con modalità selettive inadeguate o distorte, la sua capacità di adeguamento alle esigenze dell'evoluzione del pensiero scientifico sarà limitata o a sua volta distorta. Il suo linguaggio teorico e la sua capacità di formulare enunciati protocollari (nel senso di Otto Neurath, *Protokollsätze*, in *Erkenntnis*, III, 1932-33, 204 ss., ora in *Sociologia e Positivismo*, Roma, 1964 e di Rudolf Carnap, *Die logistische Grundlegung der Mathematik*, in *Erkenntnis*, II, 1931, 91 ss.) mancano di omogeneità, o addirittura la comunità scientifica fatica a definire il proprio oggetto e cade in linguaggi privati (nel senso di Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, 1953, trad.it. Torino, 1967), privi del requisito della intersoggettività. Una simile involuzione può essere tanto più facile nelle discipline non "dure", in cui è

meno probabile che i paradigmi scientifici vengano travolti da un capovolgimento rivoluzionario di stampo kuhniano. In aree come la fisica, la chimica, la biologia, per non soffermarsi su quelle più recenti come elettronica e biotecnologie, il rovesciamento dei paradigmi qualificato come rivoluzione scientifica, che ai tempi di Galileo richiedeva il coinvolgimento di un'opinione pubblica non a configurazione aperta e democratica come nelle configurazioni habermasiane, oggi scatta quasi automaticamente quando la tecnologia, che si muove ormai quasi all'unisono con la scienza, fa propria una soluzione operativa non più compatibile con i vecchi assunti. Non intendo aderire al nihilismo metodologico di chi, come Feyerabend (P. Feyerabend, *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, London, 1975, trad.it., Milano, 1990 e ancora di recente *Contro l'autonomia. Il cammino comune delle scienze e delle arti*, Milano-Udine, 2012) pensa che le scienze umane e quelle dure debbano essere messe sullo stesso piano. Anzi, ritengo che una *dividing line* dei due campi sia rappresentata proprio dalle molto maggiori lunghezza e complessità del processo di capovolgimento nel campo umanistico, dovuto alla non immediatezza della comprensione della necessità del passaggio, imputabile all'assenza delle ricadute tecnologiche da un lato ed alla vischiosità della comunità scientifica di riferimento dall'altro. In un simile contesto, per dirla con Carnap (*Die Aufgabe der Wissenschaftslogik*, Wien, 1934), il passaggio dalla metafisica alla scienza è difficile, quando non impossibile, perché non vi è condivisione circa gli stessi metodi di falsificazione delle proposizioni, cioè manca il linguaggio comune fondato su parametri, a cui mi pare si riferisca LP.

La Rivista, che nasceva nella stagione albare del nuovo millennio, ha tentato di dare vita ad un'intrapresa veramente collettiva, riunendo praticamente tutta la comunità scientifica dell'area disciplinare formata dai nati dopo il 1940, cioè che non avessero raggiunto la settima decade; ha assunto ad oggetto la comparazione globale e vi ha inserito un focus speciale sull'Europa non per storico vizio eurocentrico ma per la presenza di processi semi-federalizzanti non presenti in altri continenti e suscettibili di cambiare le forme della comparazione; si è data come missione di seguire tutti i formanti, come si può facilmente riscontrare nella struttura e nella organizzazione delle rubriche. Progressivamente, poi, ha cercato di indirizzare proattivamente le ricerche sui temi via via di attualità e sui terreni geografici più bisognosi. E questo compito sta cercando di sviluppare con crescente intensità. Ma di più non poteva fare.

I processi selettivi percorrono altre vie, la cui comunicazione con le riviste scientifiche è limitata e spesso a senso unico. In altre parole, molta produzione, limitata al diritto straniero o non sufficientemente ampia di orizzonte o comunque circoscritta nell'estensione dell'oggetto, preme sulle riviste di settore e talora, ove rigettata, confluisce in riviste di ambito costituzionalistico che hanno preso ad ospitare contributi di diritto straniero in nome della globalizzazione. Insomma, impossibile opporre un filtro adeguatamente selettivo da fungere anche da strumento di conformazione della dinamica evolutiva della comunità scientifica, se quest'ultima non ha sufficiente compattezza, coerenza e capacità di produrre da sé regole a valenza intersoggettiva. Qui soccorre il passo della *Logik der Forschung* (Wien, 1935, trad.it. Torino, 1970, 87 ss.) in cui Popper evidenzia come un gruppo che non ha la forza di accettare, imporre o eliminare enunciati protocollari non è

che un sistema arbitrario autoproclamatosi tale, in forma pienamente relativistica. O, ancora kantianamente (I. Kant, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Wissenschaft wird antreten können*, Königsberg, 1783, trad.it. Roma-Bari, 1992), si potrebbe dire che il vero passaggio alla scienza dallo stato di pseudoscienza si concretizza solo quando una comunità scientifica elabora, storicamente e logicamente a priori, un apparato concettuale condiviso, destinato comunque ad essere prima o poi parzialmente o totalmente superato.

Non si può dunque pretendere che uno strumento di comunicazione e di diffusione di ricerche all'interno di un gruppo assolvano alla funzione di governare la composizione di quest'ultimo, depurandolo dalle scorie, filtrandolo, se non indirizzandolo verso obiettivi che esso non sente propri. Sarebbe come se il demos, non riuscendo, come suggerisce Seyla Benhabib (*Situating the Self: Gender, Community and Post-Modernism in Contemporary Ethics*, London-New York, 1992), a formulare una politica dell'immigrazione consona al suo sentire, demandasse questo compito ad un canale informativo, collegato a sé ma esterno.

E d'altra parte, se la razionalità non è istantanea, ma si costruisce attraverso sequenze di teorie e programmi di ricerca (come sostiene I. Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes: Philosophical Papers*, Cambridge, 1978, trad.it., Milano, 1985), senza cadere nell'anarchismo epistemologico, le riviste di area non sono forse nemmeno lo strumento più idoneo alla costruzione delle teorie e valgono solo in parte alla loro eventuale falsificazione. L'alternativa dura è l'elitismo o autoritarismo (v. ancora I. Lakatos, *Ottava lezione sul metodo*, Milano, 1995, 137 ss.) di quanti, come ad esempio Kuhn e Polanyi, ritengono che solo una comunità scientifica dai confini ben determinati può formulare giudizi e poi falsificarli. Ancora una volta questo approccio si adatta meglio a discipline dure dai limiti rigorosi, come la fisica o la chimica, che a quelle sociali, specie allorquando le loro frontiere sono permeabili, come per i comparatisti occasionali che provengono da discipline pubblicistiche o per i comparatisti di formazione che escono dall'area per confluire in altre vicine.

Che cosa possono quindi fare in concreto le riviste di area, premesse le difficoltà di perimetrazione e di funzionamento della comunità scientifica di riferimento? Verosimilmente possono anzi tutto salvaguardare, come minimo, l'identità che si sono venute costruendo in venti anni e più. Ma questo non basta: occorre passare ad un ruolo non di mero recettore passivo, benché selettivo, di contributi in entrata, ma di proattiva promozione di ricerche da commissionare, sia per lavori singoli che per numeri speciali. La globalizzazione ha avuto tra gli aspetti positivi almeno quello di una circolazione di fatto illimitata nello spazio e velocissima nel tempo di dati e di teorie. Tanto materiale è difficilmente padroneggiabile da studiosi isolati, ma una direzione di gruppo, coesa, efficiente, assidua, può grazie ad un buon lavoro collettivo, segnalare, sollecitare, incitare, richiedere. Una concatenazione di ricerche di *équipe* è ormai l'unico modo per formulare sequenze di teorie, dare organicità al lavoro scientifico e permettere alla comunità di connotarsi e qualificarsi. Non è più tempo di corridoi solitari. Va rimarcato peraltro che il metodo del lavoro di gruppo dovrebbe poi estendersi alla fase dell'esecuzione della ricerca: il che è probabilmente la cosa più difficile. Oltre tutto, se questa tecnica è applicata a distanza, il rischio è che si ecceda con il taglio

verticale, per ordinamenti, così consolidando la tendenza al diritto straniero e lasciando la comparazione vera e propria ai soli coordinatori del numero o del volume. Ma con ciò si ritorna alle origini. Un numero monografico di contributi tutti di fattura trasversale richiede autori capaci di cimentarsi anche nel breve su di un mix di ordinamenti che richiedono competenze linguistiche diversificate. Circostanza la cui diffusione, come si è detto, non è ancora adeguata.

Solo il tempo e molto lavoro finalizzato potranno porre fine alla contraddizione tra produzione letteraria di settore e disfunzione dei canali di selezione della comunità scientifica. Il circolo vizioso non può spezzarsi istantaneamente, per i condizionamenti strutturali di cui si è detto, ma forse può logorarsi per effetto di una successione di buoni risultati scientifici, specie se alcune variabili indipendenti di natura legislativa potranno essere correttamente modificate.

Da ultimo, l'apertura alla comparazione globalizzata, cara a LP e largamente condivisa, non deve però far dimenticare a nessuno che, senza pretese eurocentriche o primazia dell'Occidente, quasi tutti gli istituti cardine del costituzionalismo, dalla democrazia alla separazione dei poteri, dai diritti di libertà allo Stato sociale, dalla laicità al carattere *paramount* della dignità, discendono dalla tradizione della *western legal culture* e non possono essere diluiti o stemperati in un pancomparatismo di maniera. Sarebbe come perdere di vista la stella polare...

Giuseppe Franco Ferrari
Dip.to di Studi Giuridici
Università comm.le L. Bocconi
ferrari.giuseppe@unibocconi.it

Su alcune questioni aperte nel diritto (pubblico) comparato

di Roberto Scariglia

1. – La pubblicazione del numero speciale della Rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, per celebrare i vent'anni dall'uscita del primo numero nel 1999, rappresenta per i cultori della comparazione giuridica – e non soltanto fra i pubblicisti – un momento importante di riflessione su alcune questioni aperte, che si pongono fra le *core questions* per la scienza comparatistica, in questo momento di particolare tristezza per il mondo intero. Della possibilità di presentare alcune notazioni minime, poco più di uno sguardo, sono grato a Giuseppe Franco Ferrari, e lo ringrazio per avermi anche dato l'opportunità di leggere la prima stesura del suo contributo e quello di Lucio Pegoraro, entrambi stimolanti, e matrici di riflessioni ulteriori. Ho condiviso, con gratitudine, alcuni riferimenti culturali che i due contributi hanno fatto emergere.

Queste brevi riflessioni riguardano non soltanto il diritto pubblico comparato, ma anche altre discipline che possano essere iscritte nell'insieme “diritto comparato” – da qui la parentesi nel titolo – e, in particolare, il diritto privato comparato, cui spesso viene fatto cenno nelle riflessioni della dottrina. Un interrogativo su questo punto, che forse può essere utile porsi, riguarda l'utilità della continua distinzione tra diritto pubblico e privato, e se la stessa non sia già divenuta, o stia diventando, obsoleta a livello nazionale, e ancor di più nel contesto del diritto comparato (v. E. Grande, *Development of Comparative Law in Italy*, in M. Reimann and R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2 ed., Oxford and New York, 2019, 9). Sorprende, tuttavia, che, nonostante la riforma del 2010 abbia individuato un unico gruppo per il diritto comparato, di cui fanno parte il diritto pubblico e quello privato – e per i quali vi è una sola Commissione di abilitazione nazionale composta da pubblicisti e privatisti – la rispettiva identità culturale sia difesa con zelo.

Le ragioni di fondo della difesa di questa identità possono essere ascritte soltanto alle regole accademiche? Oppure vi sono altre ragioni che appartengono alla mentalità dei singoli studiosi? Che ruolo giocano i confini del terreno teorico, gli ambiti disciplinari, entro cui si muovono i “giuristi” e i “comparatisti”?

In proposito, mi sento di esprimere la convinzione che la differenza fra ambiti disciplinari non implica necessariamente che le conoscenze e i risultati scientifici

realizzati all'interno di un settore non possano essere messi a disposizione di studiosi appartenenti a una diversa disciplina scientifica non solo nell'area giuridica, ma anche nel rapporto fra scienze sociali e scienze c.d. "dure", né tantomeno che discipline diverse possano trovare forme di integrazione (v. G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law: Theory and Method*, Oxford and Portland, OR, 2014, 36). La drammatica esperienza della pandemia del Covid-19 fa riflettere su come i giuristi abbiano bisogno di altre scienze per ricercare soluzioni possibili a fermare il contagio, di rafforzare le proprie basi cognitive e di dividerne problemi che la conoscenza scientifica può implicare (K.R. Popper, *Logik der Forschung*, Wien, 1925, trad. it., *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, trad. it., Torino, 1998, p. XXXIX).

2. – Nei venti anni di vita della *Rivista*, si sono costruite intersezioni, in cui, prima di ogni altra cosa, si sono condivise «storie personali, [...] individuali percorsi scientifici [e] culturali» (Ferrari), che, per molti di noi, si sono intrecciate, divenendo un legame personale, fatto di stima, ascolto, rispetto delle differenze, comunicazione, amicizia. Nelle *Ricerche filosofiche*, Wittgenstein descrive fenomeni come questo, osservando come «nel tessere un filo, intrecciamo fibra con fibra. E la robustezza del filo non è data dal fatto che una fibra corre per tutta la sua lunghezza, ma dal sovrapporsi di molte fibre, una all'altra» (L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, 1953, trad. it., *Ricerche filosofiche*, Torino, 1999, n. 67).

828

Come non essere grati ai *founding fathers* per avere reso possibile un "terzo spazio", dove stimoli intellettuali e curiosità personali hanno alimentato «il bisogno di pensare al di là delle tradizionali narrazioni relative a soggettività originarie e aurorali, focalizzandosi invece su quei momenti o processi che si producono negli interstizi, nell'articolarsi delle differenze culturali» (v. H.K. Bahbha, *Location of Culture*, London and New York, 1994, trad. it., *I luoghi della cultura*, Milano, 2001, 12). Il percorso difficile, lento, progressivo, in questo spazio, dove la ricerca di ibridazioni e di una rilevanza ontologica sembra essere la regola dell'insieme intersezione, non è certamente ancora concluso. La *Rivista*, intesa come spazio "inter-medio", piuttosto che una "casa comune", ha costituito in questi venti anni, e costituisce oggi – analogamente ad altre Riviste scientifiche in varie parti del mondo – il terreno per l'elaborazione di strategie di ricerca e di collaborazioni scientifiche, "from comparison to collaboration" (v. A. Riles, *From Comparison to Collaboration; Experiments with a New Scholarly and Political Form*, in *Law and Contemporary Problems*, 2015, vol. 78, 147-183). Non si può negare che i risultati delle "competizioni" per ottenere i finanziamenti per progetti di ricerca a livello nazionale, europeo e internazionale, hanno visto – e vedono, tuttora – la partecipazione di studiosi, che, in modi diversi, hanno contribuito a mantenere vivo questo spazio intermedio.

Rispetto al momento fondativo della *Rivista*, una generazione di giovani ricercatori e professori si sta affermando nella comunità scientifica internazionale, sia per la conoscenza delle lingue, e, in particolare, della lingua inglese e spagnola, sia per la velocità con cui le comunità epistemiche in rete hanno accesso agli scritti

dei ricercatori più brillanti, senza bisogno di citazioni c.d. amicali o coercitive. In proposito, sono portato a dubitare che questo tipo di citazioni relative ad (apparenti) verità scientifiche possano consentire un salto di qualità della ricerca comparativa, se si accetta il presupposto che l'oggettività delle asserzioni della scienza risiede nel fatto che le stesse possono essere controllate intersoggettivamente (richiamando Kant, v. K.R. Popper, *Logik der Forschung*, cit., p. 27). Con la velocità dei mezzi di conoscenza, attraverso la rete, il controllo sulle asserzioni scientifiche è più veloce ed efficace che in passato, e, in ogni caso, teoricamente può essere fatto. L'interdisciplinarietà della ricerca apre la strada all'integrazione di approcci metodologici, al confronto fra le scienze, al dialogo fra studiosi, gruppi di ricerca, e associazioni scientifiche. In particolare, il dialogo, fra le Associazioni scientifiche che hanno come obiettivo primario la comparazione giuridica, assume sempre più maggiore rilevanza non soltanto per l'integrazione e l'avanzamento delle conoscenze, ma anche per contribuire alla de-costruzione/ricostruzione del sistema attuale di valutazione della ricerca, incentrato sulla quantità piuttosto che sulla qualità, con ciò promuovendo l'idea che superando «un numero sufficiente di controlli, la comunità [...] lo accetta come uno che segue la regola, e con ciò lo mette in grado di impegnarsi in certi tipi di interazioni che dipendono dalla fiducia che i membri della comunità hanno nelle sue risposte» (S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, 1982, trad.it., *Wittgenstein su regole e linguaggio privato*, Torino, 2000, 88). Molte sono le questioni che restano aperte.

Potrebbero essere condotti, ad esempio, studi sull'intelligenza artificiale o sulla giustizia predittiva, senza la collaborazione di studiosi appartenenti ad aree scientifiche diverse? In che modo un dialogo scientifico può essere implementato? Quale ruolo il diritto comparato può assumere, rispetto al diritto interno, nel temperamento dei metodi utilizzati? Quale può essere la strada per avviare un dibattito su come costruire un linguaggio comune? E in che modo le Riviste scientifiche, come *DPCE*, possono contribuire a sviluppare un dialogo interdisciplinare su queste prospettive, anche modificando in futuro i parametri qualitativi per la pubblicazione di contributi?

Condivido pienamente la riflessione di Giuseppe Franco Ferrari che a queste domande possa dare una qualche risposta soltanto un ruolo "proattivo" della *Rivista* nell'individuare temi di ricerca e promuovere gruppi adeguati per realizzarli, seguirne gli sviluppi e validarne i risultati, forse «l'unico modo per formulare sequenze di teorie, dare organicità al lavoro scientifico e permettere alla comunità di connotarsi e qualificarsi». Pochi sono ancora gli studi comparativi che perseguono questa direzione, ma fenomeni complessi e globali richiedono sempre più questo approccio. Diversamente la ricerca comparativa potrebbe essere poco significativa e regredire progressivamente (v. R. Cotterrell, *Law, culture and society, legal ideas in the mirror of social theory*, London, 2016, 127, 141).

3. – Nei due contributi, cui queste brevi note si ispirano, alcune riflessioni riguardano l'essere o non essere "comparatisti". Non credo che esista un decalogo degli "*essentialia*" che possano caratterizzare l'esser comparatista, così come

considero poco utile a fini scientifici svolgere “la comparazione dei comparatisti”, come nella formulazione di giudizi, come “*A* lo è, *B* certamente no, *C* forse si, *D* si definisce tale, *E* è un bravo giurista interno, *F* è troppo eurocentrico”, etc. Difficilmente riesco a comprendere il *tertium* di questo genere di comparazione. Certo è che in alcuni casi si potrebbe sostenere con facilità che alcune idee abbiano contribuito nel tempo allo sviluppo della scienza comparativa, indipendentemente dalle scelte culturali e di settore di chi se ne è fatto portatore, ispirato piuttosto da una *legal originality* (v. M. Siems, *Legal Originality*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, vol. 28, n.1, 147-164).

Gli studiosi italiani hanno la fortuna di avere avuto – ed avere tuttora – dei maestri riconosciuti – che anche grazie alla circolazione nella lingua inglese del loro pensiero hanno contribuito al dibattito sulle idee “*beyond the frontiers of legal disciplines*”, e che i loro allievi hanno proseguito nel tempo. Mi viene in mente l’utilizzo dell’espressione “formante” e della teoria che ne è alla base, sviluppata da Rodolfo Sacco in un rapporto per l’*International Academy of Comparative Law* presentato a Teheran nel 1974, che, soltanto nel 1991, con la traduzione in inglese di James Gordley, è stato conosciuto nel mondo. Se ancora a metà degli anni Novanta l’uso di questa espressione da parte di un giuspubblicista era considerato quasi ideologico, oggi la parola stessa è utilizzata, spesso, come una sorta di “password” per (ritenere di) legittimare riflessioni a carattere comparativo anche nel campo del diritto pubblico, del diritto internazionale, del diritto penale, etc. La fortuna della teoria dei formanti potrebbe dimostrare che le scelte metodologiche sono indispensabili? E che hanno un significato se utilizzate nella loro pluralità anche nell’insegnamento e nella ricerca comparativa nel campo del diritto pubblico?

L’esperienza di *DPCE* ha consentito a cultori di varie aree disciplinari di confrontarsi con tradizioni giuridiche diverse da quella occidentale – che pure resta un modello di riferimento – e di prendere coscienza di argomentazioni, dialoghi, contrapposizioni, informazioni, mentalità, di segnali di vigore intellettuale e di debolezza, ma sempre maturati all’interno di questa esperienza. Tutto questo rappresenta un patrimonio che non può essere disperso, che la generazione più giovane ha il compito, difficile, di arricchire con il dialogo e la comunicazione, attraverso una comparazione che unisce (e non che divide) guardando agli insegnamenti dei maestri e alle idee dei *new scholars*, contribuendo così, quasi con lo spirito dell’apprendista medioevale, allo sviluppo della conoscenza scientifica.

Roberto Scarciglia
Dipartimento di Scienze politiche e sociali
Università degli Studi di Trieste
roberto.scarciglia@dispes.units.it

Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale

di Roberto Toniatti

1. – La meritata celebrazione del ventennale di *Diritto pubblico comparato ed europeo* offre l'opportunità per una riflessione sull'identità di una disciplina giuridica – il diritto pubblico comparato – che ha richiesto molta determinazione da parte dei suoi cultori per affermare, con il sostegno solidale dei colleghi comparatisti dell'area privatistica, la propria autonomia scientifica e metodologica rispetto ai cultori del diritto pubblico interno. Ancora oggi, anche se sempre meno spesso, si sente dire (non solo in Italia) che “il diritto comparato non esiste, non è altro che un metodo” e a questa banalità – ovvia e superficiale – viene da rispondere, con gioiosa gratitudine, che in realtà è proprio il metodo che costituisce e definisce l'autonomia della disciplina. A maggior ragione occorre, pertanto, che il metodo ci sia davvero e l'avvio di una riflessione in proposito – a conferma della vitalità della DPCE e del suo *entourage* – è a questo punto più doverosa che soltanto opportuna.

In argomento, giova anche non omettere di evidenziare come la rivista, sin dalla scelta originaria della sua ragione sociale, abbia inteso aprire ed integrare la ben consolidata comparazione fra ordinamenti statuali con lo studio del diritto *europeo*: nozione, quest'ultima, allora e in realtà ancora oggi *in progress*, in quanto risultante dalla giustapposizione dell'analisi comparata fra gli ordinamenti degli stati territorialmente continentali (incluse Norvegia e Svizzera, per intenderci), degli stati membri dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, del diritto sovranazionale dell'Unione Europea, del diritto internazionale regionale promosso dal Consiglio d'Europa con particolare rilievo (ma non solo) per la Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in un contesto del tutto innovativo di pluralismo costituzionale privo di una propria clausola di supremazia e nel quale il formante giurisprudenziale, attraverso il cosiddetto *judicial dialogue*, ha svolto un ruolo cruciale confermando la sua presenza all'interno del sistema delle fonti del diritto. Ricordo che tanti anni fa (forse l'a.a. 1994-95), quando Bruno de Witte fu *visiting professor* nel mio corso di diritto costituzionale comparato a Trento, convenimmo di mettere fra virgolette il titolo del suo ciclo di lezioni su il “diritto costituzionale” della Comunità Europea per il timore che tale qualificazione potesse essere considerata (da altri)

scientificamente infondata ed arbitraria e soprattutto fuorviante per gli studenti.

Si aggiunga il valore, in prospettiva comparata, dello studio di altri ordinamenti sovranazionali o a tendenza sovranazionale (ad esempio, in America Latina e in Africa occidentale) e di altre giurisdizioni internazionali in materia di tutela dei diritti fondamentali (come, ad esempio, con riguardo alla Corte Interamericana e alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli), ma anche in relazione all'esperienza non giurisdizionale di tutela dei diritti fondamentali nel contesto dell'ASEAN, che riflette una propria distinta concezione di tali diritti.

Già l'assunzione di queste dinamiche, di per sé, nell'ambito del campo d'indagine proprio della DPCE, anche in ragione dell'eterogeneità degli ordinamenti e della natura in fondo ancora sperimentale di taluni assetti, testimonia dell'opportunità di un approccio metodologico aperto alla pluralità e non dogmatico. In altre parole, la materia oggetto di indagine da parte dei comparatisti del diritto pubblico - anche con la specificità del proprio *focus* rispetto a quello dei cultori del diritto internazionale - è molto vasta e complessa e tali vastità e complessità non potrebbero non riflettersi anche sul piano del metodo comparato.

Preciso che i miei riferimenti e le mie valutazioni si rivolgono soprattutto al campo del diritto costituzionale comparato piuttosto che a quello, più ampio, del diritto pubblico in generale e, soprattutto, del diritto amministrativo. La precisazione conferma la circostanza per la quale il diritto costituzionale, in quanto proiezione prescrittiva di una visione complessa della *polis* - una sovrapposizione ed interazione di contenuti ideologici, culturali, storici, sociali ed economici di una comunità politica organizzata - si colloca in un'area scientifica di frontiera altamente condizionata da fattori estranei al diritto (ricordiamo come fino al post-franchismo in Spagna la disciplina fosse ancora nota soprattutto come *derecho político*).

In altre parole, l'orientamento ricostruttivo nella macro così come nella micro-comparazione nel diritto costituzionale non può non ispirarsi all'orientamento noto come *law in context* che, senza evidentemente rinunciare al metodo giuridico, rappresenta un passaggio ineludibile che si colloca al di là di un'analisi condotta con criteri strettamente dogmatici (le riflessioni di William Twining in *Law in Context: Enlarging a Discipline*, Oxford, 1997, non circoscritte al diritto costituzionale, sono ancora attualissime e fonte di ispirazione). E dunque il metodo comparato nel contesto del diritto costituzionale dovrà essere flessibile ed adattarsi alla natura dell'oggetto dell'indagine: è chiaro che una comparazione con un ordinamento europeo avrà meno bisogno del contributo dell'antropologia giuridica rispetto a quanto richiesto per un'indagine che includa ordinamenti extra-europei e altrettanto si dirà per il contributo *ad hoc* offerto dalle altre scienze sociali, con le quali il comparatista non può non avere familiarità.

2. - La definizione di una identità disciplinare e metodologica è però, di per sé, questione complessa ed è inevitabile che in proposito si manifesti una tendenza alla polarizzazione fra una visione rigorosa dell'ortodossia, orientata alla selezione e

all'esclusione ed una concezione eterodossa, più inclusiva, plurale, volta più a riconoscere in negativo ciò che è altro da sé – ossia i non comparatisti – che a determinare in modo restrittivo i requisiti indefettibili necessari per essere ammessi nel club. Del resto, è proprio la materia oggetto di indagine comparata ad esigere, come già rilevato, una significativa flessibilità metodologica.

Io mi riconosco in questa seconda concezione, che mi sembra maggiormente idonea ad esprimere tutta la ricchezza del potenziale della disciplina attraverso una tipologia articolata di contributi, quale – non a caso – è riflessa nella maggioranza della produzione della DPCE di questi primi venti anni. Dal punto di vista metodologico, la rivista viene pertanto a rappresentare il *mainstream* della produzione italiana nel campo del diritto pubblico europeo e comparato.

Lucio Pegoraro sembra invece volersi porre come “sacerdote” (laico, *por supuesto*) dell'ortodossia della comparazione nel diritto pubblico e non a caso parla di *actio finium regundorum*, ammettendo peraltro che si tratta di un'operazione non facile. Lucio impiega ottimi argomenti per raccomandare l'adozione di criteri molto esigenti al fine di concedere la patente di comparatista d'*élite*: perché di questo, a mio giudizio, si tratta. E dunque, secondo questa visione, l'affermazione della propria identità non ha più come interlocutori dialettici i non-comparatisti bensì gli “abusivi” della comparazione, che in realtà coltivano il diritto straniero o anche il proprio diritto interno ma rivolto (come capita con la pubblicazione di relazioni congressuali esposte all'estero) a un uditorio di stranieri ai quali si facilita la comprensione del proprio dire con traduzioni concettuali tipiche del comparatista.

Il rigore contro gli *abusivi della comparazione* presenta, fra gli altri, l'inconveniente di scoraggiare chi, almeno in una certa fase, non ha tutte le credenziali di ammissione in regola e, se non destinatario di ulteriori *chances*, potrebbe abbandonare del tutto il percorso articolato e vario della comparazione *mainstream* e finire nel gruppo dei cultori di diritto interno che si dilettono di “riferimenti comparatistici” di natura meramente informativa e soprattutto del tutto avulsi dal ragionamento di fondo della loro ricerca. I *seniores* della disciplina non dovrebbero dimenticare la propria esperienza individuale di maturazione, di sviluppo della capacità di impostare una ricerca, dell'evoluzione della propria attitudine non solo in sede di analisi ma anche nel cogliere e valorizzare il momento prezioso dell'intuizione.

La selezione ai fini della pubblicazione sulla DPCE dovrebbe in ogni modo essere assicurata da *referees* attenti e, soprattutto, orientati ad applicare criteri condivisi. Gli attuali ragionamenti sull'identità e sul metodo potrebbero essere posti alla base di un seminario formativo dei *referees* proprio al fine dell'elaborazione di criteri selettivi – ortodossi ovvero eterodossi che siano – coerenti ed omogenei fra loro e soprattutto imputabili alla rivista e non ai singoli responsabili del *peer review*. In tal senso, le osservazioni critiche qui commentate dovrebbero essere lette anche in chiave di (auto)critica indirizzata a chi negli anni ha contribuito alla selezione dei materiali da pubblicare.

Rimane il fatto che le ottime ragioni di Lucio Pegoraro non sono sufficienti, a mio giudizio, a condividere del tutto la prospettiva che egli pur autorevolmente indica. Vorrei approfondire criticamente alcune di tali ragioni per condividerne il

significato epistemologico e la prospettiva di una direzione scientifica ma non il potenziale esclusivo e selettivo che esse, secondo la lettura che ne faccio, verrebbero a determinare.

3. – L'orientamento metodologico ortodossa – come lo stesso LP precisa – non vuole essere una critica al passato glorioso quanto esprimere “lo stimolo per un dibattito sul futuro”.

Giova ricordare che lo stesso orientamento critico aveva già portato Lucio ad esprimersi molto severamente nei confronti dei cultori della nostra disciplina responsabili, a suo giudizio, di “parassitismo metodologico” nei confronti dei comparatisti di origine privatista (in *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2013, 305 ss.). In particolare, in quest'ultima sede si lamentava “la scarsa propensione all'approfondimento metodologico da parte dei costituzionalisti comparatisti” e dunque la scarsità di contributi volti sia ad individuare e approfondire le specificità metodologiche della comparazione nel diritto costituzionale, sia a partecipare all'elaborazione di un metodo giuridico comparatistico generale.

In argomento, c'è da osservare, in primo luogo, che non potrebbe non riconoscersi la “primogenitura” dei privatisti né nel merito della ricerca, né tantomeno sul piano della riflessione metodologica che ne è una conseguenza (non una premessa), né, infine, sul coordinamento dialogico con scuole straniere con le quali si è verificata una feconda convergenza anche nel focalizzare i profili del metodo. Non vi è dubbio che oggi nel mondo quando si parla di diritto comparato *tout court* si ha in mente il privato comparato. E' a quest'ultimo che si pensava – del resto *apertis verbis* – al convegno istitutivo dell'*International Association of Law Schools* (Honolulu, a memoria anno 2000) quando si è trattato di elaborare un appello alle Facoltà giuridiche per un aggiornamento del curriculum in vista della globalizzazione e del nuovo millennio, le altre due discipline essendo il diritto internazionale pubblico e privato (*conflict of laws*). Il primato ovviamente non giustifica il ritardo dei pubblicisti ma contribuisce a spiegarlo.

Ricordiamo inoltre anche che il severo giudizio di parassitismo metodologico rivolto da LP ai pubblicisti – in realtà più polemico nel titolo che nel corpo delle argomentazioni – si collocava in un contesto monografico dell'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi del 2013 dedicato al tema “*Diritto comparato e sistemologia: le nuove sfide*” e non c'è dubbio che proprio nel quadro della sistemologia i pubblicisti comparatisti siano stati piuttosto assenti, focalizzando piuttosto – come Lucio stesso, del resto, precisa – temi quali l'interpretazione costituzionale e la classificazione delle forme di stato e di governo che alla disciplina risulta particolarmente congeniale. Ed è vero che nella notevole bibliografia che correda il bel saggio introduttivo di Barbara Pozzo la presenza dei pubblicisti rimane vistosamente ma, ahinoi, coerentemente marginale, anche se non può non rilevarsi la mancata citazione proprio del lavoro in materia di A. Pizzorusso (*Sistemi giuridici comparati*, Milano, II edizione, 1998).

In argomento, è da osservare che anche a mio parere i

costituzionalcomparatisti dovrebbero occuparsi in misura ben maggiore di sistemologia nel quadro del rapporto fra costituzione e tradizione (o famiglia) giuridica di riferimento, circostanza di rado lamentata se non, autorevolmente, da Thomas Fleiner e Cheryl Saunders (*Constitutions embedded in different legal systems*, in M. Tushnet, T. Fleiner and C. Saunders (eds), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Abingdon, 2013, 21 ss.), anche se poi, in quella sede, non si va oltre ad una trattazione del rapporto fra costituzione e tradizioni di *civil law* e *common law*.

Nel 1992, partecipando con il capitolo *Il diritto pubblico comparato* (165-185) al volume *Che cos'è il diritto comparato* (a cura di P. Cendon, Milano, 1992) – risultato di ventidue interviste a Rodolfo Sacco da parte di altrettanti comparatisti privatisti e pubblicisti (in realtà, oltre al sottoscritto, era stato coinvolto solo Alessandro Pizzorusso, con il capitolo *Diritto comparato, costituzione e politica*) – ebbi modo di esprimere al Maestro una mia convinzione (di allora come di oggi), secondo la quale “la sistemologia può essere considerata ... un’area disciplinare preferenziale entro la quale rinsaldare il collegamento fra i distinti settori giuridici pubblicistici e privatistici e alimentare il rispettivo dialogo”. Ed altresì che “sia indifferente se il corso universitario di «sistemi giuridici comparati» sia tenuto da un comparatista di estrazione pubblicista o privatista”.

La risposta del Maestro fu che “allo stadio attuale, la sistemologia appare monistica, una e indivisibile come la Repubblica dei giacobini. Non sappiamo se con il tempo nascerà una sistemologia del diritto delle società, del diritto processuale civile, del diritto costituzionale, e così via”. Inoltre, “per sapere chi debba insegnare i sistemi, devi guardare caso per caso ... Il costituzionalista puro che insegna i sistemi crea un pericolo maggiore: non solo non sa i sistemi, ma cade nell’equivoca confusione fra costituzione e sistema, e perciò crede di sapere i sistemi”. Risposte ferme e chiare, secondo lo stile ammirevole di Rodolfo Sacco, ma non proprio incoraggianti.

Mi sembra anche da osservare che la ricerca auspicata da LP di un metodo giuridico-comparatistico generale, adatto a qualsiasi branca della scienza giuridica, se ridotto al binomio pubblico e privato, rimanga piuttosto riduttiva, in quanto omette di considerare che oramai – almeno nel contesto degli stati membri dell’UE – si sono ben consolidati gli studi comparati di ogni settore del diritto, dal penale al commerciale, dalle procedure al tributario, dal lavoro all’ecclesiastico. Mi scuso se cito ancora una volta la Facoltà di Trento, dove l’offerta didattica fisiologica copre ormai la comparazione in tutti i settori sopra citati (e si estende anche al diritto comparato delle religioni). Sarebbe illuminante sul punto diffondere due scritti pubblicati su un volume celebrativo della fondazione dell’Università di Trento (Trento, 2004) - l’uno, di Rodolfo Sacco, intitolato *Come è nata Giurisprudenza a Trento* e l’altro, di Roberto Toniatti, intitolato *Come è cresciuta Giurisprudenza a Trento* – per dare corpo alla realizzazione di un focus di didattica e ricerca di diritto comparato quanto mai diffuso ed “onnivoro”, ben oltre i due settori del privato e del pubblico.

La ricerca di un metodo comparato condiviso da tutti i giuristi comparatisti – che a questo punto non si potrebbe non ritenere opportuna – è un’impresa ardua e forse ancora inesplorata. Un punto di partenza potrebbe essere una discussione congiunta sulle Tesi di Trento per verificare quanto siano condivise e quanto

riflettano le prospettive di ricerca di ciascun settore giuridico. Le Tesi di Trento sono un manifesto culturale sulla scienza della comparazione giuridica elaborato nel 1987 da un circolo di autorevoli comparatisti privatisti (F. Castro, P. Cendon, A. Frignani, A. Gambaro, M. Guadagni, A. Guarnieri, P.G. Monateri, R. Sacco).

Non è questa la sede per riproporre il testo, che però è facilmente reperibile in rete ([it.wikipedia.org/wiki/Tesi di Trento](http://it.wikipedia.org/wiki/Tesi_di_Trento)).

Credo tuttavia che i riferimenti che Lucio implicitamente fa all'approccio del *law in context*, al *background* storico e culturale degli apparati istituzionali e normativi extraeuropei, alla ineluttabilità – fondata quasi più sulla deontologia professionale del comparatista che sulla curiosità scientifica - di superare i margini di eurocentrismo (quella che io chiamo, sia pure con approssimazione, *tradizione giuridica e costituzionale euro-atlantica*) possano implicare proprio un "impossessamento" (ovviamente non esclusivo) della sistemologia da parte dei costituzionalcomparatisti proprio in ragione dell'intima connessione fra tradizione giuridica e genesi del testo costituzionale (come spiegare il senso della *supreme law of the land* della Costituzione federale degli Stati Uniti se non alla luce della cultura giuridica di *common law* dei Fondatori?).

Questo percorso culturale e metodologico, però, per quanto auspicabile, non si improvvisa e richiede un impegno notevole, l'impegno di una *élite* di comparatisti nel diritto costituzionale ma non dovrebbe essere un percorso prioritario che ci si possa attendere da tutti e ancor meno che si possa imporre.

4. – Una motivazione di certo apprezzabile e condivisibile di Lucio Pegoraro si rinviene nella asserzione circa la funzione "sovversiva" della comparazione giuridica. Credo che tale funzione non appartenga solo al presente e al futuro della comparazione pubblicista ma anche al passato e abbia consentito a più di una generazione di studiosi di uscire dalle gabbie del positivismo statualista e nazionalista (anche se germi di sovranismo giurisdizionale e costituzionale si intravedono già anche nella dottrina italiana e non solo sull'orizzonte magiaro).

In questa fase, la *sovversione* dovrebbe produrre l'uscita dal preteso universalismo delle categorie pubblicistiche che dissimulano in realtà la loro origine euro-atlantica, la comprensione oltre che la conoscenza della pluralità dei contesti culturali pre-giuridici che, al di là dei testi, condizionano le costituzioni extra-europee, la considerazione della moltitudine di visioni del mondo delle popolazioni indigene nelle quali già l'enucleazione di un diritto ctonio dal patrimonio valoriale olistico e spirituale rappresenta probabilmente un'operazione artificiale. D'altronde, la comprensione delle dinamiche del pluralismo giuridico in senso forte e in senso debole costituisce un passaggio obbligato per ogni analisi seria del fenomeno giuridico e costituzionale nel mondo anche al fine di una valutazione del monismo giuridico (e delle sue eccezioni) della tradizione giuridico-costituzionale euro-atlantica.

Come ho avuto modo di sostenere (in *Comparing Constitutions in the Global Era: Opportunities, Purposes, Challenges*, 2019 Robert Casad Comparative Law Lecture, *Kansas Law Review*, 2019, vol. 67, 693 ss.), la diffusione nel mondo del fenomeno costituzionale ha fatto sì che parole e concetti come costituzione e

costituzionalismo abbiano perso il proprio significato originario e si applichino ora a contesti i più vari e con significati del tutto inattendibili: sia sufficiente riferirsi alla pratica sempre più frequente di ammettere un costituzionalismo non liberale o un costituzionalismo “con caratteristiche cinesi” mai precisate che valgono poco più di un ossimoro non innocente.

A questo punto o ci si impunta a qualificazioni dure e pure per le quali solo il costituzionalismo euro-atlantico è autentico e tutti gli altri sono brutte imitazioni ovvero ci si adatta alla prassi di qualificare di volta in volta se ci si muove in un contesto costituzionale euro-atlantico, ovvero cinese, ovvero asiatico, ovvero islamico, ovvero buddista, ovvero africano, ovvero misto con una componente di diritto ctonio, etc. e si procede a classificare sia il *genus* sia le *species* all'interno del *genus* e a comparare le *species* fra di loro.

Un compito affascinante ma che richiede un patrimonio culturale pregiuridico imponente, un patrimonio linguistico fuori dal normale (anche solo per conferire attendibilità alle traduzioni in lingue note), una disponibilità a soggiorni di studio ripetuti e prolungati, la collaborazione di colleghi *in loco* che siano in grado – in quanto comparatisti – di decodificare le loro categorie, il che è particolarmente arduo se, come nella maggioranza dei casi succede, hanno completato i loro studi negli Stati Uniti e confondono il diritto statunitense con il diritto occidentale (che non esiste).

Si pensi, a mero titolo di esempio, alla difficoltà di una rilettura del diritto socialista sovietico – una delle tradizioni giuridiche europee apparentemente estinta – nel contesto culturale e politico asiatico (come nell'opera di H. Fu, J. Gillespie, P. Nicholson, W.E. Partlett (eds), *Socialist Law in Socialist East Asia*, Cambridge, 2018). Si pensi alla necessità di ripensare la categoria della laicità dello stato asiatico alla luce della spiritualità di fondo della società (non a caso l'emendamento al preambolo della costituzione indiana che ha inserito la qualificazione di *secular* a quell'ordinamento non riesce ad abbandonare il sistema di *personal laws* a base religiosa per la disciplina della sfera dei diritti civili - *in primis*, il diritto di famiglia – e a sostituirlo da un *uniform civil code* come pur previsto dalla costituzione). E l'esemplificazione potrebbe continuare a lungo.

Non intendo – sia chiaro - negare la comparabilità fra ordinamenti noti e quella che è stata ben definita come “comparazione estrema” (G. Crespi Reghizzi, *La comparazione giuridica estrema: l'Est europeo, l'Estremo Oriente, l'Africa e l'India*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 2012, 241 ss.) ma affermare che occorre elaborare criteri di classificazione e categorie innovative e appropriate.

Ancora una volta, si tratta della vocazione di una *élite* di studiosi che, a mio giudizio, risulta difficilmente generalizzabile oltre limiti ristretti e che, in ogni modo, non dovrebbe rappresentare la premessa per dubitare della funzione scientifica di chi preferisca occuparsi di micro o macro-comparazione consolidata fra ordinamenti dell'area euro-atlantica.

5. – Per queste ragioni, senza disconoscere il merito del richiamo di Lucio Pegoraro, rimango dell'idea di privilegiare una concezione aperta, plurale ed

eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale e di riconoscere lo spazio per un'espansione materiale del campo d'indagine, di fatto nella sfera del cosiddetto *Global South*. È ragionevole attendersi che questo filone di ricerca comparata nel campo del diritto costituzionale debba elaborare ed affinare profili metodologici appropriati, partendo però non, *a priori*, da questi ultimi – in via generale ed astratta – ma lavorando sul campo, confrontando risultati ed investendo soprattutto nelle verifiche empiriche *a posteriori*.

In conclusione, osservo come già una prima generazione di comparatisti ha esercitato la funzione sovversiva che Lucio Pegoraro fondatamente riconosce alla disciplina *tout court*: la comparazione giuspubblicistica, anche grazie alla DPCE, è oggi attività scientifica fisiologica, quasi universalmente riconosciuta (con il conferimento della fascia A) anche se con la tendenza a circoscriverla in campi paradigmatici culturalmente angusti e miopi, - dai quali, ad esempio, il fenomeno dell'integrazione sovranazionale tende a scomparire -, definiti burocraticamente in sede ministeriale e purtroppo spesso confermati da alcune commissioni per le valutazioni comparative ai fini del progresso in carriera.

Si tratta, dunque, di un'acquisizione preziosa, da preservare e coltivare, perfezionandola ma non sovvertendola. Ho avuto la fortuna di tenere per sei anni un corso di metodologia del diritto comparato all'interno di una Scuola di dottorato nella Università Pompeu Fabra di Barcellona, con un corpo di una trentina di studenti provenienti per circa la metà da numerosi stati dell'America latina e per l'altra metà da una dozzina di stati europei. Si è trattato di un'esperienza del tutto gratificante, anche se mi ha consentito di verificare come in quasi tutti i casi si dovesse partire da una totale *tabula rasa*.

È necessario, a mio giudizio, mantenere sempre la barra in una direzione realistica e ricordare che in ogni circostanza della vita esiste sempre una pluralità di interessi, di vocazioni, di priorità. E di questo si deve tenere conto. Pertanto, proprio in questo quadro caratterizzato dal pluralismo, è più che fondato porsi *anche* l'obiettivo di preparare una nuova generazione di studiosi nel diritto costituzionale non solo europeo e comparato che, nel tempo, riesca a produrre la sua sovversione.

Credo che la DPCE possa e debba avere un ruolo anche in questa prospettiva, senza però pregiudicare quanto già acquisito e consolidato adottando criteri ispirati ad una ortodossia metodologica; e che occorra piuttosto chiedersi se, accanto alla DPCE ed eventualmente ad altri laboratori culturali innovativi, non si possano sollecitare anche le scuole giuridiche universitarie e soprattutto i dottorati di ricerca affinché attivino percorsi formativi che vadano in direzioni innovative, anche con l'acquisizione nei dipartimenti giuridici di competenze nelle scienze sociali che si confermano come particolarmente preziose per la formazione del giurista.

Roberto Toniatti
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Trento
roberto.toniatti@unitn.it

“Una specie che si crede un genere”: il diritto pubblico comparato e i sedimenti della post-modernità

di *Domenico Amirante*

1. – Le celebrazioni per i vent'anni di vita della rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo* sono state occasioni propizie non solo per azionare la macchina del tempo e reimmergersi nel fermento culturale degli anni Novanta del secolo scorso, in bilico fra la velleitaria ipotesi di “fine della storia” e il più realistico ‘benvenuto’ alla nuova storia del mondo globalizzato, ma anche per scattare un’istantanea (con una *polaroid* metodologica, improvvisamente tornata di moda) sullo stato dell’arte della comparazione giuspubblicistica in Italia. Volendo fare un bilancio aziendale, quindi quantitativo, degli ultimi due decenni bisognerebbe riconoscere che il diritto pubblico comparato gode oggi nel nostro paese di ottima salute. Il numero di professori e ricercatori del Settore scientifico-disciplinare IUS/21, che era significativamente il fanalino di coda delle discipline giuridiche nell’ultima ristrutturazione burocratica dell’area, è infatti notevolmente cresciuto, a dimostrazione che il sistema universitario sta investendo su di noi. Inoltre la quantità di pubblicazioni, fra monografie, articoli e saggi, è aumentata a dismisura, fino a costringere l’ANVUR ad identificarci come uno dei settori più prolifici nel sottobosco dei non-bibliometrici e ad alzare moltissimo l’asticella del numero di quelli che oggi si chiamano (ahinoi) “prodotti” necessari per accedere alle qualifiche accademiche o alle funzioni di commissario. Anche il numero di riviste scientifiche che si richiamano, per un verso o per l’altro, alla comparazione pubblicistica è esploso negli ultimi anni e questo ‘effetto mimetico’ può essere considerato uno dei maggiori successi di DPCE e più in generale del movimento intellettuale che fa capo all’Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo (magistralmente presieduta, nel corso degli anni, da Ferrari, da Frosini, e oggi da Tarchi).

Tuttavia, come ricorda nelle pagine di questo numero Lucio Pegoraro, nonostante l’indiscusso successo della rivista-pilota del diritto pubblico comparato (il cui merito va riconosciuto a quelli che l’hanno creata ed ai molti che hanno contribuito a portarla avanti negli anni), la nostra disciplina sembra non aver trovato ancora una propria precisa identità, tanto da spingerlo a chiedersi se “ci vive davvero una famiglia” oppure se “i suoi ospiti assomigliano ancora ai viaggiatori che trovano rifugio in un ostello”. Nelle poche righe che seguono

proverò a rispondere brevemente a questo interrogativo, o meglio a riformularlo in una prospettiva diversa, proposito che mi solleva dal compiere una ricostruzione organica della tematica, peraltro impossibile in un rapido commento.

2. – Quella dell'identità del 'diritto pubblico comparato' e dei suoi rapporti con i settori contigui, dal fratello gemello 'diritto privato comparato', al patrigno, il 'diritto costituzionale', al diritto internazionale ed europeo, è indubbiamente la *vexata quaestio* della nostra disciplina, storicamente oggetto di fieri *certamina* all'ultimo sangue. Chi scrive è fra quelli che non sono mai stati particolarmente interessati alla questione, così come all'annoso, ed a mio avviso ormai superato, dibattito sull'attribuzione dei caratteri di scienza ovvero di metodo al diritto comparato nel suo complesso.

Si tratta infatti, secondo me, di problemi legati alla fase 'adolescenziale' della disciplina e che il bisogno di un riconoscimento del suo carattere scientifico, e quindi della sua autonomia, da parte della comunità accademica, esigenza che mal si attaglia alla nostra ormai raggiunta 'maturità', attestata dai successi, almeno in termini quantitativi, che ho appena elencato sopra. Il tutto nasce però da un equivoco di fondo, che richiede una breve riflessione, alla quale deve seguire un cambiamento di prospettiva.

L'inquietudine del comparatista pubblicista deriva infatti da un irrisolto complesso edipico nei confronti del patrigno, il diritto costituzionale, ambito di studi dal quale effettivamente la comparazione a carattere pubblicistico ha preso le mosse e dal quale è stata fortemente condizionata, soprattutto nella sua fase di crescita, a partire dal secondo dopoguerra ad oggi. La ricerca della scientificità, spesso intesa come aderenza ai paradigmi delle scienze esatte, ha seguito quindi un percorso di 'sterilizzazione' della disciplina da scomodi compagni di viaggio, la filosofia, la scienza politica, la sociologia, per molti addirittura la storia. Ma tale operazione ne ha inaridito in qualche modo il potenziale, che, come ricorda ancora Pegoraro, è essenzialmente euristico, innovativo e, per certi versi, 'sovversivo'. In tal senso credo sia utile ricordare le parole di una voce 'fuori dal coro' (ancorché autorevolissima) come quella di Mario Galizia che, già nel 1954 (in *Scienza giuridica e diritto costituzionale*) avvertiva del pericolo cui andavano incontro molti comparatisti che nel "tentativo di inquadrare i nuovi fenomeni" oscillavano fra i due estremi di un recepimento acritico della sociologia e della scienza politica oppure di una riconduzione dei "nuovi concetti nelle strutture classiche con la conseguenza ... che essi sono rimasti praticamente assorbiti da quelli tradizionali ed il sistema ha perduto comunque ogni rigore e coerenza". Ancora oggi per sminuire la validità di uno studio o di una ricerca le si affibbia l'etichetta di lavoro 'sociologico' o 'politologico', come se il confrontarsi con altre discipline meritasse automaticamente un marchio d'infamia e non, invece, una nota di merito.

Il diritto pubblico comparato si è quindi allineato ai percorsi di legittimazione scientifica del diritto costituzionale, che, in quanto disciplina 'interna', poteva godere dell'uso di rassicuranti categorie dommatiche e dell'adesione ad uno stretto positivismo, che aveva peraltro il non trascurabile vantaggio di postulare l'aderenza alla lettera delle nuove costituzioni post-belliche

come baluardo alla barbarie dei totalitarismi appena sconfitti. In questo modo la nostra disciplina ha in qualche modo ‘dimenticato’(ma fortunatamente non irrimediabilmente disperso) il suo *proprium* che, come ricorda Giorgio Lombardi nelle *Premesse al corso di diritto pubblico comparato* (un *livre de chevet* del comparatista, del 1986, da portare sempre con sé), spinge “a salire ai livelli superiori, per giungere ... a potersi proporre autonome finalità scientifiche, tali da prospettare e risolvere nuovi problemi di carattere generale, pur senza avere la pretesa di scoprire le leggi del divenire sociale, i principi di un diritto immutabile, le regole astratte della teoria generale”. In pratica il diritto comparato individua la direzione, ma non conta i passi necessari per arrivarci (come fa, invece, il dommatismo positivista), né esclude che si possano percorrere diversi sentieri per giungere alla meta.

Il rapporto irrisolto con il diritto costituzionale ha comportato una seconda conseguenza pernicioso, che riguarda più in particolare i temi e le categorie concettuali sviluppate dal diritto pubblico comparato italiano con uno sguardo (epistemologico e metodologico) rivolto sempre verso l'interno, come se la comparazione si facesse solo in Italia. Ovviamente, rapporti intensi e collaborazioni con i colleghi oltre frontiera non mancano, ma continuiamo a ragionare attraverso schemi classificatori quali ‘forme di stato’, ‘forme di governo’, ‘sistema delle fonti’ che sono del tutto ignoti, se non addirittura incomprensibili, al di fuori dei nostri confini, con l'eccezione di poche zone geografiche nei quali l'accademia locale è stata in qualche modo influenzata da quella italiana (penso in particolare ad alcuni paesi dell'America latina). Andate a tradurre in inglese, ad esempio, ‘forma di governo’ e vi scontrerete con l'assenza non solo del termine ma della stessa categoria concettuale, inconveniente che capita anche con i francofoni, con i quali si può tentare di trovare un terreno comune di riflessione nella nozione di *régime* (che però spesso accomuna forma di stato e di governo). Questo non solo riduce enormemente il potenziale di diffusione nel mondo della dottrina comparatistica italiana, che ha invece molto da offrire al fiorente dibattito comparatistico internazionale di oggi, ma si riflette anche in un pericoloso appiattimento di ricerca e didattica all'interno dei nostri confini (al quale stanno però cercando di porre rimedio alcune recenti ricostruzioni manualistiche quali, ad esempio, i *Sistemi costituzionali comparati*, di Pegoraro-Rinella, 2017 ed altri che per brevità qui non cito). Non si tratta certo di rifiutare la gloriosa tradizione dottrinale mortatiana, che resta tuttora assai valida, ma di veicolarla in termini dialogici ed appetibili nell'arena internazionale. Bisognerebbe poi interrogarsi, attraverso uno studio orientato in tal senso delle dottrine straniere, sulle motivazioni che portano i comparatisti di gran parte del mondo ad utilizzare categorie diverse dalle nostre per descrivere gli stessi fenomeni. Nel mio piccolo, mi sono trovato ad affrontare simili difficoltà nel lavoro di coordinamento di uno dei volumi del ponderoso *Trattato di diritto pubblico comparato* (che dobbiamo ad un'intuizione di Giuseppe Franco Ferrari) pubblicato in tre lingue, nel quale ho cercato di spiegare ai colleghi stranieri (nella versione in inglese, attualmente in bozze) l'utilità che riveste la nozione di forma di governo per analizzare le evoluzioni della democrazia in un contesto totalmente diverso da quello occidentale, quale quello del *South Asia*. Pur rispecchiando stilemi e forme esteriori

del *common law* il diritto dell'Asia meridionale ha forti connotazioni originali e non può essere analizzato solo attraverso lo studio del *case-law* e del formante giurisprudenziale, secondo l'approccio tipico dei *common lawyers* anglo-sassoni.

Per le ragioni che ho fin qui rapidamente elencato il passaggio dall'introversione all'estroversione del nostro diritto pubblico comparato è quindi, oggi più che mai, necessario.

3. – Un aiuto nella direzione appena indicata ce lo ha fornito, forse inconsapevolmente, il MIUR, unificando i settori comparatistici del Diritto pubblico (IUS/21) e del Diritto privato (IUS/02) in un'unica area concorsuale (la 12/E2) nella quale si confrontano oggi commissari e candidati che avevano vissuto, fino a pochi anni fa, vite parallele destinate a non incrociarsi quasi mai. Questo 'matrimonio d'interesse', apparentemente solo burocratico e legato al momento concorsuale (per tutto il resto i due settori disciplinari restano ancora separati), ha in realtà innescato un lento ma graduale processo di riconduzione della nostra disciplina nella 'casa comune' del diritto comparato. Si è conseguentemente sviluppato, negli ultimi anni un fermento collaborativo che ha portato a ricerche condivise, incursioni incrociate nelle rispettive riviste d'area, convegni interdisciplinari, insegnamenti comuni (personalmente collaboro, con grande soddisfazione, ad un corso modulare di sistemi giuridici con un collega privatista). Un simile processo ha comportato una serie di vantaggi per il diritto pubblico comparato, 'dinamizzando', per così dire, la nostra disciplina. Una prima conseguenza è stata quella di velocizzare il percorso di autonomizzazione dal diritto costituzionale interno, fatto che, lungi dall'allontanarci dai colleghi costituzionalisti, può soltanto favorire il dialogo con gli stessi. Tornando alla metafora del complesso edipico dobbiamo infatti considerare che, se l'esigenza dell'adolescente è quella di "uccidere il padre" (nel nostro caso il patrigno), una volta compiuto l'omicidio simbolico i rapporti tendono a migliorare e si elevano in genere ad un livello superiore, caratterizzato da una maggiore consapevolezza e da un ritrovato dialogo. Ma il vantaggio principale è di carattere metodologico e consiste nella convinta acquisizione degli strumenti del diritto comparato *tout court* (compreso il coraggio epistemologico di un Rodolfo Sacco, quando incita a guardare all'antropologia o alla linguistica) nella nostra 'scatola degli attrezzi', riscattando quel 'parassitismo metodologico' contro il quale spesse volte si è scagliato Pegoraro. Oggi il diritto pubblico comparato, ormai acclimatatosi nell'accogliente casa comune della metodologia comparatistica 'generale', può consapevolmente dedicarsi ai problemi del mondo liquido post-moderno: il ruolo del diritto pubblico nell'ordinamento multilivello internazionale, le nuove soggettività giuridiche emergenti (dall'intelligenza artificiale ai diritti della natura), la connotazione multiculturale delle nostre società, l'esigenza di confrontarsi con diritti scaturenti da altre concezioni del mondo (dai valori asiatici, alle cosmovisioni latino-americane, all'*ubuntu* africano), la necessità di lavorare su sistemi misti, ibridazioni, meticcianti giuridici. Possiamo in altre parole, facendo uso di una 'modestia' tipicamente post-moderna, riconoscerci come "specie" del più ampio *genus* del diritto comparato, senza abbandonare le nostre caratteristiche

peculiari, ma senza neanche ricercare a tutti i costi etichette di autonomia scientifica “separata”. Il rigore metodologico, caratteristica imprescindibile di qualsiasi intrapresa scientifica, non può essere un pretesto per escludere ambiti ed oggetti scomodi dalle nostre analisi, ma va inteso come una bussola per orientarci nelle intricate questioni che la post-modernità, foriera di dubbi più che di certezze, pone oggi al diritto.

In conclusione credo che oggi il diritto pubblico comparato non abbia più bisogno di crederci un “genere”, ma possa accettare, senza complessi di inferiorità, la sua caratterizzazione come specie, una specie che gode, lo ripeto, di ottima salute. Non dobbiamo infatti dimenticare che il plotone dei comparatisti italiani (fra pubblico e privato raggiungiamo oggi, secondo l’anagrafe CINECA, ben 306 unità) è il più nutrito al mondo e che possiamo fornire un contributo essenziale alla crescita ed allo sviluppo del diritto comparato ‘generale’ a livello globale, se saremo in grado di usare appieno il nostro bagaglio metodologico nella difficile navigazione fra i sedimenti della post-modernità.

Domenico Amirante
Dip.to di Scienze Politiche
Università della Campania “Luigi Vanvitelli”
domenico.amirante@unicampania.it

Note e commenti

Prestazione di servizi pubblici tra gara d'appalto e affidamento *in-house*

di Enrico Ajmar

Title: Public services between competitive procedures and in-house providing

Keywords: In-house providing; Teckal; Dir. 2014/24/UE.

1. – Con la pronuncia che si va ad annotare è stata definita dalla Quarta Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea la causa avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dalla Corte suprema di Lituania, concernente l'individuazione della disciplina applicabile *ratione temporis* all'appalto pubblico conteso e la compatibilità rispetto al diritto eurounitario di una normativa interna che preveda limiti più stringenti all'affidamento diretto (tale è il fulcro della questione, come efficacemente sintetizzato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni).

Il caso in esame prende avvio dall'aggiudicazione di una gara per la fornitura di plurimi servizi a favore degli amministratori della città di Kaunas (Lituania) nel 2014. All'esito di tale procedura, la società Irgita risultava la vincitrice e veniva stipulato un contratto di durata triennale che prevedeva, tra gli altri aspetti, un limite massimo al volume di servizi che potevano essere chiesti all'appaltatrice, senza però stabilire una soglia minima di affari garantiti all'impresa e prevedendo un tariffario commisurato alle prestazioni effettivamente svolte.

Due anni dopo, quindi con ancora in esecuzione il contratto predetto, l'amministrazione aggiudicatrice, a seguito dell'autorizzazione da parte dell'Autorità per gli appalti pubblici lituana, procedeva ad effettuare un'operazione interna di *in-house providing* a favore di una società il cui capitale era detenuto totalmente dalla stessa aggiudicatrice ed il cui fatturato era stato generato, per l'anno precedente, in suo favore per una quota pari al 90,07%. L'oggetto dell'aggiudicazione era il medesimo di quello della gara d'appalto di due anni prima.

La società Irgita procedeva allora all'impugnativa dell'operazione, con esito negativo in primo grado ma positivo in appello.

Il caso arrivava così alla Corte suprema, che rilevava che «la causa del procedimento principale solleva la questione generale del rapporto tra operazioni interne e rispetto del principio della libera concorrenza tra operatori indipendenti» (cfr. par. 22 della pronuncia in commento).

Tale assunto si basa anche sulla posizione della giurisprudenza amministrativa nazionale che subordina la legittimità di un'operazione di *in-house providing* non solo al rispetto dei requisiti previsti dalla già menzionata sentenza Teckal, ma anche alla sua conformità ai criteri di continuità, buona qualità e accessibilità del servizio nonché della

parità di trattamento e della capacità di competere degli operatori economici fornitori di servizi (cfr. par 23 della pronuncia in commento).

Ebbene, il giudice del rinvio, dubitando della conformità di siffatta disciplina al diritto eurounitario, operava un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* domandando se tali ulteriori restrizioni fossero compatibili con il diritto UE e se fosse legittima la loro origine giurisprudenziale.

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, a livello eurounitario la disciplina relativa all'affidamento dei pubblici servizi è stata oggetto di continui sviluppi pretori e legislativi. Trattasi infatti di un ambito di forte interesse per l'Unione, in cui si vogliono garantire la libera concorrenza tra operatori economici e la fruizione dei servizi da parte della collettività degli amministrati.

Un punto fermo che costituisce la base di partenza della successiva disciplina legislativa è la nota sentenza Teckal (sentenza 18 dicembre 1999, C-107/98), citata infatti nella pronuncia in commento, che ha sancito i requisiti per la legittimità delle operazioni di *in-house providing*. Trattasi del c.d. controllo analogo e dello svolgimento della parte più rilevante dell'attività societaria a favore delle pubbliche amministrazioni.

Più in particolare, il "controllo analogo" «tende ad assicurare che tra amministrazione pubblica titolare delle partecipazioni nella società *in-house* e quest'ultima intercorra un rapporto così stretto da assimilarla ad un organo interno della prima», rendendosi pertanto necessario che la totalità della partecipazione sia pubblica (cfr., per tutti, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 354).

Alla base di tale requisito vi è l'imprescindibile elemento per cui «un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte se l'operatore realizza la parte più importante della propria attività con l'ente territoriale che lo controlla» (cfr. par. 50 sentenza Teckal).

Il secondo requisito è invece finalizzato a scongiurare un'alterazione della concorrenza da parte della società pubblica che, del resto, è resa forte dalla posizione privilegiata dettata dall'affidamento diretto e dal capitale pubblico.

Sulla scia di tale storica pronuncia si è innestato un florilegio di contributi giurisprudenziali che hanno permesso di specificare i due requisiti sanciti dalla CGUE.

Tra gli altri, con la sentenza CGCE 11 gennaio 2005 (causa C-26/03) si è precisato che, nell'ambito di un rapporto intercorrente tra un'amministrazione aggiudicatrice ed una società da essa giuridicamente distinta, nella quale tale amministrazione detenga una partecipazione insieme con una o più imprese private, non è ravvisabile una situazione di controllo analogo a quello esercitato dall'ente sui propri servizi (cfr. D. Rosato, *Appalti in house: rassegna critica della giurisprudenza*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, n. 4/2006, pp. 46 ss. Per un autorevole commento critico, cfr. G. F. Ferrari, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione concorrenziale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2005, pp. 834 ss.).

La successiva sentenza CGCE 13 ottobre 2005 (causa 458/03) ha ulteriormente sancito la necessità della stabilità del requisito del controllo analogo. Più specificamente, non vi è controllo analogo quando l'ente aggiudicatore è gravato dall'obbligo di liberarsi da parte delle quote della società affidataria, con ciò comportando la sostanziale terzietà della stessa (cfr. D. Rosato, *op. cit.*, p. 50).

Ancora, la Corte di giustizia ha avuto, tra l'altro, modo di precisare che l'interpretazione dei requisiti Teckal deve essere restrittiva, svolgere alcune ulteriori riflessioni sull'ipotesi di partecipazione di un socio privato scelto tramite gara e sulla

prestazione, che deve avere ad oggetto l'interesse pubblico e non quello privato, per quanto meritevole di tutela e rivolto a fini sociali [cfr., rispettivamente, sentenze 6 aprile 2006 (causa C-410/04), 15 ottobre 2009 (causa C-196/08), 19 giugno 2014 (causa C-574/12), tutte annotate da G. F. Ferrari: *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2006, pp. 1367 ss.; *Società miste e affidamento diretto di servizi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2010, pp. 251 s.; *La Corte di giustizia tiene il punto sui requisiti Teckal*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2014, pp. 1373 s.].

Nel 2014 è tuttavia intervenuta una direttiva, da recepire entro il 18 aprile 2016, la n. 2014/24/UE (c.d. direttiva appalti), che, all'art. 12, par. 1, lett. c), stabilisce che, ai fini del controllo analogo, «nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata» (di tale novità, che impone una parziale modifica degli orientamenti sviluppati dalla sentenza Teckal, dà ancora conto, tra gli altri, G. F. Ferrari, *La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era "Teckal"*, in *Questa rivista*, n. 2/2017, pp. 347 s.).

Si consentono quindi partecipazioni private, pur nei limiti sopra descritti, ampliando così le strette maglie della sentenza Teckal.

Tale direttiva, peraltro, non obbliga «gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici» (cfr. considerando 5, richiamato nella pronuncia in commento).

3. – Dato questo preambolo sul diritto eurounitario rilevante per la risoluzione del caso di specie, l'attenzione si può focalizzare sulle disposizioni interne richiamate dal giudice del rinvio.

In particolare, la legge lituana sugli appalti pubblici riporta al par. 1 dell'art. 10 i requisiti appena menzionati, sancendo però che «nell'autorità aggiudicatrice (rectius, aggiudicataria) controllata non vi è partecipazione diretta di capitali privati», con ciò escludendo la partecipazione del privato che ormai la direttiva 2014/24/UE ammette, pur con i limiti sopra richiamati.

Inoltre, «un'operazione interna può essere conclusa solo in casi eccezionali quando siano soddisfatte le condizioni di cui al par. 1 e la continuità, la buona qualità e la disponibilità dei servizi non possano essere garantite acquistando tali servizi per mezzo di procedure di appalto pubblico», con ciò esprimendo un favor per l'esternalizzazione.

Per il periodo 2014-2017, quindi quello in cui è stata eseguita l'operazione di in-house providing oggetto del contendere, era anche necessaria un'autorizzazione da parte dell'Autorità degli appalti pubblici (come già accennato supra).

4. – Nel panorama comparato, può essere interessante un accenno al diritto italiano, che ha conosciuto in questo settore diverse discipline che si sono succedute nel tempo.

In ultimo, il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016) ha definito il requisito della prevalenza, fissando all'80% il limite minimo di fatturato che deve essere conseguito per conto dell'amministrazione pubblica (cfr. art. 16, comma 3).

A differenza del diritto lituano, non si prevede l'autorizzazione da parte di un'autorità indipendente, per vero – come accennato – non più prescritta.

Il legislatore esprime però un particolare favor per l'affidamento dei servizi al mercato poiché «ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto

servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche» (cfr. art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici).

Le pubbliche amministrazioni hanno quindi un onere motivazionale da rispettare che consente di ritenere che vi sia un rapporto regola-eccezione tra l'affidamento al mercato e l'in-house providing. A tal proposito, particolarmente significativa e attinente al caso in commento è la decisione del Consiglio di Stato di proporre una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE per valutare la compatibilità con il diritto eurounitario di tale gerarchia interna (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, ord. n. 296/2019).

Per vero, il diritto UE non esprime una particolare preferenza per l'uno o l'altro regime, lasciando liberi gli Stati di decidere, pur nel rispetto dei requisiti più volte qui riportati e dei principi di matrice europea, quale quello della libera concorrenza (cfr. ancora, in particolare, il considerando n. 5 della direttiva 2014/24/UE. Così anche l'Avvocato generale al par. 51 delle sue conclusioni al caso in commento).

5. – Ebbene, in primo luogo i giudici di Lussemburgo osservano che la disciplina applicabile al caso di specie è costituita dalla direttiva 2014/24/UE, atteso che bisogna guardare alla normativa in vigore al momento della decisione definitiva di ricorrere ad un'operazione interna. Tale soluzione è suggerita anche dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni (par. 30), non rappresentando certamente un novum atteso che si pone in linea di continuità con la precedente giurisprudenza della Corte [cfr. Sentenze del 5 ottobre 2000, Commissione/Francia (C-337/98); dell'11 luglio 2013, Commissione/Paesi Bassi (C-576/10); del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13), e dell'8 febbraio 2018, Lloyd's of London (C-144/17)].

Peraltro non si può mancare di osservare come tale profilo, sollevato dal giudice a quo, seppur in astratto interessante, rischi di peccare nel caso concreto di specifica rilevanza. Vero è che, essendo l'amministrazione aggiudicatrice esclusiva proprietaria della società in-house, non sarebbero ravvisabili comunque profili di censura rispetto alla previgente – e più stringente – disciplina.

Ancora, la Corte di giustizia, ridefinendo i confini della poco chiara domanda posta dai giudici lituani, chiosa che la direttiva 2014/24/UE, lungi dal privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi a scapito di altre, si limita ad autorizzare gli stessi Stati membri ad escludere l'applicazione della direttiva stessa nel caso di operazioni interne rispettose dei requisiti sopra precisati (controllo analogo e attività prevalente. Cfr. parr. 43 e 44 della pronuncia in commento).

Infine, i giudici eurounitari precisano che l'art. 12, par. 1 della direttiva appalti, letto alla luce del principio di trasparenza, «deve essere interpretato nel senso che le condizioni cui gli Stati membri subordinano la conclusione di operazioni interne devono essere fissate mediante norme precise e chiare del diritto positivo... che devono essere sufficientemente accessibili e prevedibili nella loro applicazione, al fine di evitare qualsiasi rischio di arbitrarietà» (cfr. par. 57 della pronuncia in commento). Tale principio di diritto invero sorprende e disattende le conclusioni dell'Avvocato Hogan, che appaiono invece lineari e condivisibili (cfr. parr. 55 ss.). Se è vero, infatti, che tra i principi del diritto europeo vi è quello della certezza del diritto, è anche vero che – come più volte ribadito – nulla obbliga allo Stato di prevedere requisiti più stringenti per procedere ad operazioni di in-house providing; men che meno la direttiva sembra

suggerire o addirittura imporre lo strumento mediante il quale prevedere eventuali limitazioni.

Ad ogni modo, in conclusione, spetta al giudice del rinvio valutare se l'operazione interna eseguita nel corso dell'esecuzione del contratto d'appalto precedentemente stipulato con l'impresa privata abbia dato luogo a violazioni del contratto medesimo o del principio di trasparenza enucleato in sentenza.

In proposito, assume senz'altro importanza il profilo del legittimo affidamento, da valutare in concreto tenuto anche in considerazione che, come accennato supra, la stazione appaltante non ha contrattualmente garantito un volume minimo di affari all'impresa.

Enrico Ajmar
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Genova
enricojmar@gmail.com

Consenso dell'interessato all'uso dei *cookie*: è necessario un comportamento attivo affinché sia validamente espresso

di Gianluca Bellomo

Title: Consent of the data subject to the use of cookies: an active behavior is required for it to be validly expressed

Keywords: Regulation (EU) 2016/679; Directive 2002/58/EC; Consent.

1. – «Questo sito utilizza cookie tecnici e di profilazione propri e di terze parti per le sue funzionalità e per inviarti pubblicità, contenuti e servizi più vicini ai tuoi gusti e interessi. Chiudendo questo messaggio, scorrendo questa pagina o cliccando qualunque suo elemento acconsenti all'uso dei cookie per le finalità indicate. Per negare il consenso a tutti o ad alcuni cookie o anche solo per saperne di più clicca qui». Quotidianamente, navigando in Rete, capita a chiunque di imbattersi in messaggi come questo, in particolar modo quando accediamo a siti non consultati precedentemente (molto spesso tale avviso è preceduto da titoli con il seguente tenore «Noi teniamo molto alla tua privacy» o «Per noi la privacy è un argomento estremamente importante», o ancora «Per noi la privacy è una cosa seria»). La reazione da parte dei singoli utenti, di volta in volta, si declina in vari modi. Così ad un estremo si può trovare chi decide di addentrarsi nei labirinti del consenso, cercando di governare in modo consapevole l'adesione o meno alle richieste poste dal gestore del sito web visitato, passando da un link all'altro e cercando di spuntare i singoli consensi richiesti nelle pagine dove si viene condotti secondo le proprie preferenze, ma pagando un costo che varia da sito a sito in termini di tempo da impiegare in tali operazioni. All'estremo opposto, invece, c'è chi non ponendosi minimamente il problema dei motivi per i quali gli venga richiesto di fornire il proprio consenso con il messaggio apparsogli, o più semplicemente non intendendo investire tempo su tali operazioni, accetta tutto quello che gli viene sottoposto senza troppi problemi pur di arrivare il prima possibile alla pagina per la quale si era connesso al sito (per un interessante studio empirico sul tema v. L.M. Coventry, D. Jeske, J.M. Blythe, J. Turland, P. Briggs, *Personality and Social Framing in Privacy Decision-Making: A Study on Cookie Acceptance*, in *Frontiers in Psychology*, 7/2016, reperibile in www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2016.01341/full). Dietro quel «click» su di un pulsante virtuale, però, si nasconde un mondo molto più complesso di quanto possa sembrare a prima vista, che può avere conseguenze, spesso nemmeno minimamente percepite dagli utenti, sulle proprie libertà e diritti fondamentali. Ancora una volta, insieme a Flaubert, si potrebbe affermare che «le bon Dieu est dans le détail».

2. – I cookie (traduzione in inglese di “biscotti”) consistono in piccoli elementi di dati o file di testo di modeste dimensioni che i siti visitati dagli utenti inviano ai loro terminali chiedendo di poter essere memorizzati per essere poi ritrasmessi agli stessi siti alla visita successiva (su cui cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Informativa e consenso per l’uso dei cookie, in www.garanteprivacy.it).

Non tutti i cookie però sono uguali. Ne esistono, infatti, di differenti tipi a seconda dei criteri di classificazione che si decide di adottare.

Tra le più diffuse categorie di cookie che si possono rinvenire in rete, in prima battuta, si possono segnalare i c.d. cookie tecnici: che servono cioè per effettuare la navigazione o per fornire un servizio richiesto dall’utente; non vengono utilizzati per scopi differenti da quelli citati; e solitamente sono installati direttamente dal titolare del sito web.

Esistono poi i c.d. cookie analytics, e cioè file che forniscono particolari tipi di informazioni e dati sulla navigazione effettuata sui singoli siti web. A riguardo il Garante italiano nel provvedimento dell’8 maggio 2014 ha precisato che questa tipologia di cookie può rientrare tra quelli tecnici solo a particolari condizioni (e cioè «se utilizzati a fini di ottimizzazione del sito direttamente dal titolare del sito stesso, che potrà raccogliere informazioni in forma aggregata sul numero degli utenti e su come questi visitano il sito»).

Una ulteriore rilevante tipologia di cookie, richiamata anche in apertura del presente scritto, è rappresentata dai c.d. cookie di profilazione, che possono essere del gestore del sito o di terze parti. Proprio questi ultimi sono quelli che solitamente sono utilizzati per memorizzare le preferenze degli utenti al fine di raccogliere informazioni con finalità di pubblicità e marketing comportamentale on-line, così da fornire, durante la navigazione agli utenti della rete, annunci personalizzati in base ai comportamenti di ricerca e di navigazione tenuti. Sono quindi proprio questi ultimi file che fanno sì che, dopo aver effettuato ricerche su un determinato prodotto o servizio, inizino ad apparire “magicamente” sul nostro browser proprio pubblicità relative a quanto cercato in rete (su cui per alcune riflessioni relative ai limiti al “behavioral advertising” e all’interpretazione della normativa statunitense in materia posta in essere dal Northern District of California, cfr. K. McKinnon, *Nothing Personal, It’s Just Business: How Google’s Course of Business Operates at the Expense of Consumer, Privacy*, in J. Marshall J. Info. Tech. & Privacy L., Vol. 33, 2018, 187-212).

Da quanto appena tratteggiato diventa evidente che non tutti i cookie, quindi, hanno la medesima attitudine a produrre possibili conseguenze negative sui diritti e sulle libertà delle persone e, ove ciò si verifici, non tutti ne producono nella medesima entità.

Da una parte, il legislatore europeo ha risposto a questa varietà di tipologie tecniche di cookie prevedendo un differente regime giuridico di regolazione di questi e, quindi, in particolare per quelli potenzialmente più lesivi della sfera individuale dei singoli, ha esplicitamente previsto l’obbligatorietà dell’istituto del “consenso dell’interessato” ai fini dell’installazione di questi sui terminali dei singoli utenti. Dall’altra, però, se l’adozione di differenti modalità attuative della necessaria richiesta di consenso all’installazione di questi può essere, ove progettata in modo ingannevole dal gestore del sito web visitato, attuata aggirando di fatto la tutela predisposta dal legislatore, ciò potrebbe comportare un peggioramento dei livelli di rischiosità per i diritti degli utenti più deboli – nel senso di meno consapevoli e/o informati circa le conseguenze derivanti dal subire una modalità di concessione del consenso all’installazione di cookie ingannevole (per uno studio empirico sui cambiamenti relativi all’uso dei cookie conseguenti alla piena entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/679, cfr. M. Degeling et al., *We Value Your Privacy ... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR’s Impact on Web Privacy*, in *Network and Distributed Systems Security (NDSS)*, Symposium 2019, 24-27 February 2019, San Diego, CA, USA, 25

June 2019, 1-20, reperibile in [arxiv.org/ abs/ 1808.05096](https://arxiv.org/abs/1808.05096); ma anche, per una ricostruzione storica ed una comparazione tra l'approccio europeo e statunitense, v. D. Breznitz, V. Palermo, Privacy, Innovation and Regulation: Examining the Impact of the European 'Cookie Law' on Technological Trajectories, in SSRN, 8 March, 2018, reperibile in [ssrn.com/ abstract=3136789](https://ssrn.com/abstract=3136789)).

3. – La questione pregiudiziale che ha condotto alla pronuncia della Grande Sezione della Corte di Lussemburgo sulle tematiche sopra accennate nasce tra la Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV (Federazione delle organizzazioni e associazioni di consumatori – Federazione delle organizzazioni di consumatori, Germania) e la Planet49 GmbH, società tedesca che propone giochi in Rete.

La Società che, il 24 settembre 2013, predisponendo un gioco a premi on line su di un sito internet con estensione .de, al fine di consentire agli utenti di Internet di parteciparvi, chiedeva di fornire il proprio codice postale e successivamente, su di una pagina alla quale venivano rinviati i singoli partecipanti, il nome ed indirizzo di ognuno. Al di sotto dei campi nei quali inserire il proprio indirizzo i singoli utenti rinvenivano due didascalie, in corrispondenza delle quali vi erano due caselle di spunta. La prima non era preselezionata, la seconda invece sì.

Nella prima didascalia era riportato il seguente testo «acconsento a ricevere informazioni per posta, per telefono, per posta elettronica o via SMS da sponsor e partner sulle offerte del loro rispettivo settore commerciale. È mia facoltà stabilire qui autonomamente i soggetti legittimati ad inviarmi dette offerte, in caso contrario la scelta spetta all'organizzatore. Posso revocare il consenso in qualsiasi momento. Ulteriori informazioni al riguardo si trovano qui».

Nella seconda casella, già pre-selezionata invece, si poteva leggere «Acconsento a sottopormi al servizio di analisi web Remintrex. Di conseguenza, l'organizzatore del gioco a premi, [la Planet49], a seguito dell'approvazione della mia registrazione al gioco, installa cookie al fine di analizzare tramite Remintrex le mie navigazioni sul web e le mie visite ai siti Internet dei partner commerciali e di inviarmi pubblicità centrata sui miei interessi. Posso cancellare i cookie in ogni momento. Per ulteriori dettagli si legga qui».

Per poter partecipare al gioco on line l'utente doveva obbligatoriamente spuntare almeno la prima casella ma non necessariamente la seconda, che però trovava già spuntata.

A seguito di tale conformazione della piattaforma di accesso al gioco on line, dopo una serie di ricorsi prima stragiudiziali e poi giudiziali, la questione è approdata fino al Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania) che ha proposto una serie di questioni pregiudiziali di fronte alla Corte di Giustizia volte a chiarire, da una parte, quali fossero i requisiti minimi di validità di espressione del consenso alla luce della normativa europea in materia di tutela dei dati personali e dall'altra, la portata dell'obbligo di informazione di cui all'articolo 5, paragrafo 3 della direttiva 2002/58/CE in materia di trattamento dei dati personali e di tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Più in particolare la Corte federale di giustizia tedesca ha chiesto al giudice di Lussemburgo se:

- 1) a) il consenso può essere considerato validamente espresso ai sensi della direttiva 2002/58/CE, art. 5 par. 3 e dell'art. 2 lett. f), in combinato disposto con l'art. 2, lett. h) della direttiva 95/46/CE, nel caso in cui la memorizzazione di informazioni o l'accesso a informazioni già archiviate nel computer di un utente siano ammesse attraverso una casella preselezionata che l'utente deve deselezionare per negare il suo consenso;

b) alla luce della citata normativa vi sia differenza nel caso in cui le informazioni archiviate o consultate siano o meno dati personali;
c) ove si verificchino le condizioni di cui al punto 1) a), il consenso possa essere ritenuto valido alla luce del regolamento (UE) n. 2016/679.

2) Quali informazioni debbano essere necessariamente comunicate dal fornitore di servizi all'utente affinché quest'ultimo possa essere considerato come soggetto informato in termini chiari e completi ex art. 5, par. 3, della direttiva 2002/58/CE. E se tra tali informazioni obbligatorie da fornire rientrino anche la durata della funzione dei cookie ed il fatto che soggetti terzi abbiano accesso agli stessi.

4. – In prima battuta va rilevato 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 l'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, che peraltro aveva esso stesso già sollevato la problematica della valutazione della questione alla luce di entrambe le normative (direttiva 95/46/CE e regolamento (UE) n. 2016/679).

Le richieste poste alla Corte di Giustizia sostanzialmente vertono quindi: da una parte sulla nozione di consenso e sulla validità di espressione dello stesso alla luce della normativa europea; dall'altra sulle informazioni da fornire obbligatoriamente agli utenti di servizi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2002/58/CE.

Preliminarmente si noti che l'archiviazione di cookie sul terminale di un utente che decida di partecipare al gioco proposto dalla Società tedesca rappresenta giuridicamente un trattamento di dati personali, in quanto detti file contengono un codice numerico associato ai dati di registrazione del singolo utente (nome ed indirizzo). Ciò detto, ai sensi dell'art. 5, par. 3 della direttiva 2002/58/CE, gli Stati membri devono assicurare che l'archiviazione di informazioni o l'accesso ad informazioni già archiviate nel terminale di un utente siano consentite solo ed esclusivamente a seguito di fornitura di consenso informato (cioè fornito in modo chiaro e completo) da parte dell'utente stesso anche con riferimento agli scopi del trattamento. Per quanto riguarda le modalità corrette di fornitura del consenso la direttiva in parole rinvia alla nozione di consenso dell'interessato come previsto dalla direttiva 95/46/CE, oggi sostituita dal regolamento (UE) n. 2016/679 (su cui cfr. almeno G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (cur.), GDPR e normativa privacy, Commentario, Wolters Kluwer, Milano, 2018, I ed., 78-84).

In particolare, l'art. 7, lett. a), della direttiva 95/46/CE prevede che il consenso da parte della persona interessata debba essere manifestato «in maniera inequivocabile». Ma solo un comportamento attivo, come sottolinea la Corte (p.to 55 della sentenza), può essere idoneo a soddisfare tale requisito. Il dover deselezionare una spunta in una casella, infatti, non può dare la certezza, in assenza della rimozione della spunta, che l'utente abbia letto l'informazione posta in corrispondenza della stessa o addirittura abbia anche solo visto detta casella preselezionata. Né si può sostenere che il fatto che l'utente abbia spuntato la prima delle due caselle comporti automaticamente che abbia validamente espresso il proprio consenso all'installazione di cookie così come indicato nella seconda casella preselezionata.

Passando ad analizzare la questione alla luce del regolamento (UE) n. 2016/679, l'interpretazione risulta ancora più esplicita nel senso dell'assenza dei requisiti minimi di validità di espressione del consenso da parte dell'interessato. La nuova normativa,

infatti, oltre a prevedere espressamente che il consenso debba essere attivo e specifico, al considerando 32 addirittura esclude espressamente che possa essere considerato come valido un consenso fornito attraverso «il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle» chiarendo definitivamente la posizione del legislatore su tale questione. Alla luce di quanto sopra la Corte si può limitare a constatare quanto esplicitato nel Regolamento e risolve quindi agevolmente, in senso negativo, le questioni 1) sub a) e c).

Per quanto riguarda, invece, la questione 1 sub b), relativa alla eventuale differenza di validità del consenso a seconda se i dati archiviati sul terminale dell'utente siano qualificabili come dati personali o meno, e se ciò rilevi ai fini della necessità di richiesta del consenso, la Corte la risolve, con pochi rapidi passaggi argomentativi, in senso negativo. Questa, infatti, si limita a ribadire il divieto di installazione di stringhe di file (cookie) ad insaputa dei singoli utenti sui terminali di questi ultimi indipendentemente dalla tipologia di dati coinvolti. Tali passaggi sono così riassumibili: quanto previsto dall'art. 5 par. 3, della direttiva 2002/58/CE, che fa riferimento all'«archiviazione di informazioni» e all'«accesso a informazioni già archiviate» senza fare esplicito riferimento al fatto che tali informazioni debbano rientrare o meno nel novero dei dati personali; le conclusioni dell'Avvocato generale (par. 107), dove viene sottolineato come tale normativa miri a proteggere la vita privata degli utenti di servizi di comunicazione elettronica indipendentemente dal coinvolgimento di dati personali o meno; ma anche, infine, il considerando 24 della direttiva 2002/58/CE che prevede che qualsiasi informazione archiviata nell'apparecchiatura di un utente di rete di comunicazione elettronica fa parte della sfera privata dell'utente stesso e che quindi deve essere tutelata in base a quanto previsto dalla convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (su tali temi va segnalato come sia stato rilevato in dottrina, in senso critico, che «Article 5(3) of the Directive, also known as the 'cookie law', is a specific example of the inconsistency created by the semantic overlapping between privacy and data protection. ... The rationale is commendable; it forbids stealth collection of users' information by way of hidden tracking technologies such as cookies, web beacons, and so on. Its enforcement, by contrast, has been proved legally unnecessary, technically confused, and practically useless», A. Monti, R. Wacks, *Protecting Personal Information*, Hart Publishing, England, 2019, 27).

L'ultima questione posta alla Corte viene risolta nel senso che sia il periodo di attività dei cookie, sia la possibilità o meno da parte di terzi di accedere agli stessi rientrano tra le informazioni che il fornitore di servizi deve comunicare ai fruitori di un sito Internet. L'interpretazione della Corte viene resa da una parte alla luce di quanto previsto dall'art. 5, par. 3 della direttiva 2002/58/CE e della direttiva 95/46/CE, in cui si prevede che i singoli utenti debbano essere informati in modo chiaro e completo sugli scopi del trattamento e cioè l'utente esprima il proprio consenso con piena coscienza di causa (p.to 74 della sentenza); dall'altra sulla base dell'obbligo imposto dalla normativa di effettuare un trattamento leale nei confronti della persona interessata (art. 10 direttiva 95/46/CE). In quest'ultimo caso, infatti, ove l'utente non fosse messo a conoscenza del periodo di attività dei cookie, e quindi del periodo durante il quale possono essere raccolte informazioni sulla frequenza delle eventuali visite dell'utente ai siti dei partner pubblicitari di chi organizza il gioco a premi, ciò farebbe venire meno proprio quel presunto rapporto di lealtà che dovrebbe esistere tra utente e gestore del sito web visitato nel trattamento dei dati personali del primo da parte del secondo. Alla medesima conclusione si arriva dalla lettura dell'art. 13, par. 2, lett. a) del regolamento (UE) n. 2016/679 che prevede esplicitamente l'obbligo di fornire all'interessato informazioni relative al periodo di conservazione dei dati personali o ai criteri per la determinazione di tale periodo ove non fosse possibile fornire un periodo esatto.

5. – Sia qui consentita, infine, qualche breve considerazione finale sul tema.

In prima battuta non si può tacere sul fatto che la pronuncia della Corte sulle questioni affrontate era largamente scontata, almeno per chi si occupa di queste tematiche. Ciò in particolare alla luce del regolamento (UE) n. 2016/679 che ormai, come correttamente rilevato nella sentenza, ha già interiorizzato il principio della necessità di un comportamento attivo da parte degli interessati affinché il consenso sia espresso validamente ed ha esplicitamente vietato a tal fine l'uso di caselle pre-spuntate. Va però rilevato, d'altronde, che l'aver chiarito anche in via giudiziale da parte della Corte che il ricorso a caselle preselezionate rappresenta oggi una pratica sicuramente scorretta avrà un notevole impatto sulla conformazione dei siti web che rientrano nel campo di applicazione della normativa e che continuano, ancora oggi, a porre in essere tale tipo di modello gestionale del consenso sull'uso di cookie.

D'altra parte restano ancora aperte molte ulteriori questioni sulle quali prevedibilmente in un futuro molto prossimo la Corte, il legislatore, ma anche e, forse, soprattutto, le autorità tecniche indipendenti nazionali in materia (a maggior ragione ove attuino una interpretazione largamente condivisa della materia) saranno chiamate a fare chiarezza, così da dare regole maggiormente uniformi nella gestione dei cookie agli operatori del web e ridurre in tal modo anche eventuali effetti distorsivi della concorrenza. In particolare, di seguito ci si limita ad accennare ad un paio di questioni particolarmente significative ed esemplificative di alcune problematiche in materia che sono ancora da affrontare compiutamente.

La prima è relativa alla definizione di criteri ufficiali di classificazione dei cookie. Come accennato (*supra*, par. 2), infatti, non tutti i cookie sono uguali e non tutti presentano il medesimo livello di rischiosità per le libertà ed i diritti fondamentali degli utenti, ed infatti, come visto, esiste un diverso regime di gestione del consenso previsto dal legislatore a seconda della tipologia di cookie che il sito web intende installare sul terminale dell'utente. La partita però troppo spesso si decide proprio sulla maggiore o minore rigidità interpretativa nell'uso dei criteri di classificazione dei cookie effettuata dai gestori dei siti web. Con una interpretazione eccessivamente estensiva dei criteri di classificazione dei cookie, che può essere posta in essere da parte degli operatori, infatti, ricomprendendo cioè i cookie per i quali è necessario acquisire il consenso dell'interessato (es. c.d. cookie di profilazione) tra quelli per i quali ciò non è previsto (es. c.d. cookie tecnici o necessari), si può ottenere, di fatto, un aggiramento della normativa a presidio delle libertà e dei diritti degli utenti coinvolti. Su tali sottili confini interpretativi, quindi, fare chiarezza delimitando in modo più netto i criteri per la classificazione delle differenti tipologie di cookie potrebbe incidere positivamente sulla riduzione di possibili abusi da parte degli operatori del mercato.

La seconda questione è relativa, invece, alla politica, attuata ancora oggi da molti gestori di siti web, di inserire un messaggio che appare non appena ci si collega al sito web visitato che ricorda all'utente che la navigazione su quel sito determina l'implicito consenso all'installazione di cookie. Può essere considerato il semplice continuare la navigazione, alla stregua di un comportamento attivo, in una logica di trattamento "leale" effettuato dal gestore del singolo sito web? Quanto questo tipo di azione può essere idoneo a configurare un consenso consapevole per gli interessati giuridicamente valido? Anche in questo caso, fare chiarezza potrebbe ben contribuire a riequilibrare un rapporto troppo spesso ancora eccessivamente sbilanciato tra i gestori dei siti web (che, giova ricordare, sono dei professionisti operatori del settore), e i singoli visitatori che, troppo spesso, rappresentano la parte più debole nel rapporto che si viene ad instaurare. Se poi dovesse verificarsi anche l'ipotesi in cui il sito web al quale l'utente si collega dovesse essere, di fatto, di monopolio del settore, ed al quale difficilmente un utente potrebbe rinunciare a collegarsi senza avere forti ripercussioni sulla propria vita privata o lavorativa, la disparità di potere tra le parti in gioco diventa difficilmente accettabile dall'ordinamento alla luce dei principi vigenti in materia.

A riguardo, in verità, si segnala che già si rinvengono le prime risposte degli ordinamenti nazionali ed europeo, ed in particolare che tra i soggetti più reattivi si segnalano proprio le autorità garanti per la tutela dei dati personali nazionali, che non si sono fatte attendere nel fornire alcune prime indicazioni di dettaglio sui confini applicativi della normativa in materia.

Infatti, ad esempio, sulla prima questione, come già ricordato, l'Autorità italiana ha già fornito, con il citato provvedimento dell'8 maggio 2014, alcune prime indicazioni di massima sui criteri di classificazione dei cookie.

Sulla seconda, invece, si può citare, tra le altre e a titolo esemplificativo, l'Autorità francese (CNIL), che nel proprio Piano d'azione per il 2019-2020 (CNIL, *Online targeted advertisement: what action plan for the CNIL?*, 28 June 2019, reperibile in www.cnil.fr/en/online-targeted-advertisement-what-action-plan-cnil) ha provveduto a dettagliare, anche alla luce di quanto affermato dal Comitato europeo per la protezione dei dati, quelli che ha ritenuto essere i confini applicativi per la validità del consenso in materia di cookie e di altri dispositivi di tracciamento, affermando che: «the entry into force of the GDPR and the guidelines of the European Data Protection Board on consent have strengthened the requirements for consent. They explicitly exclude scrolling down, swiping or browsing through a website or application as a valid expression of consent. Because the 2013 recommendation of the CNIL on cookies and other tracking devices allows obtaining consent via scrolling down, browsing or swiping through a website or application, it is no longer in line with the applicable rules». Anticipando, così, quella che molto probabilmente a breve potrebbe diventare la posizione ufficiale della Corte di giustizia in una prossima pronuncia, o anche direttamente una statuizione del legislatore europeo.

Gianluca Bellomo
Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali,
Università degli Studi "G. d'Annunzio"
gianluca.bellomo@unich.it

La legittimità di alcune differenze di trattamento in materia di trasporto aereo

di Alessandro Caprotti

Title: The legitimacy of some differences in treatment on air transport issues

Keywords: Legitimacy; air transport; differences in treatment.

1. – La recente sentenza *Gennaro Caffaro c. DQ* ancora una volta vede impegnata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel tentativo di armonizzare e chiarire l'interpretazione e l'applicazione dei principi contenuti nella Direttiva n. 78/2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione lavorativa.

Nel caso di specie, tuttavia, l'applicazione dei principi contenuti in detta normativa si trova a dover essere bilanciata con la disciplina prevista dal punto FCL.065 dell'allegato I del regolamento UE n. 1178/2001 che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative relativamente agli equipaggi dell'aviazione civile ai sensi del regolamento n. 216/2008 del Parlamento europeo, come modificato dal regolamento UE n. 290/201 della Commissione europea.

La questione, pertanto, si riferisce ad una particolare categoria di lavoratori che è direttamente regolata da una normativa europea e che, perciò, si inserisce nell'ambito di quelle mansioni lavorative che sono disciplinate, nei loro elementi fondamentali, da una disciplina comunitaria.

Andando subito all'analisi del quadro normativo di riferimento, il punto FCL.065 del regolamento 1178/2001 all'allegato I, concernente i requisiti necessari alla validità della licenza di volo personale ed intitolato "Limitazione dei privilegi dei titolari di licenze che abbiano compiuto i 60 anni di età nel trasporto aereo commerciale", prevede che:

"a) Età compresa tra 60 e 64 anni. Velivoli ed elicotteri. Il titolare di una licenza di pilotaggio che ha raggiunto l'età di 60 anni non può operare come pilota di un aeromobile in attività di trasporto aereo commerciale, eccetto che: 1) come membro di equipaggio plurimo; 2) a condizione che tale titolare sia l'unico pilota dell'equipaggio di volo ad aver raggiunto i 60 anni di età.

b) Età di 65 anni. Il titolare di una licenza di pilota che ha raggiunto l'età di 65 anni non può operare come pilota di un aeromobile in attività di trasporto aereo commerciale".

La disciplina così indicata dovrebbe essere applicata, come già anticipato, in conformità dei principi relativi al permesso di disparità di trattamento di situazioni

simili solo in casi eccezionali come previsto dalla Direttiva 78/2000 secondo quanto indicato dal considerando 23 e dall'articolo 4 della stessa.

Considerando 23 della direttiva 78/2000:

“In casi strettamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un handicap, all'età o alle tendenze sessuali costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato. Tali casi devono essere indicati nelle informazioni trasmesse dagli Stati membri alla Commissione”.

Articolo 4 della direttiva 78/2000:

“Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”.

Pertanto, secondo quanto indicato nella Direttiva 78/2000, mantenendo ferme le disposizioni dell'art. 2 relative alla distinzione tra discriminazione diretta e indiretta e alla legittimità di misure nazionali necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui, è giustificabile l'applicazione di una differenza di trattamento quando tale disparità non costituisce elemento essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa e quando il fine della condotta o della misura intrapresa dal legislatore o dal datore di lavoro rispetta i requisiti di legittimità e proporzionalità previsti dall'articolo 4 della stessa direttiva.

Identificato il quadro normativo di riferimento europeo è opportuno segnalare quanto invece previsto dal diritto italiano in materia. La DQ è una società di trasporti aerea la quale esercita attività riservate per le esigenze dei servizi segreti dello Stato italiano ai fini della tutela della sicurezza nazionale; per questo motivo i suoi aerei sono equiparati ad aeromobili di Stato in base alla disciplina dell'articolo 744 del codice della navigazione.

Inoltre l'articolo 748 dello stesso codice prevede che gli aeromobili di Stato non siano sottoposti alla disciplina indicata da predetto articolo, tuttavia, il giudice del rinvio ha segnalato come il limite d'età per l'attività professionale dei piloti della DQ, così come enunciato dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 settembre 2008 sia stato adottato proprio sulla base del citato articolo 748 secondo quanto segue:

"Tenuto conto delle finalità di cui ai precedenti articoli si stabilisce che i piloti possono svolgere attività professionale fino e non oltre il compimento del sessantesimo anno di età”.

2. – La vicenda oggetto del procedimento principale vede come protagonista il Sig. Caffaro, dipendente della DQ in qualità di pilota di aeromobile dal 26 settembre 1988 al 19 settembre 2012.

La società ha comunicato, tramite lettera, la cessazione automatica del rapporto di lavoro a decorrere dal 19 settembre 2012 per il raggiungimento del limite di età (60 anni) stabilito per la posizione lavorativa da lui ricoperta.

Pervenuto a conoscenza della decisione della società, il sig. Caffaro ha avanzato ricorso innanzi il Tribunale di Roma al fine di constatare l'illegittimità del suo licenziamento, tale ricorso, tuttavia, era stato respinto dal giudice di primo grado. In conseguenza del respingimento, l'attore ha interposto appello alla Corte d'Appello di Roma la quale, con sentenza del 19 febbraio 2016, ha rigettato i gravami dell'appellante

indicando come la cessazione automatica del rapporto di lavoro non sia una situazione equiparabile ad un licenziamento ingiustificato in quanto legittimamente prevista dalle disposizioni del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 settembre del 2008 (di seguito DPCM).

In considerazione del negativo esito della controversia il Sig. Caffaro ha infine deciso di ricorrere in Cassazione.

In tale contesto, i giudici della Corte hanno rilevato che il punto FCL.065 dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011 consente, in realtà, di poter prolungare l'attività di pilota dipendente di società operanti nell'aviazione commerciale nell'età compresa tra i 60 e i 64 anni, con alcune limitazioni. Il divieto di esercizio dell'attività per questa categoria di lavoratori, infatti, decorre dal compimento del sessantacinquesimo anno di età.

Posto quanto sopra, il collegio giudicante pone il dubbio se il punto appena illustrato sia applicabile anche ai piloti dipendenti di imprese attive in operazioni connesse alla tutela della sicurezza nazionale e, in caso affermativo, se la disposizione debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una norma nazionale che preveda la cessazione automatica del rapporto di lavoro dei piloti di aeromobili al raggiungimento dell'età di 60 anni. La Corte, peraltro, si domanda se la normativa italiana sia lesiva del divieto di non discriminazione in ragione dell'età previsto dal dettato della direttiva 78/2000.

Alla luce di tali circostanze, la Corte suprema di Cassazione ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se la normativa nazionale di cui al DPCM, in attuazione dell'articolo 748, terzo comma, del codice della navigazione, dispositivo del regolamento sui limiti di impiego del personale navigante ed in particolare dispositivo della cessazione automatica del rapporto di lavoro al raggiungimento del 60° anno di età, sia in contrasto con il regolamento n. 1178/2011 per la parte in cui fissa al 65° anno di età il limite per l'impiego dei piloti nel trasporto aereo commerciale e se quest'ultimo, previa disapplicazione della speciale normativa nazionale, sia applicabile al caso di specie.

2) In linea subordinata, ove il regolamento n. 1178/2011 fosse ritenuto inapplicabile alla fattispecie *ratione materiae*, se la predetta normativa nazionale sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla direttiva 2000/78 e all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...) cui la Direttiva 2000/78 dà espressione concreta".

3. – Con riguardo alla prima questione il giudice del rinvio si domanda se la posizione del Sig. Caffaro sia identificabile con la posizione lavorativa individuata dal regolamento 1178/2011 e se, pertanto, la disciplina contenuta nel decreto preveda, in concreto, una misura deteriore rispetto a quella accordata dalla normativa europea ai piloti nel trasporto aereo commerciale.

Risulta pacifico, peraltro, che in caso di effettiva applicabilità della norma comunitaria al caso di specie la disciplina nazionale debba essere disapplicata in favore di quella europea.

Sul punto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea esordisce affermando come, dalle memorie delle parti presentate in allegato al rinvio, sia la DQ e il governo italiano sia la Commissione sostengono che il punto FCL.065 dell'allegato I del regolamento non sia applicabile, *ratione temporis*, alla controversia di cui al procedimento principale. Sulla questione, infatti, l'articolo 12, paragrafo 1 ter, del regolamento n.1178/2011 prevede che gli Stati membri possono decidere di non applicare le disposizioni dell'allegato I fino all'8 aprile 2013 e nel caso di specie, risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte che la Repubblica italiana si è avvalsa di tale facoltà; ciò evidenzia già

preliminarmente la particolare criticità della richiesta del Sig. Caffaro essendo questa fondata su una condotta tenuta dalla DQ nel settembre del 2012.

Secondo quanto sopra indicato, quindi, la disciplina europea prevista dal regolamento 1178/2011 non risulta essere applicabile, *ratione temporis*, alla controversia in oggetto e a giudizio della Corte di Giustizia non vi è luogo a rispondere alla prima questione presentata dalla Corte di Cassazione.

4. – Con riferimento alla seconda questione, invece, il giudice del rinvio pone il dubbio se la normativa nazionale, imponendo un limite di età per il pensionamento dei piloti alle dipendenze di una società che gestisce aeromobili nell'ambito di attività connesse alla tutela della sicurezza nazionale di uno Stato membro, possa essere concretamente lesiva del divieto di discriminazione in base all'età disciplinato dalla direttiva 78/2000.

Ai sensi dell'articolo 2 paragrafo 1 della direttiva 78/2000 si è in presenza di una discriminazione diretta quando, sulla base dei motivi indicati dall'articolo 1 della stessa direttiva (sesso, orientamento sessuale, età, convinzioni politiche e religiose...) una persona è trattata meno favorevolmente di un'altra in una situazione paragonabile; ora, nel caso oggetto di controversia, risulta palese che i piloti alle dipendenze della DQ, che si occupano di voli di sicurezza nazionale, vengano trattati in maniera meno favorevole nei confronti dei colleghi dell'aviazione commerciale essendo previsto un limite massimo di età di 60 anni per l'esercizio dell'attività.

Da ciò ne consegue che la normativa nazionale istituisce evidentemente una differenza di trattamento; occorre tuttavia verificare se le finalità perseguite dalla disciplina italiana contrastino con il disposto dall'articolo 2 paragrafo 1 della direttiva configurando una situazione di differenza di trattamento illegittima.

Dalle considerazioni del giudice del rinvio risulta che il dettato del DPCM in discussione nel procedimento cercherebbe di garantire un livello adeguato di sicurezza dei voli di Stato operati dalla DQ nell'interesse della sicurezza nazionale.

Proprio le motivazioni di sicurezza nazionale vengono menzionate direttamente dall'articolo 2 paragrafo 5 della direttiva 78/2000 e, perciò, la Corte di Giustizia decide di analizzare la disciplina nazionale alla luce dei principi espressi da detto articolo in combinato disposto con quanto indicato dall'articolo 4 paragrafo 1 della stessa direttiva.

Ai termini dell'articolo 2 paragrafo 5 rimangono impregiudicate tutte le: "misure adottate dalla legislazione nazionale atte a garantire la sicurezza pubblica, la tutela dell'ordine pubblico, la prevenzione dei reati e la tutela della salute e dei diritti delle libertà altrui". Il legislatore europeo, con detta disciplina, ha inteso prevenire un ipotetico conflitto tra il principio di parità di trattamento in ambito lavorativo e la necessità di assicurare l'ordine e la sicurezza indispensabili in ogni società democratica, tutto ciò a condizione che tali misure siano effettivamente necessarie alla realizzazione delle finalità appena indicate (sul punto si veda sentenza del 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17, EU:C:2019:43, punto 54 e la giurisprudenza ivi citata).

La deroga al divieto di discriminazione postulato dall'articolo 2, tuttavia, da pacifico orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia deve essere interpretata in maniera restrittiva non essendo possibile allargare la dispensa dall'applicazione dei principi contenuti nella direttiva anche a situazioni simili ma non coincidenti con quelle elencate esplicitamente dal paragrafo 5.

Posto quanto sopra, il giudice europeo deve ora verificare se la disciplina contenuta in un decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri possa essere considerata parte integrante del termine "legislazione nazionale" indicato dalla direttiva.

La Corte afferma che la nozione di "misure previste dalla legislazione nazionale" non è limitata alle sole discipline risultanti da un atto adottato al termine di un procedimento legislativo ma comprende anche tutti quei documenti che prevedono misure, in una specifica materia, introdotte sulla base di una norma sufficientemente

precisa (e sulla questione si veda sentenza del 13 settembre 2011, Prigge e a., C-447/09, EU:C:2011:573, punti 59 e 61). Sul punto dalla decisione di rinvio si evidenzia come la differenza di trattamento sia istituita da un DPCM le cui disposizioni derogano al codice della navigazione e al regime comune del diritto del lavoro pur mantenendo quale base fondante la disciplina indicata dall'articolo 748, terzo comma, del codice stesso il quale: "abilita le autorità nazionali competenti ad adottare norme che consentano di garantire un livello adeguato di sicurezza". In considerazione di ciò la disciplina prevista dal Decreto risulta sia sufficientemente precisa sia assunta legittimamente dall'autorità competente in materia (il Governo) secondo la previsione del codice.

Oltre a quanto sopra enunciato, la Corte di Giustizia conferma inoltre che le finalità perseguite dal DPCM rientrano a pieno titolo nelle situazioni di deroga al regime principale elencate dall'articolo 2 paragrafo 5 della direttiva 78/2000; la sicurezza aerea, infatti, è compresa nel novero di quelle materie contribuenti alla sicurezza pubblica nazionale e l'obiettivo della normativa in oggetto è quella di stabilire una disciplina che mira ad evitare gli incidenti aeronautici mediante il controllo dell'idoneità e delle capacità fisiche dei piloti le quali costituiscono innegabilmente misure idonee a garantire la sicurezza pubblica (si veda in tal senso sentenza del 13 settembre 2011, Prigge e a., C-447/09, EU:C:2011:573, punto 58).

A questo punto il giudice europeo passa ad esaminare l'effettiva necessità della normativa italiana ai fini della tutela della sicurezza pubblica secondo l'interpretazione restrittiva che bisogna dare al dettato dell'articolo paragrafo 5 della direttiva.

Già nel recente passato (si veda sempre la sentenza del 13 settembre 2011, Prigge e a. C 447/09, EU:C:2011:573) la Corte di Giustizia ha statuito come una misura nazionale, la quale fissi a 60 anni l'età limite a partire dalla quale i piloti non possono più esercitare la loro attività lavorativa, mentre la normativa nazionale e quella internazionale fissano tale età a 65 anni, non è una misura necessaria alla sicurezza pubblica e alla tutela della salute. In tale sentenza, tuttavia, viene verificato come il limite dei 60 anni di età era stato fissato non per vietare ai piloti di linea di esercitare la loro attività dopo quell'età ma soltanto per restringere tale esercizio; appare pertanto palese, a giudizio della Corte, come il disposto della normativa nazionale, nel caso di specie, non fosse strettamente necessario per la realizzazione della finalità perseguita. L'obiettivo ultimo del dettato del punto FCL.065 dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011 è invece quello di vietare l'esercizio della professione di pilota di linea ai titolari di licenza di età superiore a 65 anni.

Posto quanto sopra, nella causa di cui al procedimento principale secondo il fascicolo sottoposto alla Corte i voli gestiti dalla DQ sono destinati all'esecuzione di operazioni connesse alla tutela della sicurezza nazionale che presentano, in via generale, rischi più elevati di quelli associati al trasporto aereo commerciale. Partendo da questo assunto si può presumere che a differenza dei piloti di linea, quelli della DQ sarebbero abitualmente chiamati ad intervenire in condizioni difficili, o addirittura estreme, sicché la realizzazione di tali operazioni richiederebbe il possesso di requisiti fisici particolarmente rigorosi che, almeno dal punto di vista teorico, potrebbero legittimare il restringimento di età indicato dalla normativa nazionale. Peraltro, il diritto dell'Unione e il diritto internazionale non prevedono alcuna normativa specifica che fissi un limite di età a partire dal quale i piloti di aeromobili impegnati in operazioni connesse alla tutela della sicurezza nazionale di uno Stato non possano più svolgere la loro attività professionale, a differenza di quanto segnalato per l'aviazione commerciale.

In considerazione di ciò, in via generale, non è possibile affermare che il limite di età per svolgere voli quali quelli gestiti dalla DQ dovrebbe corrispondere all'età di 65 anni come previsto nel settore del trasporto aereo commerciale. Per tale ragione, il giudice europeo sottolinea come sulla questione spetti al giudice nazionale, alla luce dell'insieme delle circostanze del procedimento principale, stabilire se la normativa interna sia necessaria alla pubblica sicurezza e sia applicabile, pertanto, la disciplina di deroga prevista dall'articolo 2 paragrafo 5 della direttiva 78/2000.

Alla luce delle considerazioni precedenti la Corte di Giustizia ha quindi affermato che:

“L’articolo 2, paragrafo 5, della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale preveda la cessazione automatica del rapporto di lavoro dei piloti alle dipendenze di una società che gestisce aeromobili nell’ambito di attività connesse alla tutela della sicurezza nazionale di uno Stato membro, allorché detti piloti raggiungono l’età di 60 anni, a condizione che tale normativa sia necessaria alla sicurezza pubblica, ai sensi della disposizione sopra citata, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare”.

5. – L’ultima questione da analizzare è quella relativa all’interpretazione dell’articolo 4 della direttiva 78/2000.

Ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 1:

“Gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all’articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”.

Come già illustrato in relazione alla questione precedente, il requisito di idoneità fisica è fondamentale per il tipo di attività che è richiesta ai piloti degli aerei della DQ e, pertanto, una carenza fisica è facilmente configurabile quale elemento fortemente invalidante la prestazione richiesta e, a giudizio della Corte, proprio l’aumentare dell’età è una delle caratteristiche principali che contribuiscono al decadimento fisico di una persona; in considerazione di ciò stabilire un limite di età inferiore rispetto a quello previsto per l’aviazione principale potrebbe tranquillamente essere considerato un requisito necessario ed essenziale per lo svolgimento dell’attività lavorativa (così come richiesto dall’articolo 4 della direttiva, sul punto si veda sentenza del 13 settembre 2011, Prigge e a., C-447/09, EU:C:2011:573, punto 67).

Inoltre, nel caso di specie, dalle rilevazioni dell’avvocato generale si evidenzia come spesso i piloti della DQ siano abitualmente chiamati ad intervenire in condizioni difficili, o addirittura estreme, sicché la realizzazione di tali operazioni esigerebbe il possesso di requisiti fisici particolarmente rigorosi e, pertanto, a maggior ragione il limite di età è considerabile un elemento necessario al fine del corretto adempimento delle mansioni lavorative richieste.

In merito alle finalità perseguite dalla normativa nazionale si è già segnalato come la stessa abbia quali obiettivi principali la sicurezza del traffico aereo e la tutela della sicurezza nazionale.

La Corte già attraverso la sua giurisprudenza precedente aveva affermato che l’obiettivo consistente nel garantire la sicurezza del traffico aereo costituisce di per sé una finalità legittima, ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 (sentenza del 13 settembre 2011, Prigge e a., C-447/09, EU:C:2011:573, punto 69); ugualmente anche la finalità di assicurare la tutela della sicurezza nazionale deve essere considerata legittima ai sensi della medesima disposizione di cui sopra. Resta, tuttavia, da verificare se la previsione della cessazione dell’attività a 60 anni sia considerabile un requisito proporzionato alle finalità perseguite dalla norma tenuto conto che, come ribadito dalla Corte, la legittimità dell’applicazione di una disparità di trattamento è configurabile solo in casi “strettamente limitati”.

Posto quanto sopra, come già enunciato in relazione all’analisi della questione precedente, il giudice europeo ricorda, anche su quest’ultimo punto, che l’illegittimità della riduzione del limite di età pensionabile ravvisato in occasione della sentenza Prigge e altri (C-447/09, EU:C:2011:573) non può essere trasposta alla causa in

oggetto poiché detta soluzione risulta valevole solo per le controversie riguardanti il trasporto aereo commerciale.

Per questo motivo, spetta al giudice del rinvio verificare, alla luce dell'insieme delle circostanze di cui al procedimento principale, se, tenuto conto della natura specifica delle attività svolte dalla DQ e dei requisiti fisici imposti ai piloti alle dipendenze di tale società, la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale possa essere considerata proporzionata, ai sensi dell'articolo 4.

Pertanto l'articolo 4 paragrafo 1 della direttiva 78/2000 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, quale quella in oggetto nel procedimento principale, che preveda la cessazione automatica del rapporto di lavoro dei piloti alle dipendenze di una società che gestisce aeromobili nell'ambito di attività connesse alla tutela della sicurezza nazionale al raggiungimento dei 60 anni di età a condizione che il giudice nazionale verifichi l'effettiva proporzionalità della misura applicata al caso concreto.

Alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alla seconda questione pregiudiziale dichiarando che:

“– l'articolo 2, paragrafo 5, della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale preveda la cessazione automatica del rapporto di lavoro dei piloti alle dipendenze di una società che gestisce aeromobili nell'ambito di attività connesse alla tutela della sicurezza nazionale di uno Stato membro, allorché detti piloti raggiungono l'età di 60 anni, a condizione che tale normativa sia necessaria alla sicurezza pubblica, ai sensi della disposizione sopra citata, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare;

– l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale preveda la cessazione automatica del rapporto di lavoro dei piloti alle dipendenze di una società che gestisce aeromobili nell'ambito di attività connesse alla tutela della sicurezza nazionale di uno Stato membro, allorché detti piloti raggiungono l'età di 60 anni, a condizione che tale normativa sia proporzionata, ai sensi della disposizione sopra citata, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare”.

Al termine dell'analisi delle questioni poste dalla Corte di Cassazione italiana e in considerazione dei rilievi emersi nel procedimento di rinvio la Corte di Giustizia dichiara che:

“– l'articolo 2, paragrafo 5, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale preveda la cessazione automatica del rapporto di lavoro dei piloti alle dipendenze di una società che gestisce aeromobili nell'ambito di attività connesse alla tutela della sicurezza nazionale di uno Stato membro, allorché detti piloti raggiungono l'età di 60 anni, a condizione che tale normativa sia necessaria alla sicurezza pubblica, ai sensi della disposizione sopra citata, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare;

– l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale preveda la cessazione automatica del rapporto di lavoro dei piloti alle dipendenze di una società che gestisce aeromobili nell'ambito di attività connesse alla tutela della sicurezza nazionale di uno Stato membro, allorché detti piloti raggiungono l'età di 60 anni, a condizione che tale normativa sia proporzionata, ai sensi della disposizione sopra citata, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare”.

6. – Esaurita l'analisi del corpo della sentenza pare opportuno indicare alcune brevi osservazioni su quanto illustrato.

In primo luogo, anche in questa causa viene ribadito dalla Corte di Giustizia come il sistema di valori e principi stabilito dalla direttiva 78/2000 abbia la funzione di parametro di conformità delle norme nazionali ai valori fondamentali promossi dall'Unione Europea quali il divieto di discriminazione sul luogo di lavoro.

In secondo luogo, il giudice europeo però manifesta un approccio decisamente cauto con riferimento all'applicabilità delle deroghe al divieto di disparità di trattamento; nella sentenza, infatti, viene ricordato come l'elenco di situazioni che legittimano una differenza di trattamento sul luogo di lavoro siano tassativamente previste dall'articolo 2 paragrafo 5 della direttiva e che, in ogni caso, anche in presenza di una motivazione fondata, la misura che crea la disparità deve sottostare ai requisiti di necessità e proporzionalità rispetto al fine perseguito dalla normativa. Peraltro, la possibilità di estendere l'esclusione del campo di applicazione della direttiva 78/2000 anche a situazioni non esplicitamente citate dalla direttiva è, se non esclusa, decisamente ristretta.

Nonostante ciò, nel caso di specie la Corte ravvisa come in materia di trasporto aereo per motivi di sicurezza nazionale non esiste una disciplina europea uniforme che stabilisca o quantomeno suggerisca un limite di età per il pensionamento dei piloti compresi in questa categoria. Conseguentemente, oltre a giudicare legittima la motivazione alla base di una disciplina particolarmente rigida in materia di età pensionabile, il giudice europeo sottolinea come al caso non sia applicabile quanto già deciso in occasione della sentenza Prigge la quale constatava la sussistenza di una discriminazione fondata sull'età nella normativa regolante l'aviazione commerciale tedesca; su tale materia, tuttavia, esiste una normativa europea che prevede una specifica soglia di età per la messa a riposo dei piloti delle compagnie aeree e pertanto la Corte si era potuta soffermare su un dato solido e preciso mentre altrettanto non si ravvisa per il pensionamento di piloti di compagnie operanti in ambito di sicurezza nazionale.

Da questa indicazione se ne deduce, senza alcuna novità peraltro, che la giurisprudenza europea tende ad invadere il meno possibile la sfera di influenza dei singoli stati quando non vi siano normative europee specifiche, a maggior ragione su questioni di ordine pubblico o sicurezza nazionale su cui in ogni caso, a giudizio dei giudici della Corte, l'organo più adatto a giudicare la corrispondenza tra normativa interna e principi del diritto europeo è lo stesso giudice nazionale.

In conclusione, la Corte di Giustizia, come spesso avviene nelle sentenze relative alla direttiva 78/2000, richiama l'importanza del ruolo dell'autorità giurisdizionale nazionale quale vero unico soggetto competente a verificare la conformità del diritto nazionale ai valori fondamentali del diritto comunitario.

***Mutual trust* e rispetto dei diritti fondamentali: l'intensità del controllo dell'autorità giudiziaria di esecuzione del MAE sulle condizioni di detenzione nello Stato membro emittente**

di Angela Correrà

Title: Mutual trust and respect for fundamental rights: the intensity of the control of the EAW executing judicial authority over detention conditions in the issuing Member State

Keywords: European arrest warrant; Grounds for refusal of execution; Prohibition of inhuman or degrading treatment.

1. – La decisione del 15 ottobre scorso della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) si inserisce nel filone giurisprudenziale inaugurato dalle note sentenze del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, e del 25 luglio 2018, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condizioni di detenzione in Ungheria), offrendo un importante contributo nella definizione del quadro delle garanzie necessarie a scongiurare il rischio di trattamenti inumani e degradanti per il soggetto destinatario di un mandato di arresto europeo (nel prosieguo MAE).

In particolare, al centro del *decisum* della Corte si pone il tema di estremo rilievo del rispetto dei diritti fondamentali della persona consegnata in forza di un MAE in una situazione in cui il sistema penitenziario dello Stato membro emittente soffra di una carenza sistemica o generalizzata. In tale contesto, ai giudici di Lussemburgo è stato chiesto di precisare l'intensità del controllo che, alla luce dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro 2002/584, letto in combinato disposto con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'autorità giudiziaria di esecuzione è chiamata ad esercitare nel valutare il rischio concreto di trattamento inumano o degradante al quale sarebbe esposta la persona interessata, a causa delle proprie condizioni di detenzione nello Stato membro emittente, nonché i diversi fattori e criteri che la medesima è tenuta a prendere in considerazione ai fini di siffatta valutazione.

2. – La vicenda processuale dalla quale origina il rinvio pregiudiziale effettuato dall'Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunale superiore del Land di Amburgo), concerne l'esame della legittimità della consegna del sig. Dumitru-Tudor Dorobantu da parte dell'autorità giudiziaria tedesca all'autorità giudiziaria rumena che ha emesso un MAE, dapprima, ai fini dell'esercizio di un'azione penale e, successivamente, ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà.

Va subito rilevato che la realtà del sistema carcerario rumeno è stata oggetto di numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU, sent. 10 giugno 2014, *Vociu c. Romania*, n. 22015/10; nella stessa data, *Bujorean c. Romania*,

n.13054/12, *Constantin Aurelian Burlacu c. Romania*, n.51318/12, e *Mihai Laurențiu Marin c. Romania*, n. 79857/12. E, più recentemente, Corte EDU, sent. 6 dicembre 2016, *Kanalas c. Romania*, che richiama la pronuncia del 24 luglio 2012, *Iacov Stanciu c. Romania*) e di un Rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, pubblicato dal Consiglio d'Europa nel 2018 (v. *Report to the Romanian Government on the visit to Romania carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 19 February 2018*, CPT/Inf (2019) 7), dai quali si evince che “le condizioni di detenzione nelle carceri rumene, avuto riguardo alla sovraffollamento ed alla precarietà osservata in materia d'igiene, sono indicative di un problema di natura strutturale”.

Orbene, allineandosi alle prescrizioni statuite dalla Corte UE nelle menzionate pronunce *Aranyosi e Căldăraru*, l'Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunale superiore anseatico del Land di Amburgo), ricevuta la richiesta di consegna del sig. Dorobantu, ha preliminarmente condotto l'esame bifasico volto a verificare se esista il rischio potenziale di trattamenti inumani o degradanti nelle carceri rumene e a stabilire, in modo concreto e preciso, se ci siano fondati motivi per ritenere che l'interessato sarebbe esposto a tale rischio, ove il MAE venisse eseguito.

In un primo tempo, pur rilevando, sulla base delle menzionate pronunce della Corte EDU e del citato rapporto, la sussistenza di carenze sistemiche e generalizzate delle condizioni di detenzione in Romania, il giudice tedesco aveva concluso per l'assenza di un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dell'interessato, valorizzando la positiva trasformazione, *medio tempore* intervenuta, del sistema rumeno di esecuzione delle pene, con riguardo sia alle infrastrutture sia ai meccanismi di controllo.

In particolare, aveva ritenuto che l'insufficienza dello spazio disponibile per i detenuti potesse essere compensata dal complessivo miglioramento del sistema di riscaldamento, degli impianti sanitari e delle condizioni igieniche nelle carceri rumene. Conseguentemente, la Generalstaatsanwaltschaft Hamburg (pubblico ministero di Amburgo, Germania) aveva autorizzato la consegna del sig. Dorobantu alle autorità rumene.

Nondimeno, la Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale, Germania) ha annullato le menzionate decisioni con le quali era stata disposta la consegna di Dorobantu, rilevando che, in mancanza di una pronuncia della Corte EDU e della Corte di giustizia sulla rilevanza dei criteri attinenti alla cooperazione dei giudici penali in seno all'Unione, non è dato sapere se i fattori considerati dal tribunale tedesco nella valutazione relativa alla legittimità della consegna dell'interessato possano reputarsi come idonei a compensare la riduzione dello spazio personale di cui dispone il detenuto. Pertanto, ha concluso che il semplice miglioramento delle condizioni di detenzione negli istituti penitenziari allo stato non può costituire un indizio sufficiente a scongiurare la sussistenza di un rischio concreto di subire trattamenti inumani o degradanti.

Da qui, il giudice del rinvio ha sospeso l'esecuzione del MAE e ha posto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, al fine di conoscere quali sono i fattori che l'autorità giudiziaria di esecuzione deve prendere in considerazione per valutare, in modo concreto e preciso, le condizioni di detenzione nello Stato membro emittente e qual è l'ampiezza di siffatto controllo.

3. – Per comprendere come la Corte ha affrontato le questioni pregiudiziali esposte, appare opportuno ricostruire brevemente il quadro giuridico e giurisprudenziale entro il quale si colloca la pronuncia in esame.

A tal fine, è utile osservare in via preliminare che il principio del reciproco riconoscimento alla base della disciplina sul MAE presuppone, quale necessaria

precondizione logica, un clima di reciproca fiducia tra gli Stati membri sulla comune osservanza dei diritti fondamentali. Affinché tale fiducia sia effettiva, particolare rilievo assumono le implicazioni derivanti dalla simbiotica relazione esistente tra l'aspetto dinamico dei meccanismi di funzionamento del MAE e la tematica, ad essi connessa, della generale esigenza di rispetto dei diritti fondamentali (Cfr. M. Bargis, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 2, 178 ss).

Sul versante concreto, tale interrelazione si traduce in un limite alla regola della *mutual trust* dovuto all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali e alla necessità di verificare se la violazione di quest'ultimi possa costituire un motivo di rifiuto per l'esecuzione del MAE. La decisione quadro prevede, infatti, oltre alle ipotesi di consegna condizionata (art. 5), casi tassativi di rifiuto, obbligatori (art. 3) e facoltativi (artt. 4 e 4-bis), tra i quali non è contemplata la «*non-compliance with fundamental rights*» (Cfr. E. Brouwer, *Mutual Trust and Human Rights in the AFSJ: in Search of Guidelines for National Courts*, in *European Papers*, 2016, n. 1, pp. 893-920; S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-Law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 2016, n. 1, pp. 965-996; L. Zannella, *Decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in P. De Pasquale, F. Ferraro (a cura di), *Il terzo Pilastro dell'unione europea*, Napoli, 2009, p. 241).

Nondimeno, sotto altro profilo, la decisione quadro all'art. 1, par. 3 precisa che l'obbligo di rispettare «i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti» dall'art. 6 TUE «non può essere modificato per effetto» della decisione medesima, facendo sorgere, in tal modo, il legittimo convincimento della sua interpretazione quale motivo implicito di rifiuto in caso di violazione dei diritti fondamentali ivi richiamati.

Per le ragioni suesposte, la Corte di giustizia ha ormai da tempo ammesso che, sebbene l'esecuzione del MAE costituisca il principio e il rifiuto di esecuzione integri una eccezione, peraltro oggetto di interpretazione restrittiva, ulteriori limitazioni al principio del mutuo riconoscimento e della reciproca fiducia tra gli Stati possono essere apportate in «circostanze eccezionali».

In tale contesto, la Corte di giustizia, a partire dalla nota sentenza *Aranyosi e Căldăraru* già richiamata, ha riconosciuto l'obbligo in capo all'autorità di esecuzione di un MAE di sospendere la procedura di consegna di un soggetto, nelle ipotesi in cui siffatta consegna lo esponga ad un trattamento inumano e degradante, in violazione dell'art. 4 della Carta, che costituisce uno dei valori fondamentali dell'Unione e dei suoi Stati membri e ha carattere assoluto.

La portata e l'ambito dei principi stabiliti nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru* sono stati successivamente precisati nella sentenza *Generalstaatsanwaltschaft*.

In particolare, dalla giurisprudenza citata discende che, qualora lo Stato membro destinatario della richiesta di consegna - alla quale, si ribadisce, è tenuto in virtù del principio di reciproco affidamento - accerti, sulla base di «*elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati*» in ordine alle condizioni di detenzione in essere nello Stato emittente, l'esistenza di «*un rischio concreto*» di trattamento inumano o degradante dei detenuti, avente carattere strutturale o comunque generalizzato, quantunque limitato a gruppi di persone o a specifici centri di detenzione, deve segnalare la circostanza allo Stato richiedente, che dovrà provvedere «*entro un tempo ragionevole*» all'eliminazione delle condizioni che hanno determinato l'insorgere di tale rischio.

Pertanto, ed è questo l'aspetto maggiormente meritevole di attenzione ai fini della questione che ci occupa, alla constatazione di una carenza generale del sistema penitenziario dello Stato membro emittente deve seguire una valutazione individuale e circostanziata del rischio al quale la persona interessata sarà esposta. A tal fine, l'autorità giudiziaria di esecuzione è tenuta ad esaminare le condizioni di detenzione negli istituti penitenziari nei quali è probabile, secondo le informazioni a sua disposizione, che la persona interessata da un MAE sarà detenuta, anche in via temporanea o transitoria; in tal modo, limitando l'analisi alle sole condizioni di

detenzione concrete e precise che siano rilevanti al fine di stabilire se il soggetto coinvolto correrà un rischio reale di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta. In proposito, gli elementi da prendere in considerazione possono appartenere a varie tipologie, dalle decisioni giudiziarie internazionali, come le sentenze della Corte di Strasburgo o le decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente, alle decisioni, alle relazioni e agli altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio di Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite.

4. – Alla luce dei suoi precedenti, nella causa che ha dato luogo alla sentenza in esame, interrogata sull'ampiezza di siffatto controllo, la CGUE ha innanzitutto ricordato l'identità del significato e della portata dell'art. 4 della Carta e dell'art. 3 CEDU, in ossequio al disposto dell'art. 52, par. 3 della medesima Carta, nonché l'importante apporto della giurisprudenza della Corte EDU al tema del sovraffollamento carcerario.

A tal riguardo ha ricordato che, secondo la giurisprudenza convenzionale, per ricadere nell'ambito dell'art. 3 della CEDU, un maltrattamento deve raggiungere una soglia minima di gravità, la quale deve essere valutata tenendo conto dell'insieme dei dati della causa, della durata del trattamento e dei suoi effetti fisici o psichici nonché, in certi casi, del sesso, dell'età e dello stato di salute della persona (v., in senso conforme, sentenza *Generalstaatsanwaltschaft*, cit., p. 91 e giurisprudenza ivi citata).

Pertanto, all'interrogativo con cui il giudice del rinvio si chiede se l'autorità giudiziaria di esecuzione debba effettuare un esame «esaustivo» delle condizioni nelle quali la persona interessata verrà detenuta nello Stato membro emittente o se essa debba piuttosto limitarsi ad un controllo «sommario» di tali condizioni e accontentarsi della garanzia, fornita dallo Stato membro emittente, che la persona interessata non subirà un trattamento inumano o degradante a causa delle proprie condizioni di detenzione, la Corte ha risposto optando per la prima soluzione.

Invero, i giudici sembrano avvedersi della necessità che un controllo concreto e preciso delle condizioni di detenzione debba necessariamente conciliarsi con le esigenze di celerità della procedura del MAE, imposte dai termini previsti dall'art. 17 della decisione quadro 2002/584, nonché con il principio cardine della disciplina in esame della reciproca fiducia. Sicché, confermando quanto già affermato nella citata sentenza *Generalstaatsanwaltschaft*, dispongono che, per l'adozione della decisione definitiva di esecuzione di un mandato, le autorità sono tenute unicamente ad esaminare le condizioni di detenzione negli istituti penitenziari nei quali, secondo le informazioni di cui dispongono, è concretamente previsto che la persona di cui trattasi sarà detenuta, anche in via temporanea o transitoria, e che devono fidarsi delle assicurazioni eventualmente fornite dallo Stato emittente.

A ben riflettere, la soluzione adottata dalla Corte è non solo coerente con la *ratio* di tale normativa, ispirata alla reciproca fiducia tra gli Stati, ma anche la sola in grado di preservare il sistema semplificato di consegna sul quale si fonda il MAE. In tal senso, è innegabile che, se si consentisse allo Stato di esecuzione di effettuare ulteriori verifiche sulle condizioni di detenzione nello Stato emittente, pur in presenza di opportune assicurazioni da parte di quest'ultimo, un simile esame, lungi dal richiamare la fiducia reciproca che deve informare i rapporti tra le autorità giudiziarie di emissione e di esecuzione, nutrirebbe una sfiducia reciproca e, di riflesso, rimetterebbe in discussione l'intero sistema di cooperazione.

Proseguendo nell'esame delle questioni sottoposte alla Corte, il giudice del rinvio si è interrogato su quali siano i fattori indispensabili nella valutazione delle condizioni di detenzione sotto il profilo dello spazio personale di cui dispone la persona detenuta.

Sul punto, in assenza allo stato attuale di regole minime nel diritto dell'Unione, la CGUE ha statuito che l'autorità di esecuzione deve operare il proprio controllo sulla base dei principi di diritto formulati dalla giurisprudenza convenzionale relativa all'art. 3 della CEDU.

Per il vero, si ricorda che la Corte EDU ha evitato per lungo tempo «di fornire una misura precisa e definitiva», per poi giungere gradualmente ad affermare che la carenza di spazio all'interno della cella costituisce un elemento di centrale importanza nel valutare la violazione dei diritti umani della persona ristretta. Pertanto, si è orientata nel senso che la disponibilità di spazi particolarmente esigui costituisca elemento di per sé bastevole ad integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, anche a prescindere dalla presenza di altri fattori negativi.

Emblematico in tal senso è il filone giurisprudenziale che ha coinvolto l'Italia, poiché tanto nel caso *Sulejmanovic* quanto nel caso *Torreggiani* la detenzione in meno di 3 mq ha costituito la ragione esclusiva o comunque prevalente per il riconoscimento della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti (v. Corte EDU, Sez. II, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, n. 22635/03; sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

Fondamentale nella definizione e nelle modalità di calcolo dello spazio personale del detenuto, però, è stato il caso *Muršić c. Croazia* (v. Corte EDU, Grande Camera, sent. 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, n. 7334/13) richiamato dalla CGUE nel caso in esame, in cui la Corte di Strasburgo ha affermato che quando lo spazio *pro capite* in cella collettiva (come quella alla quale sarebbe destinato il sig. Dorobantu) è sotto il limite di 3 mq, si inverte una forte presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU. Tale presunzione è confutabile dallo Stato convenuto solo qualora provi la sussistenza di altri fattori in grado di compensare adeguatamente la scarsa disponibilità di spazio personale, cioè che le riduzioni dello spazio personale in rapporto al minimo richiesto di 3 mq siano brevi, occasionali e minori; che dette riduzioni si accompagnino a una libertà di movimento sufficiente fuori della cella e ad adeguate attività fuori da quest'ultima; e infine, che l'istituto di pena offra in generale condizioni di detenzione dignitose ed escluda ulteriori circostanze di detenzione peggiorative.

Muovendo da siffatte premesse, la Corte di giustizia ha dunque affermato che, qualora un detenuto disponga, in una cella collettiva, di uno spazio personale compreso tra 3 mq e 4 mq, è possibile concludere per l'esistenza di una violazione dell'art. 3 CEDU, qualora alla mancanza di spazio si accompagnino altre cattive condizioni materiali di detenzione, e segnatamente *“una mancanza di accesso al cortile dell'attività fisica ovvero all'aria e alla luce naturali, una cattiva aereazione, una temperatura troppo bassa o troppo alta nei locali, una mancanza di intimità nelle toilette oppure cattive condizioni sanitarie e igieniche”*.

Cionondimeno, la Corte di giustizia ha rilevato che, anche quando un detenuto disponga di più di 4 mq di spazio personale in una cella collettiva e di conseguenza tale aspetto delle sue condizioni materiali di detenzione non sollevi problemi, gli altri aspetti delle condizioni suddette, rimangono pertinenti ai fini della valutazione dell'adeguatezza delle condizioni di detenzione dell'interessato alla luce dell'art. 3 CEDU.

Tanto premesso, nel calcolo di tale spazio l'autorità procedente non dovrà tenere conto dell'area del bagno di pertinenza della camera detentiva, mentre dovrà computare lo spazio occupato dagli arredi. In altri termini, i giudici di Lussemburgo accolgono il metodo di misurazione al netto dei servizi igienici, ma al lordo della mobilia, come affermato nel caso *Muršić*, ma ricorrente nella giurisprudenza convenzionale anche precedente, nel convincimento che in siffatta misurazione sia determinate la possibilità per i detenuti di muoversi nella cella.

Infine, la Corte di giustizia ha concluso che nell'ambito di siffatto controllo l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non può escludere l'esistenza di un rischio reale di trattamento inumano o degradante per il solo fatto che la persona interessata disponga, nello Stato membro emittente, di un mezzo di ricorso che le permetta di contestare le condizioni della propria detenzione, o per il solo fatto che esistano, in tale Stato membro, misure legislative o strutturali destinate a rafforzare il controllo delle

condizioni di detenzione.

5. – Come noto, la Corte di giustizia e la Corte EDU hanno avuto più volte modo di occuparsi del tema del sovraffollamento carcerario.

Quanto alla prima, il compito non è stato semplice, richiedendo uno sforzo di vero e proprio equilibrismo, nel tentativo di conciliare il rispetto dei diritti fondamentali con il principio del mutuo riconoscimento e di reciproca fiducia tra gli Stati membri. Essa, sulla base di scelte di carattere spiccatamente “politico”, ha ricondotto il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti al rispetto della dignità umana, conferendogli carattere assoluto.

Come ricordato, il problema del sovraffollamento delle carceri ha indotto la CGUE, a partire dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, a riconoscere alle autorità giudiziarie degli Stati membri il potere di sospendere l'esecuzione del MAE quando, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati, si possa ritenere che ciò esponga l'interessato a un contesto carcerario caratterizzato da carenze sistemiche o generalizzate, con il rischio concreto che, a seguito della consegna, egli si trovi a subire un trattamento inumano o degradante.

A distanza di qualche anno, i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di confermare tale impostazione, chiarendone gli aspetti applicativi più controversi, appunto quelli relativi all'esame che deve essere condotto da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione.

Non è inverosimile che i giudici abbiano voluto ancora una volta dare una ferma risposta alla Corte costituzionale federale tedesca, che, già nella decisione del 15 dicembre 2015 in tema di MAE (v. Bundesverfassungsgericht, Secondo Senato, Decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, a sua volta considerata una “risposta” al caso Melloni), aveva sottolineato come alcuni diritti fondamentali – *in primis* il principio dell'inviolabilità della dignità umana – prevalgano di fronte al primato del diritto dell'Unione e la loro protezione debba condurre anche al riesame di atti dell'Unione, se necessario per proteggere l'identità costituzionale dello Stato membro di esecuzione.

Né può tacersi che la pronuncia esaminata appare contraddistinta da una più pressante esigenza della Corte UE di riaffermare il rapporto simbiotico fra *mutual trust* – presupposto del mutuo riconoscimento – e protezione dei diritti fondamentali. Sul punto, la Corte UE ha rilevato che, se il principio della fiducia reciproca impone a ciascun Stato membro, «*segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo*», la constatazione, da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, dell'esistenza di seri e comprovati motivi per cui, a seguito della sua consegna allo Stato membro emittente, la persona oggetto di un MAE correrà un rischio reale di essere sottoposta a maltrattamenti nell'istituto penitenziario nel quale è concretamente previsto che essa verrà reclusa, non può essere bilanciata con considerazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale nonché ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci.

La centralità del tema del sovraffollamento carcerario è tale che anche la Corte EDU ha ripetutamente provveduto a fare ricorso al meccanismo delle sentenze pilota, al fine di segnalare agli Stati l'esistenza di carenze sistematiche, sollecitando l'introduzione di rimedi che andassero oltre il risarcimento di carattere pecuniario. Non a caso, sentenze di questo tipo sono state rese nei confronti della Polonia (v. Corte EDU, Sez. IV, sent. 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*, n. 17855/04 e sent. 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*, n. 17599/05), dell'Italia (v. Corte EDU, *Torreggiani e altri c. Italia, cit.*), della Bulgaria (Corte EDU, Sez. IV, sent. 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*, nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13),

dell'Ungheria (Corte EDU, Sez. II, sent. 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13) e, come anticipato, della Romania (Corte EDU, Sez. IV, sent. 25 aprile 2017, *Rezmiveş e altri c. Romania*, nn. 61467/12, 39516/13, 48231/13 e 68191/13).

L'esigenza di far fronte alle sollecitazioni provenienti da parte delle due Corti europee ha spinto alcuni Stati ad assumere provvedimenti funzionali alla realizzazione di un miglioramento delle condizioni di detenzione nelle loro carceri e consistenti, oltre che in rimedi di natura risarcitoria, in ricorsi proponibili dinanzi ad autorità amministrative e/o giudiziarie al fine di ottenere interventi migliorativi della situazione esistente.

Tuttavia, va notato come, in alcuni casi, la situazione carceraria rimanga fortemente complessa e imponga, pertanto, l'individuazione e l'attuazione di ulteriori misure, soprattutto a livello dell'Unione.

A tal fine, come recentemente sottolineato dal Consiglio (Cfr. *Conclusioni del Consiglio sulle misure alternative alla detenzione: il ricorso a sanzioni e misure non privative della libertà nel settore della giustizia penale*, 16 dicembre 2019, 2019/C 422/06) un apporto fondamentale all'individuazione di una soluzione potrebbe provenire dal ricorso maggiore alle sanzioni non detentive. Il consesso, in particolare, ha evidenziato che applicare sanzioni e misure non privative della libertà – in alternativa alla detenzione – ove opportuno e tenendo conto delle circostanze individuali del caso, può presentare diversi vantaggi. Oltre a promuovere la riabilitazione e il reinserimento sociale dell'autore del reato, che costituisce uno degli obiettivi fondamentali dell'utilizzo di tali misure, generalmente, esse comportano anche un costo inferiore rispetto alle pene detentive e alleviano le situazioni caratterizzate da sovraffollamento delle carceri, facilitando di conseguenza l'amministrazione delle prigioni e gli interventi di risocializzazione rivolti nei confronti di quanti risultino condannati a sanzioni detentive.

L'auspicio, pertanto, è che gli Stati membri, proprio prendendo atto dei progressi compiuti in alcuni di essi e attraverso la condivisione delle migliori pratiche, possano imparare gli uni dagli altri e perfezionare la propria legislazione, nonché le proprie procedure e pratiche. Solo in tal modo sarà possibile realizzare quell'idea di giustizia sottesa al progetto di integrazione dell'Unione; una giustizia che dovrebbe sempre esprimere un volto umano ed essere capace di bilanciare le esigenze di tutti: la sicurezza sociale, il bisogno di tutela delle vittime e lo scopo ultimo della pena, che è quello di recuperare e risocializzare il condannato.

Angela Correra
Dip.to di Studi Economici e Giuridici
Università degli Studi di Napoli Parthenope

Ostacoli alla partecipazione pubblica alle procedure di VIA: relazioni fra onere di appropriata e precoce informazione e decadenze processuali, alla luce del principio di effettività

di Daniele D'Alessandro

Title: Limits for public participation in EIA procedures: relationships between appropriate and early information and time limits for bringing proceedings, in the light of the principle of effectiveness

Keywords: EIA directive state; Access to justice; Appropriate information.

1. – La Corte di Giustizia affronta un tema ricorrente nella sua giurisprudenza, legato all'accesso alla giustizia ed all'operare del principio di effettività rispetto agli interessi anche procedurali riconosciuti dalla disciplina comunitaria.

L'occasione è offerta dalla richiesta di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Symvoulio tis Epikrateias* (Consiglio di Stato) ellenico in ordine all'interpretazione degli articoli 6 e 11 della 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) in relazione alla disciplina interna delle modalità di partecipazione del pubblico ai processi decisionali riguardanti le autorizzazioni delle opere di significativo impatto ambientale (legge greca n. 4014/2011 e s.m.i., "autorizzazione ambientale di opere e attività, regolamentazione di opere abusive in funzione della creazione del bilancio ambientale e altre disposizioni di competenza del Ministero dell'Ambiente, dell'Energia e del Cambiamento climatico").

Nello specifico, si tratta di una vicenda che propone profili di interesse trasversali alle normative degli Stati membri per due questioni affrontate, legate al rilievo attribuito alla partecipazione del pubblico ai processi decisionali che riguardano la tutela e la gestione del territorio: le modalità di informazione e di consultazione, non solo come previste dal diritto interno, ma anche per come concretamente applicate dall'autorità, e la decorrenza dei termini entro i quali gli interessati possono fare valere la lesione del proprio diritto di partecipazione nel caso in cui l'informazione sia mancata o comunque sia stata insufficiente (per i profili comparati cfr. S. Sassi, *La partecipazione della società civile nei processi decisionali: il caso britannico e il caso ungherese*, in questa *Rivista*, 2019, 2733 ss.; G. Pepe, *Dibattito pubblico ed infrastrutture in una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it* 6 marzo 2019, in particolare sul *débat public*; L.A. Scialla, *Il complesso rapporto tra responsabilità ambientale e legittimazione ad agire. Una visione comparata*, in questa *Rivista*, 2017; di grande interesse rimane S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 40 ss.).

Anche sotto il profilo dei soggetti coinvolti è interessante notare come il tema della partecipazione non rimane nei confini del pubblico greco, giacché come si vedrà, il ricorso principale è stato proposto anche da cittadini di diversa nazionalità appartenenti a tre diversi stati membri dell'unione.

Il *focus* proposto dalla decisione in commento percorre la linea di confine fra l'interesse diffuso, sotteso ad ogni forma di dibattito pubblico, e quello individuale, preoccupandosi di intervenire sui presupposti necessari a rendere realmente possibile il coinvolgimento del pubblico prima della decisione (informazione appropriata e precoce) e mettendoli in relazione con le forme di tutela avverso i provvedimenti finali che molte discipline interne legano a termini di decadenza per salvaguardare la certezza dell'azione amministrativa e l'affidamento dei cittadini nelle relative decisioni (un profilo con qualche connotato di novità rispetto ai precedenti in materia ambientale, sui quali cfr. l'analisi di M. Pelligra, *Partecipazione ai processi decisionali ed accesso alla giustizia in materia ambientale: riflessioni a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, 2017, 11 ss.).

Si tratta, peraltro, della ricerca di un bilanciamento fra le esigenze di certezza del diritto e quelle di effettività dello strumento partecipativo che esprime, nell'ambito della tutela dell'ambiente, a seguito della convenzione di Aarhus, un'esigenza di democratizzazione della funzione amministrativa, per come rilevato da più parti (cfr. S. Carmignani, *Governance ambientale e modelli partecipativi: l'informazione ambientale nella Convenzione di Aarhus*, in *Riv. Dir. Agr.*, XCVI, 2017, 1, I, 117 ss.; A. Nogueira López, *La participación en la evaluación de impacto ambiental: dogma y realidad*, in A. García Ureta (coord.), *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 117; D. Siclari, *La democrazia ambientale nel quadro dei diritti partecipativi e dell'accesso all'informazione ambientale*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (dir.), *Trattato di diritto dell'ambiente, Vol. II*, Milano, Giuffrè, 2014, 471 ss.; A. Bonomo, *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, in *RIDPC*, 2009, 6, 1475 ss.), ma anche quella di prevenire possibili errori dell'amministrazione (M. Calabrò, *La prevenzione della cattiva amministrazione attraverso l'esercizio dei diritti di accesso e partecipazione: il caso dei procedimenti in materia di ambiente*, in S. Tuccillo, cur., *Semplificare e liberalizzare: amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, ES, 2016, 123 ss.; cfr. pure le notevoli riflessioni in AA.VV., *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del Convegno annuale, Bergamo, 5-7 ottobre 2017*, Napoli, ES, 2017).

2. – Il fatto dal quale origina la questione pregiudiziale riguarda la realizzazione di un significativo intervento edilizio privato, con finalità turistica, sul territorio di Io, una piccola isola nell'arcipelago delle Cicladi, con una superficie complessiva di 10.900 ettari, la cui popolazione (2.000 abitanti circa) è concentrata essenzialmente nel villaggio di Yora ed al porto (Yalos), ed in minore misura nell'aggregato di Mylopotas.

L'isola è amministrativamente parte della regione Egeo meridionale, i cui uffici sono allocati sull'isola di Siro, distante 55 miglia nautiche, con collegamenti solo via mare, non rapidi, non quotidiani e di costo significativo.

I dati geografici e relativi alla distribuzione della popolazione sul territorio sono utili ad inquadrare il rilievo urbanistico-ambientale dell'intervento che prevede un consumo di suolo pari a 27 ettari, 18 dei quali destinati all'edificazione, con interessamento anche di aree marine demaniali, la realizzazione non solo delle infrastrutture (compresa viabilità ed installazioni portuali) e delle aree ricettive, ma anche di spiagge artificiali e di un ponte fra un isolotto ed il resto dell'isola (sul tema del consumo di suolo, cfr. la comunicazione della Commissione Europea "Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse", COM (2011) 571 e successive linee guida, SWD(2012)101; direttiva INSPIRE del Parlamento e del Consiglio n. 2007/2/CE. In dottrina, in generale, E. Fontanari, G. Piperata (cur.),

Agenda RE_CYCLE. Proposte per reinventare la città, Il Mulino, Bologna, 2017; E. Ferrero, *Il contenimento del consumo di suolo: problemi e prospettive*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 2, 191 ss.; W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Diritto pubblico*, 2016, 1, 69 ss.; G.F. Cartei, L. De Lucia (cur.), *Contenere il consumo di suolo - Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, ES, 2014; C. Gabbani, *Prospettive per un inquadramento giuridico dell'interesse al contenimento del consumo di suolo*, in *federalismi.it*, 2015, 9, pp. 31; P. Otranto, *Regolazione del consumo di suolo e rigenerazione urbana*, in *GiustAmm.it*, 2015, 4, pp. 30, che richiama anche l'esperienza spagnola).

Benché non indicato nella decisione, può essere utile a consentire un'adeguata comprensione della vicenda il fatto che l'isola di Io ha una particolare collocazione nell'immaginario collettivo di quanti riconoscono il valore della cultura greca nello sviluppo della civiltà occidentale perché custodisce la mitica tomba di Omero.

Tale dato che, si ribadisce, appartiene al mito, deve essere d'altra parte coniugato con il fatto che sul territorio sono presenti oltre 150 strutture ricettive, con il conseguente impatto sull'economia locale.

In altri termini, il caso stigmatizza il carattere caleidoscopico e spesso confliggente degli interessi riferibili al territorio, nonché il loro valore transnazionale che trova rilievo non solo amministrativo ma anche processuale, in quanto tre dei ricorrenti sono persone fisiche (proprietari di immobili situati sull'isola) residenti per la maggior parte dell'anno nei paesi di appartenenza - Belgio, Italia e Francia -, affiancati da tre associazioni di ispirazione ambientalista.

La tipologia dell'intervento urbanistico ed edilizio rientra nella disciplina eurounitaria ed interna sulla VIA, ma i ricorrenti propongono ricorso oltre i termini previsti per l'impugnazione del provvedimento autorizzativo finale, chiamato DAPA nella disciplina greca (art. 12, in relazione agli artt. 3, 4 e 19, l. n. 4014/2011).

I ricorrenti si dolgono, fra l'altro, di non essere riusciti ad utilizzare gli strumenti partecipativi previsti per il pubblico in quanto, in fatto, sono venuti a conoscenza in ritardo dell'apertura del procedimento amministrativo.

D'altra parte, risulta che siano stati effettuati gli adempimenti pubblicitari previsti dalla disciplina ellenica.

In particolare, il 2 agosto 2013 l'amministrazione greca aveva pubblicato l'invito a partecipare alla procedura VIA, ma con strumenti che si collocano nell'area geografica di Siro, mediante inserzione nel giornale locale (*Koini Gnomi*), nonché negli uffici della regione Egeo meridionale ivi situati.

Il fascicolo VIA, oggetto della possibile consultazione, era anch'esso custodito presso gli uffici della regione Egeo meridionale, come detto distante da Io 55 miglia nautiche e con collegamenti problematici.

In data 8 agosto 2014 l'autorità competente (ministro dell'ambiente e dell'energia e ministro del turismo) aveva adottato il provvedimento di approvazione, con relative prescrizioni ambientali, dando pubblicità legale alla DAPA mediante pubblicazione il successivo 11 agosto sul portale di affissione *Diavgeia* e successiva ulteriore pubblicità sul sito internet del ministero dell'ambiente, per come previsto dall'art. 19-bis della legge n. 4014/2011.

A fronte della disciplina greca (art. 46 del decreto presidenziale n. 18/1989) che prevede un termine di decadenza di 60 giorni, l'impugnazione del provvedimento è stata proposta il 19 febbraio 2016, ma i ricorrenti portano a giustificazione di ciò il fatto di averne avuta conoscenza il 22 dicembre 2015, a seguito del fatto materiale consistente nell'inizio dei lavori autorizzati.

La società titolare dell'autorizzazione, 105 Anonimi Touristiki kai Techniki Etaireia Ekmetallefsis Akiniton, si costituiva eccedendo la tardività del ricorso.

A questo punto della vicenda processuale il *Symvoulío tis Epikrateias* ha sospeso il giudizio proponendo alla Corte di giustizia dell'Unione le questioni pregiudiziali che saranno oggetto di esame nei paragrafi che seguono.

3. – La prima questione sottoposta alla Corte riguarda il livello territoriale al quale devono essere allocate le funzioni destinate a consentire la partecipazione del pubblico ai processi decisionali relativi alla valutazione di impatto ambientale.

La disciplina comunitaria applicabile è quella di cui alla direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, nel testo vigente prima delle modifiche introdotte con la direttiva 2014/52/UE (sull'evoluzione normativa, cfr. A. García Ureta, coord., *La Directiva de la Unión Europea ... cit.*; K. Arabadjieva, *Better regulation in environmental impact assessment: the amended EIA Directive*, in *Journal of environmental law*, 28, 2016, 1, 159 ss.).

La direttiva 2011/92/UE (alla quale di seguito, per brevità, sarà fatto riferimento anche semplicemente come “direttiva”), come è noto, non si limita a richiedere che siano sottoposti a regime autorizzatorio i progetti pubblici e privati che possano avere rilevante impatto ambientale, ma ne condiziona l'esito ad un procedimento predisposto per integrare, in un'ottica collaborativa coinvolgente il pubblico, le attività dirette ad acquisire i dati utili ai fini della decisione.

Tali dati sono destinati ad emergere quale risultato di attività di natura doverosa che fanno capo all'autorità procedente (tenuta all'istruttoria) e alla committenza (tenuta al rapporto di valutazione) e di natura invece facoltativa (partecipazione giuridicamente tutelata) riconosciute al pubblico.

A quest'ultimo proposito, la novella introdotta con la direttiva 2014/52/UE, pur mantenendo la necessità che l'informazione sia rivolta al pubblico tout court, tuttavia distingue la posizione del “pubblico interessato” (cfr. l'art. 6 vecchio e nuovo testo). Su tale profilo si tornerà nella parte finale, trattandosi di elemento evidentemente estraneo alla decisione in commento, ma significativo per la considerazione delle prospettive lasciate aperte.

L'obiettivo indicato agli stati membri dalla direttiva 2011/92/UE è di garantire al pubblico di potere esprimere pareri e osservazioni in maniera precoce (cfr. la sentenza, § 4), cioè sin dalle fasi iniziali del processo decisionale, quando il risultato finale non è ancora delineato e l'autorità è ancora aperta a tutte le soluzioni possibili (art. 2).

Distinto rilievo assume poi la possibilità di tutela rispetto alla decisione finale, che deve essere a sua volta resa pubblica con adeguate procedure (art. 9 della direttiva 2011/92/UE).

Non può sfuggire come la pubblicità della decisione, oltre ad avere l'effetto di renderla visibile e quindi di sottoporla a controllo diffuso, per altro verso è presupposto della tutela giurisdizionale, che l'art. 11 della direttiva 2011/92/UE limita ai portatori di “un interesse sufficiente” o di un diritto “nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno stato membro esiga tale presupposto”.

Su tali premesse, la Corte ammette che la direttiva 2011/92/UE non pone un vincolo agli stati membri in ordine all'organizzazione interna ed ai livelli territoriali di allocazione delle funzioni, ma, al contempo, mostra la consueta attenzione al principio di effettività della tutela quale metro generale di verifica delle modalità di attuazione delle previsioni comunitarie (la Corte richiama quale precedente per analogia la sentenza del 20 ottobre 2016, Danqua, C-429/15, EU:C:2016:789, punto 29).

L'effettività è letta dalla Corte nelle prospettive della responsabilità e della trasparenza del processo decisionale, elementi entrambi richiamati e che, sebbene ciò non sia esplicitato nella decisione, rappresentano la ratio stessa del coinvolgimento del pubblico.

Per un verso, infatti, la trasparenza è diretta a realizzare l'*accountability* diffusa della decisione delle autorità, per altro verso è presupposto di una modalità di intervento nella decisione pubblica che rappresenta uno dei profili del principio di sussidiarietà e lo declina appunto in termini di assunzione di responsabilità da parte della comunità, chiamata ad impegnarsi direttamente ad esprimere un contributo rispetto ai fatti rilevanti per la tutela dell'ambiente e del territorio, in una dimensione

che può spaziare dall'ambito tecnico fino a quello squisitamente politico (sulle diverse declinazioni del tema, cfr. C. Harlow, *Transparency, accountability and the privileges of power*, in *European law journal*, 22, 2016, 3, 273 ss.; J. Said Pullicino, *The State's duty to inform: essential to the right to good governance: truth, transparency and accountability*, Office of the Parliamentary Ombudsman, Valletta, 2015; P. Dyrberg, *Accountability and legitimacy: what is the contribution of transparency?*, in A.M. Amull, D. Wincott (cur.), *Accountability and legitimacy in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 81; su responsabilità e sussidiarietà cfr. M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 283 ss.; D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004).

Sul piano dell'effettività, dunque, la partecipazione non può essere limitata in via di fatto attraverso sistemi organizzativi che la ostacolano, rendendola se non impossibile quanto meno difficile, sia nel momento prodromico alla decisione, sia con riferimento alla successiva fase di tutela.

La precoce partecipazione, in particolare, presuppone la ragionevole idoneità degli strumenti di pubblicità adottati dallo stato membro, che nel caso di specie richiede un'analisi in fatto circa la diffusione sull'isola di Io del giornale *Koini Gnomi* pubblicato a Siro e la concreta possibilità del pubblico di recarsi senza eccessivi oneri su tale ultima isola per potere accedere all'albo regionale (tanto più che i tre ricorrenti persone fisiche risiedono per gran parte del tempo all'estero).

La corte evidenzia come tale verifica sia di competenza del giudice remittente, ma al tempo stesso suggerisce che i dati disponibili – anche in relazione alla mancanza di notizie in ordine all'effettiva proposta di osservazioni da parte del pubblico – non sembrino dimostrare l'idoneità in concreto delle scelte adottate dall'autorità greca, a causa della distanza e del carattere non quotidiano, lento ed oneroso dei collegamenti solo navali fra le isole di Io e Siro ed in ragione dell'apparente portata locale del giornale *Koini Gnomi*.

Analoghe considerazioni sono svolte in ordine alle criticità sollevate dal Consiglio di Stato con riguardo alle modalità concrete di accesso agli atti contenuti nel fascicolo della procedura ed alle modalità di consultazione consentite sull'isola di Siro.

La Corte, infatti, rinviando sempre alla necessità che la verifica in concreto sia svolta dal giudice nazionale, indica come criterio discretivo l'analisi delle difficoltà che il pubblico di Io doveva affrontare per raggiungere Siro, precisando tuttavia che esse possono trovare giustificazione nell'eventuale costo eccessivo degli oneri che l'amministrazione avrebbe dovuto sopportare per consentire che l'accesso e la partecipazione avvenissero nell'isola di Io (altro elemento che, nello specifico, non traspare dagli atti processuali).

La Corte, pertanto, conclude che:

“L'articolo 6 della direttiva VIA deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro conduca le operazioni di partecipazione del pubblico al processo decisionale relative a un progetto al livello della sede dell'autorità amministrativa regionale competente, e non al livello dell'unità municipale da cui dipende il luogo di ubicazione di tale progetto, qualora le modalità concrete seguite non garantiscano il rispetto effettivo dei diritti del pubblico interessato, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare”.

4. – La seconda questione sottoposta alla Corte è se la disciplina comunitaria VIA circa l'informazione da dare al pubblico in ordine alle determinazioni dell'ente competente (art. 9 della direttiva 2011/92/UE) e sulle forme di tutela che devono essere garantite (art. 11 della direttiva cit.) osti ad una normativa interna che preveda un termine di decadenza di 60 giorni per proporre ricorso, decorrenti dalla pubblicazione della notizia dell'adozione del provvedimento in un portale di affissione e in un sito internet

predeterminato e ricadenti in un ambito territoriale diverso da quello direttamente interessato dall'intervento.

Anche con riferimento a tale secondo quesito la Corte sottolinea come il confronto con il diritto comunitario debba essere svolto facendolo interagire con la fattispecie concreta e, quindi, nel caso oggetto di rinvio, con riferimento al complessivo svolgersi della vicenda.

Partendo dal piano normativo, l'art. 9 della direttiva VIA prescrive che il diritto interno predisponga adeguate procedure per informare il pubblico in ordine all'esito della VIA, anche ove esso sia stato negativo.

Informare, in termini propri, implica una circolazione generalizzata della notizia, che deve essere disponibile per chiunque (argomentando in ordine alla distinzione fra accesso agli atti e diritto di informazione; sul tema, cfr. G. Pepe, *L'accesso ai dati delle pubbliche amministrazioni tra libertà di informazione e tutela della riservatezza: una indagine comparata*, Torino, Giappichelli, 2018; C. Cudia, *I diritti di informazione e partecipazione tra chiunque e interessato*, in M.P. Chiti, R. Ursi, cur., *Studi sul codice dell'ambiente: atti del Convegno, Palermo, 23-24 maggio 2008*, Torino, Giappichelli, 2009, 215 ss.), ma la direttiva VIA non si preoccupa di indicare agli stati membri specifiche modalità, pur prevedendo che il ricorso al web possa rappresentare, in astratto, uno strumento adeguato (art. 6 co. 2 direttiva cit.).

Anche l'art. 11, con riferimento alla tutela, lascia margini di specificazione al diritto nazionale, sia sotto il profilo della legittimazione a proporre ricorso che sotto quello dell'autorità deputata a deciderlo.

Quanto alla legittimazione, in particolare, la griglia di accesso può essere costruita attorno a due alternative, costituite dal richiedere la titolarità di un "interesse sufficiente" oppure di un diritto soggettivo, mentre in ordine all'autorità decidente è prescritta, in alternativa alla sede giurisdizionale, quanto meno la presenza delle garanzie di terzietà ed imparzialità.

Il fatto che l'art. 11 esiga comunque una soluzione che consenta il più ampio accesso alla tutela, induce a ritenere che essa non possa essere sottoposta a condizioni o oneri diversi da quelli che sono prescritti dagli ordinamenti interni avverso decisioni, atti o omissioni che incidono su procedimenti autorizzatori affidati alle pubbliche autorità.

È l'ambito di operatività del noto principio di equivalenza per cui "le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna" (così Causa C-432/05 Unibet London Ltd e Unibet International Ltd contro Justitiekanslern, punto 72, su cui cfr. M. Taborowski, *Case C-432/05 Unibet: some practical remarks on effective judicial protection*, in *The Columbia journal of European law*, 14, 2008, 3, 621 ss.; L. Lebeau, *CJCE, 13 mars 2007, Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd / Justitiekanslern: aff. C-432/05, Rec. p. 1-2271*, in *Revue des affaires européennes*, 2008, 1, 135 ss.; A. Γέροντας, *Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και η παροχή έννομης προστασίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση (με αφορμή τις υποθέσεις C-432/05, Unibet και C-354-5/04, Gestoras και Segi*, in *Εφημερίδα διοικητικού δικαίου*, 5, 2008, 724 ss.). La Corte, peraltro, ribadisce il principio, sottolineando comunque come esso non appaia messo in discussione nel caso di specie.

Per l'analisi della vicenda è individuato, invece, come utile riferimento il principio di effettività della tutela che, nel prescrivere al legislatore nazionale di non rendere in fatto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento unitario, è applicato, come da costante prassi della Corte, attraverso una lettura sistematica, volta a tenere conto del complessivo assetto procedurale e degli interessi offerti dalla disciplina interna in riferimento al fatto concreto (cfr. causa C-432/05 cit., punto 54; sulla relazione fra effettività dell'ordinamento ed effettività della tutela G. Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 28.2.2018; sulla considerazione che ciò richiede una

ricostruzione congiunta degli strumenti offerti dall'ordinamento euro unitario e da quello interno, R. Mastroianni, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018, 586 ss.).

La Corte premette che l'art. 11 cit. si riferisce ai ricorsi relativi alla lesione dei diritti di partecipazione, valendo invece le tutele generalmente previste dall'ordinamento interno e comunitario per la lesione di altre posizioni giuridiche soggettive eventualmente coinvolte nella procedura VIA (la decisione conferma, richiamandolo, il precedente del 15 marzo 2018, North East Pylon Pressure Campaign e Sheehy, C-470/16, EU:C:2018:185, punti 36 e 39, sul quale cfr. C. Sabotta, *New cases on Article 9 of the Aarhus Convention: Court of Justice of the EU, judgments of 20 December 2017, Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation, C-664/15, ECLI:EU:C:2017:987 and of 15 March 2018, North East Pylon Pressure Campaign and Sheehy, C-470/16, ECLI:EU:C:2018:185*, in *JEEPL*, 15, 2018, 2, 241 ss.).

Rispetto a parametri normativi che potrebbero apparire ad occhio poco attento privi di nesso, il punto focale, come avverte subito il giudice di Lussemburgo, non è valutare l'effettività della tutela rispetto all'esistenza di un termine breve di decadenza, ma riguarda il possibile condizionamento che la non adeguata informazione del pubblico può esprimere sulla decorrenza del *dies a quo* relativo al computo del termine per la proposizione dei ricorsi avverso le violazioni commissive o omissive poste in essere dalla pubblica autorità nel provvedimento (e a monte nel procedimento) di rilascio o di diniego dell'approvazione dei progetti.

In maniera condivisibile, la Corte ritiene che la soluzione delle questioni non possa passare soltanto dal dato formale degli strumenti utilizzati per dare pubblicità (portale di affissione *Diavgeia* presso il municipio di Siro) e per informare il pubblico circa la pubblicazione della DAPA (sito internet del ministero dell'ambiente), per come previsto dall'art. 19bis della legge n. 4014/2011. L'osservazione è giustificata dal fatto che l'analisi complessiva della disciplina interna sulla tutela fa emergere come i vizi propri della fase di partecipazione debbano essere azionati in sede di ricorso avverso la decisione finale di autorizzazione.

Tale indicazione costituisce il punto di avvio per la risposta alla seconda delle questioni proposte dal Consiglio di Stato greco.

Non è, in particolare, risolutivo sotto il profilo dell'effettività della tutela che sia prevista la decorrenza del *dies a quo* per la proposizione del ricorso dalla pubblicazione su sito web, strumento conforme all'espressa indicazione in proposito contenuta all'art. 6, § 2, della direttiva.

Per la stessa ragione non è sufficiente osservare che la previsione di un termine di decadenza per ricorrere è compatibile con l'ordinamento unitario quando, come nella specie, è ragionevole (60 giorni) e necessario, in generale, quale legittimo presidio rivolto a garantire la certezza del diritto (è richiamata la sentenza del 20 dicembre 2017, Caterpillar Financial Services, C-500/16, EU:C:2017:996, punto 42; sul tema, cfr. A.M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, Cacucci, 2015, part. 107 ss.).

Questione nodale è, invece, che la decorrenza del termine, pur affidato a meccanismi di conoscibilità in astratto dell'avvenuta adozione del provvedimento, si collochi in un contesto di normalità causale in cui il titolare delle posizioni attive di partecipazione "quantomeno, sarebbe dovuto venirne a conoscenza" (§ 56 della decisione in commento, con relativi richiami giurisprudenziali).

La Corte, seguendo la tradizionale impostazione pragmatica individua tre strumenti di analisi ai quali parametrare i fatti oggetto di giudizio: l'obiettivo da raggiungere, consistente nella massima partecipazione possibile (art. 11 § 3 della direttiva 2011/92/UE), il comportamento concretamente tenuto dall'autorità e la sua capacità di interagire con la previsione del termine di decadenza in guisa tale da privare il cittadino della possibilità di accedere alla tutela.

Rimane assorbita, perché superata dall'impedimento frapposto dall'amministrazione, la possibile rilevanza del livello di diligenza nell'informarsi che può essere pretesa da parte del membro del pubblico.

La Corte, in altri termini, *expressis verbis*, colloca la questione nell'ambito della responsabilità dell'autorità nell'aver determinato la tardività del ricorso (§ 56), in proposito richiamando precedente indirizzo (sentenza 19 maggio 2011, Iaia e a., C-452/09, EU:C:2011:323, punto 21, con commento di A. Pieknbrock, *Die Verjährung der Francovich-Haftung: Anmerkung zu, EuGH, Urteil vom 19. Mai 2011, Rs. C-452/09 (Iaia)*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 9, 2012, 1, 7 ss.).

A questo punto, il tema degli oneri di informazione, che era presente anche nel primo quesito, viene riproposto sotto un diverso profilo, che non riguarda la necessità di stimolare la partecipazione sin dalle sue fasi iniziali, ma investe, invece, il nesso fra adeguata e tempestiva circolazione della notizia dell'esistenza della procedura ed esigibilità del rispetto del termine di decadenza per la proposizione del ricorso.

La disciplina nazionale e l'autorità competente hanno un preciso dovere di informare, qualificato dai caratteri della precocità e dell'antiorità rispetto allo svolgersi della procedura (cfr. in tal senso anche l'indicazione dell'avvocato generale Juliane Kokott presentate il 23 maggio 2019).

Applicando l'articolata normativa così ricostruita alla fattispecie concreta, la Corte osserva come la possibilità di accesso alla decisione finale offerta dalla pubblicazione su sito internet, alla luce del principio di effettività, non soddisfa le prescrizioni comunitarie se a monte siano mancate "informazioni sufficienti sull'avvio della procedura di partecipazione del pubblico" (§ 59 della decisione in commento).

In mancanza di tempestiva e sufficiente informazione circa l'esistenza della procedura, "i membri del pubblico interessato non possono attendersi di essere informati di una decisione finale di autorizzazione" (§ 58 della decisione in commento).

In tal caso, dunque, il termine di decadenza, per quanto in astratto ragionevolmente diretto a garantire la certezza del diritto, non può essere opposto ai membri del pubblico interessato.

5. – L'intervento della Corte lascia spazio ad alcune riflessioni che investono: il rapporto fra partecipazione e legittimazione ad agire riconosciuta dalla direttiva VIA ai membri del pubblico; l'individuazione degli ostacoli all'accesso alla giustizia che ledono il principio di effettività della tutela; la relazione fra sovranità popolare, democrazia e scelte amministrative in materia ambientale; la necessità di valorizzare, anche sul piano normativo, la dimensione locale delle funzioni legate alla tutela dell'ambiente.

La decisione nella causa C-280/18 rappresenta un esempio significativo di una delle tecniche di decisione utilizzate dalla Corte, l'interpretazione per principi, giacché è di tutta evidenza che l'indicazione del carattere ostativo non riguarda la disciplina ellenica in sé, ma invece parte da un raffronto fra obiettivi posti dal diritto comunitario e concreto svolgersi dei fatti (sul valore dei principi nella giurisprudenza della CGUE cfr. A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, in A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno (cur.), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea, atti del XXIII Convegno, Ferrara 6-8 giugno 2018*, Napoli, ES, 2019, 553 ss.; sul modo di operare dei principi e sulla necessità di una loro interazione con il fatto concreto in quanto norme a fattispecie aperta, cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; cfr. pure F. Modugno, *Principi e norme, la funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in Id., cur., *Esperienze giuridiche del 900*, Milano, Giuffrè, 2000, 85 ss.; A. Cerri, *Il principio come fattore di orientamento interpretativo e come valore privilegiato*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1827 ss. In una diversa impostazione circa il fondamento dei principi, R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard, H. University Press, 1977).

Come rileva la Corte, la direttiva VIA (art. 11) consente agli stati membri di definire le condizioni di accesso alla giustizia sotto il profilo della qualificazione della situazione legittimamente come interesse o come diritto. In tutti gli ordinamenti ciò comporta la necessità di individuare una regola di legittimazione che spesso rinvia, come in Italia, alla ricerca della titolarità di una posizione individuale differenziata (per uno sguardo oltralpe, in generale sulle tensioni legate alla tutela giurisdizionale in materia di VIA, cfr. N. De Sadeleer, *L'évaluation des impacts environnementaux: vers une véritable protection juridictionnelle?*, in *Journal de droit européen*, 23, 2015, 215, 2 ss.).

Argomentando dal considerando 29 della direttiva 2014/52/UE, che nella sua ultima parte valorizza comunque l'apporto dei membri non qualificati del pubblico anche in assenza di prescrizione di consultazioni formali, può sostenersi che seppure è loro consentito di esprimere la propria posizione, apportando elementi all'istruttoria che dovrebbero essere presi in considerazione in vista della decisione finale, la modifica introdotta all'art. 11 della direttiva VIA (peraltro non applicabile alla vicenda giudicata) sembra creare un privilegio in favore dei portatori di interessi qualificati, facendone i soli titolari di una posizione giuridica tutelabile davanti ad un giudice o ad un'autorità terza. È, tuttavia, quanto meno dubbio, con riferimento al diritto italiano, che la produzione di memorie e documenti, una volta ammessa, resti priva di qualsiasi rilievo procedimentale, sicché sarebbe discutibile negarne in astratto qualsiasi possibilità di tutela.

Restando nell'ambito del giudicato, il valore aggiunto della decisione nella complessa questione della legittimazione è nell'individuazione del rilievo delle posizioni partecipative procedimentali che, al di là della loro qualificazione nel diritto interno come diritti o come interessi (distinzione non sempre chiara e persino ritenuta non necessaria ai fini della tutela: cfr. la posizione espressa da Consiglio di Stato, A.P., sentenza n. 6/2006, con commento critico di M. Occhiena, *Diritto di accesso, sua "natura camaleontica" e adunanza plenaria 6/2006*, in *Foro it.*, 2006, III, 378 ss.), importano una situazione giuridica differenziata e di vantaggio che può essere contrapposta all'onere di informazione gravante sull'autorità pubblica.

La responsabilità dello stato membro, in una declinazione ulteriore della nota giurisprudenza *Francovich*, è estesa alla previsione ed alla concreta attuazione di comportamenti diretti a creare il presupposto della reale conoscibilità dell'apertura e della decisione di procedure di valutazione dell'impatto ambientale, sicché l'ostacolo frapposto dalle violazioni di questo obbligo deve a sua volta trovare tutela effettiva.

La pretesa ad una informazione precoce ed effettiva, avendo ricevuto il riconoscimento di meritevolezza di tutela, condiziona ogni successiva fase del procedimento, potendo essere fatta valere anche nei confronti del provvedimento finale (cfr. § 47 della decisione) e diventando metro di valutazione anche dell'applicabilità delle regole processuali (altrimenti rimesse al diritto interno), comprese quelle afferenti alla decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso.

La questione degli ostacoli all'accesso alla giustizia, come rilevato anche dall'avvocato generale (peraltro, con qualche piccola imprecisione), era stata già in precedenza valutata dalla Corte sotto diversi profili.

Il supremo giudice eurounitario si era espresso sul tema in relazione alla garanzia di partecipazione, ritenuta ostacolata ove sia previsto che la valutazione di impatto proceda dando efficacia immediata all'esclusione in sede amministrativa di un membro del pubblico, nonostante essa sia *sub judice* (per un caso che coinvolgeva un'associazione ambientale, cfr. la sentenza 8 novembre 2016, su cui M. van Wolferen, *Case C-243/15 Lesoochranské zoskupenie VLK v Obvodný úrad Trenčín*, *EU:C:2016:838*, in *JEEPL*, 14, 2017, 1, 136 ss.).

Si era ancora preoccupato di precisare che "la più ampia partecipazione" non consente di condizionare la facoltà di proporre ricorso avverso la decisione finale al ruolo assunto dall'interessato in sede procedimentale amministrativa (cfr. la sentenza 15 ottobre 2009 commentata da J. Reichel, *Judicial control in a globalised legal order: a*

one way track? An analysis of the case C-263/08 Djurgården-Lilla Värtan, in *Review of European administrative law*, 3, 2010, 2, 69 ss.).

Aveva deciso sulla questione delle limitazioni alle eccezioni procedurali proponibili, escludendo che possano essere circoscritte alle osservazioni mosse durante la procedura amministrativa (specificamente sulle conseguenze giuridiche degli errori procedurali, cfr. sentenza 7 novembre 2013, commentata da T. Bunge, *Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern bei der Umweltverträglichkeitsprüfung: zum Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 7 November 2013 (C-72/12, Gemeinde Altrip)*, in *Natur und Recht*, 36, 2014, 5, 305 ss.; sentenza 15 ottobre 2015, con commento di N. De Sadeleer, *Enforcement de la protection juridictionnelle dans le cadre des procédures d'évaluation des incidences et de l'exploitation des établissements classés: CJUE, 15 octobre 2015, Commission/Allemagne, aff. C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683*, in *Revue des affaires européennes*, 22, 2015, 4, 753 ss.).

La Corte aveva affrontato anche la questione della ragionevolezza dei costi con riferimento all'ipotesi di soccombenza in giudizio del membro del pubblico che ha proposto l'azione, statuendo che essi non possono essere proibitivi non solo con riferimento alla condizione economica del ricorrente, ma anche in una valutazione oggettiva del peso delle spese di giustizia (cfr. G. De Baere, *The right to "not prohibitively expensive" judicial proceedings under the Aarhus Convention and the ECJ as an international (environmental) law court: Edwards and Pallikaropoulos: case C-260/11, Edwards and Pallikaropoulos v. Environmental Agency, judgment of the Court of Justice (Fourth Chamber) of 11 April 2013, EU:C:2013:221*, in *Common market law review*, 53, 2016, 6, 1727 ss.).

La decisione in commento interviene, invece, sull'esigibilità dei termini per la proposizione del ricorso, aggiungendo un ulteriore tassello: quando l'applicazione del diritto interno ed il comportamento dell'amministrazione non consentono in concreto una precoce e completa informazione, con riferimento sia alla fase iniziale che a quella conclusiva della VIA, tali fattori interagiscono con la previsione di un termine di decadenza per l'azione in giudizio, lasciando emergere una figura sintomatica di ostacolo all'accesso alla giustizia non compatibile con la disciplina comunitaria, in assenza di giustificazioni legate alla non ragionevolezza della pretesa di un maggiore impegno organizzativo ed al suo difetto di proporzionalità rispetto all'obiettivo atteso.

Si tratta, peraltro, di un'affermazione che applica l'art. 47 della Carta dei diritti in ordine alla garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva (richiamo comune anche a molte delle decisioni cit. in materia di accesso ai ricorsi), inserendosi nell'ormai consolidato riconoscimento del carattere fondante dei suoi principi.

Deve aggiungersi che il percorso argomentativo che porta a tali conclusioni offre una conferma del fatto che la stessa relazione fra il diritto interno e quello dell'unione non può essere limitata alle regole sulle competenze e neppure a quelle relative alla gerarchia fra le fonti, ma si muove in concreto sul piano dell'integrazione fra ordinamenti che devono collaborare per garantire gli interessi ritenuti giuridicamente rilevanti.

Resta aperta, tuttavia (ma ciò dipende dal limite di oggetto della causa) la questione dell'individuazione della nozione di interesse sufficiente ad agire in materia di tutela dell'ambiente.

In proposito, non essendo questa la sede per una sua più estesa trattazione, si segnala come particolarmente interessante il dibattito sulla legittimazione ad agire per far valere un interesse pubblico da parte del singolo o dei gruppi esponenziali in forza della novellata previsione di cui all'art. 85 co. 2 del codice di procedura civile del Québec, entrata in vigore nel gennaio 2016, a tenore della quale "l'intérêt du demandeur qui entend soulever une question d'intérêt public s'apprécie en tenant compte de son intérêt véritable, de l'existence d'une question sérieuse qui puisse être valablement résolue par le tribunal et de l'absence d'un autre moyen efficace de saisir celui-ci de la question" (sul tema, cfr. M. Bélanger, P. Halley, *Accès à la justice pour protéger l'environnement au Québec: réflexions sur la capacité à agir des particuliers et des groupes environnementaux*, in *Revue de droit de McGill*, 62, 3, 2017).

Venendo all'altro profilo di interesse per la decisione, quello relativo agli spunti di riflessione offerti sul rapporto fra sovranità popolare e democrazia nello specifico della tutela ambientale, occorre rilevare che si tratta di un ambito di delicata interazione, dal momento che l'attuazione dello sviluppo sostenibile è ostacolato da interessi difficili da contrastare (al riguardo, cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, ES, 2010).

È stato autorevolmente osservato come “il generale consenso intorno al “valore” della democrazia (...) può essere soltanto apparente e rivelarsi in definitiva un consenso sul nulla” (L. Carlassare, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in *Id.*, cur., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di studio per celebrare la Casa editrice Cedam nel I centenario della fondazione (1903-2003)*, Cedam, Padova, 2004, p. 4), tanto da suscitare ampi interrogativi in ordine al suo significato ed alla sua essenza.

Essenza e significato che possono essere ritrovati attraverso la ricostruzione della sovranità popolare in una dimensione non limitata all'espressione del voto, ma estesa alla capacità di esercizio dei diritti come strumento rivolto anche ad influenzare le decisioni degli organi dello stato (ancora Carlassare, nella lettura ult. cit. degli scritti di Crisafulli, Esposito e Paladin), apparendone quindi non solo giustificata, ma necessaria una collocazione anche nella fase di formazione delle decisioni fondamentali che riguardano la tutela dell'ambiente.

In materia, l'esercizio delle facoltà spettanti ai membri del pubblico, sia come singoli sia nelle formazioni sociali impegnate nel settore, per potere essere efficace espressione di esercizio di sovranità, cioè per potere interferire realmente con l'esercizio dei pubblici poteri, necessita di un'informazione precoce ed effettiva (per una ricostruzione dello statuto giuridico dell'informazione, cfr. F. Manganaro, A. Romano Tassone, *I nuovi diritti di cittadinanza: i diritti di informazione*, Giappichelli, Torino, 2005; per le tensioni legate all'ampliarsi del diritto all'informazione F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, XXVII, 4, 2019, 743 ss., nonché, in chiave comparata, B. G. Mattarella, M. Savino, cur., *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018, 19).

Il dibattito dottrinale in Italia ha avuto modo di riflettere sulla diversa natura della partecipazione qualificata e non, ascrivendo tendenzialmente la prima all'ambito della tutela degli interessi dei singoli e la seconda a quello degli istituti della democrazia (cfr. C. Cudia, *I diritti di informazione e partecipazione ... cit., passim*; M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010; G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000; U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 7 ss.).

L'insegnamento che viene dalla decisione in commento tende a confermare una crescente e forte ibridazione di tali due dimensioni, posto che se il riconoscimento delle prerogative proprie della partecipazione del pubblico deve essere garantito anche con riferimento alla tempestività dell'informazione, i modi attraverso i quali esse sono disciplinate in astratto e gestite in concreto richiedono un'indagine congiunta e necessitano di forme di tutela effettiva rimesse anche ad una legittimazione individuale rispetto alla quale non può dirsi *sic et simpliciter* che la natura delle rivendicazioni in concreto ed il loro effetto siano ascrivibili interamente alla soddisfazione di interessi privati piuttosto che generali (o viceversa).

D'altra parte, ciò è coerente con l'idea che la sovranità popolare debba esprimersi anche nella rivendicazione dei diritti e conferma l'impostazione secondo cui diritto pubblico e diritto privato si innestano nella cura degli interessi esprimendosi in gradazioni e prevalenze piuttosto che in ambiti separati ed esclusivi (sul metodo essenziale e gradualista, cfr. G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, ora in D. Pappano, D. D'Alessandro

(cur.), *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi, Vol. I, Il metodo e la teoria generale*, Torino, Giappichelli, 2019, 153 ss.).

A fronte degli indubbi pregi della decisione, resta tuttavia l'impressione che essa faccia emergere un *bug* sul piano della tutela sostanziale, ascrivibile sostanzialmente all'assetto definito in materia *de qua* tanto dalla convenzione di Aarhus che dalla direttiva VIA.

È evidente, infatti, che la rilevata assenza di osservazioni da parte del pubblico, se giustificata in concreto dalle condizioni specifiche in cui si trovavano i cittadini dell'isola di Io e gli stessi tre proprietari ricorrenti, non è cononestata da analoghe ragioni per quanti si trovavano sull'isola di Siro, sede amministrativa della pubblicità legale e luogo di diffusione dell'informazione attraverso la stampa locale, né per i soggetti presenti in dimensioni territoriali più ampie i quali, specie se associazioni di settore, dovrebbero prestare attenzione alle pubblicazioni dei provvedimenti sul sito ministeriale.

In altri termini, la vicenda mostra che i soggetti che sentono la necessità di reagire e rispetto ai quali si pone un problema di informazione precoce sono innanzitutto, se non essenzialmente, quelli più prossimi all'intervento previsto, né ciò può sorprendere, giacché può essere considerato un'ordinaria conferma della c.d. sindrome di NIMBY.

Se così è, ci si deve interrogare se si possa realmente cogliere la complessità delle questioni legate al diritto dell'ambiente (che ha una sua connotazione storica e progressiva, cfr. G. Rossi, *Storicità e gradualità dell'emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica*, in G. Rossi, *Saggi e scritti ... cit.*, Vol. III, a cura di A. Farì e E. Guarna Assanti, 1253 e ss.) nella dimensione del c.d. diritto globale e delle generazioni future (sia consentito accostare, per ragioni di sintesi, allo scopo di provocare ulteriori riflessioni, due questioni che, naturalmente, sono autonome ed operano su piani distinti, ma al tempo stesso rappresentano prospettive problematiche aperte dalla vicenda in esame).

Il rischio è di trascurare, quanto meno in parte, il legame fra l'azione in giudizio e gli interessi, che hanno invece una componente che rimane, inevitabilmente, legata agli stati ed alle funzioni locali, agli individui, non solo associati, ed alle generazioni attuali (fermo che è necessaria una collaborazione fra i diversi contesti per il bilanciamento di interessi che sono fortemente confliggenti, cfr. F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, 17, 12 settembre 2018).

La riflessione, *de jure condendo*, dovrebbe portare a riconsiderare gli spazi lasciati agli stati membri in ordine alla disciplina del livello di governo territoriale da coinvolgere nell'informazione e nell'accesso alle procedure (altra potendo essere, evidentemente, l'allocazione della competenza alla decisione, tenendo conto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione). L'intervento della Corte, infatti, a seguito di rinvio pregiudiziale rimette comunque ad un'analisi dei fatti ad opera del giudice nazionale, con le ovvie conseguenze in termini di certezza, di costi, di tempestività nella cura degli interessi rispetto all'ipotesi di un vincolo posto alla disciplina interna.

Ciò, naturalmente, senza volere disconoscere come la giurisprudenza della Corte possa essere decisiva, sul piano della singola vicenda, nonché di grande utilità, su quello più generale dell'implementazione dell'applicazione del diritto comunitario, in quanto indubbiamente completa e dettaglia la disciplina di riferimento, dato il peculiare valore giuridico delle relative decisioni.

Daniele D'Alessandro
Dip.to di Scienze Politiche e Sociali
Università della Calabria
daniele.dalessandro@unical.it

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea riconosce l'immunità degli eurodeputati indipendentisti catalani: un altro passo verso una legislazione elettorale uniforme?

di *Alberto Di Chiara*

Title: The European Court of Justice recognizes parliamentary immunity to Catalan independentist MEPs: another step toward a uniform electoral procedure?

Keywords: Parliamentary immunity; Verification of credentials; European Parliament elections.

1. – La Corte di Giustizia, nelle due pronunce in commento, è intervenuta sul momento iniziale di acquisto dello status di eurodeputato, da cui deriva la garanzia dell'immunità parlamentare: si tratta di vicende solo apparentemente marginali, in quanto vengono toccati due aspetti di fondamentale rilievo costituzionale in ambito parlamentare.

I fatti da cui traggono origine le sentenze possono essere riassunti così: tra gli eletti spagnoli alle scorse elezioni europee risultava anche Oriol Junqueras Vies, ex Vicepresidente della *Comunitat Autònoma de Catalunya*, al tempo in stato di custodia cautelare in quanto indagato (e recentemente condannato) per i fatti legati allo svolgimento del referendum indipendentista in Catalogna. Le competenti autorità nazionali procedettero alla proclamazione ufficiale dei risultati elettorali in data 13 giugno 2019. A questo punto si pose un problema: gli artt. 108, comma 8 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*, ai fini del completamento del procedimento elettorale richiedono il giuramento di fedeltà dei candidati proclamati eletti alla Costituzione spagnola. Junqueras chiese un permesso temporaneo per recarsi a prestare il giuramento richiesto ed espletare le correlate formalità. Il *Tribunal Supremo*, di fronte al quale pendeva il giudizio nel quale era imputato l'ex Vicepresidente, rigettò l'istanza, in quanto il rilascio dell'imputato avrebbe potuto compromettere l'esito e lo scopo del processo, a causa del pericolo di fuga e dell'acquisto dell'immunità parlamentare. Oltre a Junqueras, si trovavano in una situazione simile anche Carles Puigdemont, ex Presidente della *Generalitat*, e Antoni Comín, rinviati a giudizio e recentemente condannati per i medesimi reati di Junqueras: in questo caso sui due candidati, in esilio volontario in Belgio, gravava un mandato di arresto che sarebbe stato senza dubbio eseguito qualora fossero rientrati in patria per prestare il giuramento. Le due situazioni appaiono profondamente diverse sul piano fattuale, in quanto nel primo caso l'imputato si trovava già in stato di detenzione al momento della emissione della sentenza di condanna, mentre nel secondo caso entrambi i condannati erano in territorio estero.

Il 17 giugno 2019 si è svolto il giuramento alla *Juncta Electoral Central*, che ha proceduto all'invio dell'elenco degli eurodeputati eletti in Spagna al Parlamento europeo, omettendo di indicare i tre eurodeputati indipendentisti assenti.

2. – Junqueras propose ricorso contro il diniego del permesso temporaneo al *Tribunal Supremo* che, a quel punto, decise di sollevare un rinvio pregiudiziale su tre questioni: 1) La prima riguardava la portata soggettiva dell'articolo 9 del protocollo n. 7 sui Privilegi e le immunità 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 chiedeva se l'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 automaticamente, al fine di consentire lo svolgimento della funzione parlamentare ed il conseguente viaggio verso il Parlamento europeo? Ovvero troverebbe applicazione un criterio elastico di valutazione "caso per caso"?

La Corte di Giustizia, nella sentenza del 19 dicembre 2019, affronta anzitutto il problema della pregiudizialità della pronuncia rispetto alla causa principale. Il governo spagnolo costituitosi in giudizio rileva la natura meramente ipotetica della questione pregiudiziale, in quanto la condanna a tredici anni di reclusione che ha colpito Junqueras neutralizzerebbe ogni considerazione circa l'immunità parlamentare (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. C-502/19, p.ti 51-54). Secondo la Corte, spetta soltanto al giudice nazionale valutare la necessità di una pronuncia pregiudiziale e i suoi effetti nel giudizio principale (cfr. causa C-621/18, *Wightman e a./UE:C:2018:999*, punto 26): ne consegue che le questioni sollevate dai giudici nazionali godono di una presunzione di pertinenza e che la Corte può astenersi dal pronunciarsi solo qualora risulti che l'interpretazione richiesta non abbia alcun rapporto con la causa principale, qualora il problema sia ipotetico o quando non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni sollevate (cfr. causa C-621/18, *Wightman e a./UE:C:2018:999*, punto 27). Le questioni poste risultano rilevanti per la risoluzione della causa e non meramente ipotetiche, in quanto il *Tribunal Supremo* dovrà pronunciarsi sulla fondatezza del ricorso proposto da Junqueras (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. C-502/19, p.ti 55-59).

Prima di addentrarsi nell'esame del merito della pronuncia, è necessario ricostruire il quadro normativo sulla verifica dei poteri del Parlamento europeo. 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 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 e 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» (art. 3, comma 1, Regolamento interno del Parlamento europeo). 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*» (art. 3, comma 3, Regolamento interno del Parlamento europeo). 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» (art. 3, comma 4, Regolamento interno del Parlamento europeo).

Dall'assetto normativo così ricostruito sembra che il Parlamento di Strasburgo possa 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 sembrava confermata dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che per lungo tempo ha negato al Parlamento europeo la potestà di compiere una verifica dei poteri autonoma rispetto alle autorità nazionali (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 "vindicatio 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).

Tornando alla pronuncia in commento, la Corte sottolinea anzitutto che ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, TUE, il funzionamento dell'Unione si fonda sul principio della democrazia rappresentativa, espressione concreta della democrazia di cui all'articolo 2 TUE: in applicazione di questo principio, l'articolo 14, paragrafo 3, del TUE prevede che i membri dell'istituzione dell'Unione che costituisce il Parlamento europeo siano eletti a suffragio universale diretto, in piena libertà e a scrutinio segreto, per un periodo di cinque anni. Dalla disposizione citata consegue che lo status di deputato al Parlamento europeo deriva esclusivamente dalla elezione a suffragio universale diretto, libero e segreto (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. C-

502/19, p.ti 64-65.). Più specificamente, il giudice del Lussemburgo ricorda come l'articolo 8, comma 1, dell'Atto del 1976 preveda che, fatte salve le disposizioni dell'Atto stesso, «la procedura elettorale è disciplinata, in ciascuno Stato membro, da disposizioni nazionali». In secondo luogo, l'articolo 12 dell'atto elettorale prevede, tra l'altro, che il Parlamento europeo «verifica i poteri dei membri del Parlamento europeo» e «prende atto dei risultati [delle elezioni] ufficialmente proclamati dagli Stati membri».

Secondo la Corte, dal complesso delle disposizioni esaminate risulta che gli Stati membri restano tuttora competenti a disciplinare la procedura elettorale e proclamare ufficialmente i risultati elettorali. Da parte sua, il Parlamento europeo non avrebbe il potere generale di mettere in discussione la legittimità della proclamazione di tali risultati o di verificarne la conformità al diritto dell'Unione: a sostegno di tale conclusione, la Corte ricorda la sentenza del 30 aprile 2009, Italia e Donnici contro Parlamento (più dettagliatamente C-393/07 e C-9/08, EU:C:2009:275, punti da 55 a 57, 60 e 67), nella quale venne stabilito che il Parlamento europeo poteva soltanto limitarsi a prendere atto delle decisioni assunte dalle competenti autorità nazionali. Secondo il giudice del Lussemburgo, da tale quadro normativo consegue che, dovendo prendere atto dei risultati delle elezioni ufficialmente proclamati dagli Stati membri, le persone ufficialmente proclamate elette sono divenute per ciò soltanto membri del Parlamento europeo: lo status di eurodeputato si conseguirebbe dunque con la sola proclamazione dei risultati elettorali (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. C-502/19, p.ti 68-71). Da ciò deriva che la garanzia dell'immunità parlamentare opera da tale momento e, qualora il deputato eletto si trovi in stato di detenzione cautelare, il giudice competente ha il dovere di revocare tale misura o, qualora ritenga che essa debba essere mantenuta, dovrà immediatamente chiedere la revoca dell'immunità parlamentare al Parlamento europeo (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. C-502/19, p.ti 87-92).

892

Un principio analogo a quello della sentenza Junqueras ha trovato applicazione anche nella controversia che riguardava Puigdemont e Comin: negato loro l'ingresso al Parlamento europeo in vista dell'insediamento degli eurodeputati del 2 luglio, i due leader indipendentisti hanno proposto ricorso – respinto in sede cautelare – per la sospensione della decisione con cui il Parlamento europeo non aveva tenuto conto della proclamazione degli eletti da parte delle Autorità spagnole, essendosi esclusivamente basato sulla comunicazione inviata dalla *Juncta Electoral Central*, in modo da vedersi riconosciuto lo status di eurodeputati con le connesse garanzie costituzionali (Tribunale di I Grado dell'Unione europea, ordinanza T-388/19 R. Cfr. P. Van Elsuwege, *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/>; M. Cecili, *Puigdemont candidabile per le Europee. I "rivoluzionari catalani" all'assalto delle istituzioni spagnole ed europee*, in *www.diritticomparati.it*, 24 maggio 2019). Il principio di diritto elaborato dalla Corte di Giustizia ha trovato applicazione anche nell'appello presentato da Puigdemont e Comin contro la decisione emessa dal Tribunale di I Grado: la Corte ha riformato l'ordinanza e rinviato la causa al Tribunale per la trattazione nel merito, concedendo le misure cautelari (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 646-19 P(R)). Il Parlamento europeo ha quindi provveduto a riconoscere ai tre indipendentisti catalani lo status di eurodeputati a partire dal 13 giugno 2019.

3. – Nelle more dei due giudizi è intervenuta la sentenza di condanna per i reati legati allo svolgimento del referendum indipendentista. Junqueras è stato condannato a tredici anni di reclusione, cui si aggiunge la pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici per un periodo corrispondente alla pena principale: per tale motivo il

Tribunal Supremo ha respinto la richiesta di scarcerazione avanzata all'indomani della sentenza della Corte di Giustizia.

La pronuncia del *Tribunal Supremo* merita di essere analizzata in quanto fornisce alcuni interessanti spunti di riflessione sul dialogo che intercorre in quest'ambito tra la Corte di Giustizia e il giudice nazionale, contribuendo a delimitare la portata e gli effetti della sentenza del giudice di Lussemburgo nel caso concreto.

Il giudice spagnolo recepisce anzitutto l'orientamento del giudice del Lussemburgo in materia di acquisizione dello status di eurodeputato, riconoscendo la decorrenza della immunità parlamentare dal momento della proclamazione dei risultati elettorali (*Tribunal Supremo, Sala de lo Penal*, sentenza del 9 gennaio 2020, punto 1), ma facendo salva la possibilità di chiedere al Parlamento europeo la revoca di tale garanzia nel caso in cui la misura custodiale debba essere necessariamente mantenuta (*Tribunal Supremo, Sala de lo Penal*, sentenza del 9 gennaio 2020, punto 4). I principi enucleati dalla Corte di Giustizia non possono più essere riferiti al caso di specie: essendo intervenuta una condanna definitiva per una pena detentiva – cui si accompagna la pena accessoria dell'interdizione dei pubblici uffici – non si tratta più di decidere se continuare ad applicare una misura cautelare, ma di dare esecuzione ad una sentenza definitiva. La circostanza che il *Tribunal Supremo*, al tempo della condanna pronunciata lo scorso ottobre, avesse sospeso l'esecuzione della pena accessoria in vista della pronuncia della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale non significa che il giudice spagnolo avesse riconosciuto una forma di immunità a Junqueras, ma rappresenta un esempio di leale cooperazione verso il giudice del Lussemburgo, chiamato a pronunciarsi su una questione – l'acquisizione del seggio di europarlamentare – che si interseca a doppio filo con la pena accessoria da cui deriverebbe proprio la decadenza dal mandato (*Tribunal Supremo, Sala de lo Penal*, sentenza del 9 gennaio 2020, punto 5.1). In ragione della condanna definitiva non è più necessario sollevare la richiesta di revocare l'immunità al Parlamento di Strasburgo, ma occorre soltanto dare esecuzione all'intervenuta decadenza in ragione della condanna definitiva e della relativa pena accessoria (*Tribunal Supremo, Sala de lo Penal*, sentenza del 9 gennaio 2020, punto 5.3 e ss.). Il giudice istruttore del *Tribunal Supremo* ha provveduto a trasmettere la decisione al Parlamento europeo e alla *Junta Electoral Central*, affinché emanassero i provvedimenti necessari. Quest'ultimo organo aveva in realtà decretato il 3 gennaio 2020 la decadenza dell'ex vicepresidente catalano dal seggio di Parlamentare europeo (*Tribunal Supremo, Sala de lo Penal*, sentenza del 9 gennaio 2020, punto 5.2).

Come noto, in base all'art. 9, par. 1, lett. a) del Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea prevede che ai membri del Parlamento europeo sia riconosciuta la medesima immunità dei parlamentari dello Stato membro di elezione. Occorre ricostruire il quadro normativo operante nell'ordinamento spagnolo: l'art. 6 della LOREG prevede che siano ineleggibili coloro che hanno riportato la condanna ad una pena detentiva, per tutto il tempo di durata della pena principale; l'art. 211 della medesima Legge prevede che le cause di ineleggibilità dei deputati al Parlamento europeo valgono anche come cause di incompatibilità. Junqueras sarebbe divenuto ineleggibile – e quindi decaduto – in ragione della condanna e, pertanto, non potrebbe godere di alcuna immunità. Inoltre, il diritto spagnolo riconosce tale garanzia ai membri del Congresso solo con riferimento alle fasi processuali anteriori alla fase del giudizio: aperta tale fase, nessuna immunità spetterebbe ai deputati e non occorrerebbe chiederne la revoca alla Camera di appartenenza (cfr. Art. 71 della Costituzione spagnola; art. 750-756 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Título I, Libro IV), articoli da 5 a 9 de la *Ley del 9 de febrero de 1912*, artículo 11 del *Reglamento del Congreso y artículo 22.1, párrafo segundo, del Reglamento del Senado*). Tale orientamento risulta pacificamente consolidato anche nella giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, che non ritiene necessario proporre la revoca dell'immunità in pendenza del ricorso per cassazione (cfr. *Tribunal Supremo, Sala Segunda*, sentenza del 19 dicembre 2000, n. 1952/2000, rec. 2103/2000)

o in fase di esecuzione (cfr. *Tribunal Supremo, Sala Segunda*, sentenza dell'8 aprile 2008, n. 54/2008, rec. 408/2007).

Queste ultime decisioni del giudice spagnolo hanno sollevato perplessità tra alcuni commentatori, i quali lamentano una rottura dei principi dello Stato di diritto nel rapporto tra ordinamento nazionale spagnolo e Unione europea (cfr. P. Van Elsuwege, *The Junqueras Saga Continues: A New Challenge for the EU legal order*, in *Verfassungsblog*, 14 gennaio 2020, <https://verfassungsblog.de/the-junqueras-saga-continues/>), dubitando anche della imparzialità del sistema giudiziario spagnolo (cfr. J. Urias, *Spain has a Problem with its Judiciary*, in *Verfassungsblog*, 15 gennaio 2020, <https://verfassungsblog.de/spain-has-a-problem-with-its-judiciary/>).

Tali dubbi andrebbero forse ridimensionati alla luce di due circostanze (cfr. in senso favorevole alla decisione da ultimo assunta dal *Tribunal Supremo*: I. Guardans, *The Case of Mr. Junqueras is a Case of Respect of the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 16 gennaio 2020, <https://verfassungsblog.de/the-case-of-mr-junqueras-is-a-case-of-respect-of-the-rule-of-law/>; G. M. Teruel Lozano, *Junqueras' Immunity: An Example of Judicial Dialogue*, in *Verfassungsblog*, 19 gennaio 2020): la decisione di rigettare la scarcerazione nasce da una sentenza definitiva di condanna; inoltre, fintantoché sarà esclusiva competenza degli Stati membri determinare le cause di cessazione dalla carica di eurodeputato e dichiararne la sussistenza, il Parlamento europeo non potrà che prenderne atto (cfr. art. 13, comma 3, Atto del 1976: «Quando la legislazione di uno Stato membro stabilisce espressamente la decadenza del mandato di un membro del Parlamento europeo, il suo mandato scade in applicazione delle disposizioni di tale legislazione. Le autorità nazionali competenti ne informano il Parlamento europeo»).

4. – Per comprendere la portata innovativa delle sentenze in esame occorre ripercorrere la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di verifica dei poteri attraverso l'analisi di due casi emblematici.

Il caso *Le Pen* aveva ad oggetto la dichiarazione di decadenza dal mandato di europarlamentare a seguito di una sentenza penale di condanna a carico del leader politico dell'estrema destra francese: la Presidente del Parlamento europeo, ricevuta la comunicazione della decadenza da parte delle competenti autorità nazionali, si limitò a prendere atto della perdita del seggio prodottasi per effetto della pronuncia senza una deliberazione esplicita dell'organo parlamentare. *Le Pen* decise quindi di proporre ricorso alla Corte di Giustizia lamentando esclusivamente l'illegittimità della procedura seguita dalla Presidente del Parlamento. La Corte in quella circostanza ebbe modo di precisare la portata e gli effetti della presa d'atto della decadenza del Parlamento europeo da un lato e, dall'altro, della dichiarazione delle autorità nazionali. Il primo atto «si ricollega non alla decadenza del mandato dell'interessato, bensì al semplice fatto che il seggio è divenuto vacante a seguito dell'applicazione di disposizioni nazionali», precisando che «il ruolo del Parlamento non consiste affatto nel “dare attuazione” alla decadenza del mandato, come sostiene il ricorrente, bensì si limita a prendere atto dell'accertamento, già operato dalle autorità nazionali, della vacanza del seggio, vale a dire di una situazione giuridica preesistente e risultante esclusivamente da una decisione di tali autorità». Conseguentemente, «il potere di verifica di cui il Parlamento dispone in tale contesto è particolarmente ristretto. Esso si riduce, sostanzialmente, a un controllo dell'esattezza materiale della vacanza del seggio dell'interessato» (cfr. sentenza del Tribunale di Primo Grado, V sez., nella causa T-353/00, p.to 90). Anche se il caso *Le Pen* aveva ad oggetto la decadenza di un eurodeputato – e non l'assunzione del mandato – è evidente il tratto in comune con la vicenda degli eurodeputati catalani: in entrambi i casi si tratta di analizzare la portata e gli effetti delle decisioni assunte a livello nazionale sul mandato degli europarlamentari eletti in uno Stato e il rapporto con l'attività di verifica dei poteri svolta dal Parlamento europeo.

La seconda pronuncia emblematica dell'orientamento della Corte di Giustizia aveva ad oggetto la risoluzione della controversia sorta tra l'On. Donnici e l'On. Occhetto, sostenuto dal Parlamento europeo: la questione – molto articolata sotto il profilo fattuale – verteva sulla revoca della rinuncia al seggio da parte del secondo a svantaggio del primo e, in particolare, sull'attribuzione della competenza a sindacare tale atto in capo alle autorità nazionali o al Parlamento europeo. Secondo la Corte «non si può riconoscere al Parlamento una competenza generale per valutare la legittimità delle procedure elettorali degli Stati membri» (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza sulle cause riunite C-393/07 e C-9/08, p.to 44). Per il giudice del Lussemburgo «dal tenore letterale di tale articolo 12 si desume che il potere di verifica di cui dispone il Parlamento, in forza della prima frase di detto articolo, è soggetto a due limiti importanti illustrati alla seconda frase dello stesso» (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza sulle cause riunite C-393/07 e C-9/08, p.to 51). Infatti, «ai sensi della prima parte della seconda frase dell'art. 12 dell'atto del 1976, il Parlamento “prende atto dei risultati proclamati ufficialmente dagli Stati membri”. Inoltre, la particolare competenza del Parlamento a decidere sulle contestazioni presentate, indicata nella seconda parte della seconda frase di detto articolo, è altresì limitata *ratione materiae* alle sole contestazioni “che potrebbero essere eventualmente presentate in base alle disposizioni [dell'atto del 1976], fatta eccezione delle disposizioni nazionali cui tale atto rinvia» (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza sulle cause riunite C-393/07 e C-9/08, p.ti 52-53). Più dettagliatamente, «l'esercizio consistente nel “prendere atto dei risultati proclamati ufficialmente” va inteso nel senso che il Parlamento doveva basarsi, al fine della sua decisione per la verifica dei poteri dei suoi membri, sulla proclamazione effettuata il 29 marzo 2007 dall'Ufficio elettorale italiano in seguito alla sentenza del Consiglio di Stato 6 dicembre 2006. Infatti, *tale proclamazione risulta da un iter decisionale conforme alle procedure nazionali*, con cui si sono decise definitivamente le questioni giuridiche legate alla detta proclamazione e che costituisce, pertanto, una situazione giuridica preesistente. Orbene, la Corte ha già statuito che l'uso dell'espressione “prendere atto” nel contesto dell'Atto del 1976 deve essere interpretato nel senso che esso indica la totale mancanza di potere discrezionale del Parlamento in materia» (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza sulle cause riunite C-393/07 e C-9/08, p.ti 54-55). Ricorda poi la Corte che «ai sensi dell'art. 8 dell'atto del 1976, “la procedura elettorale è disciplinata in ciascuno Stato membro dalle disposizioni nazionali” fatte salve le disposizioni dell'Atto del 1976. Pertanto, se è vero che gli Stati membri sono tenuti a rispettare le disposizioni dell'Atto del 1976, in quanto prevedono talune modalità elettorali, è anche vero che ad essi spetta in definitiva il compito di organizzare le elezioni, secondo la procedura fissata dalle loro disposizioni nazionali, e, in tale ambito, procedere altresì allo spoglio dei voti ed alla proclamazione ufficiale dei risultati elettorali (v. ordinanza 15 novembre 2007, Donnici/Parlamento, cit., punto 74)» (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza sulle cause riunite C-393/07 e C-9/08, p.to 60).

Dal tenore delle pronunce citate emerge come la Corte di Giustizia abbia sempre seguito un approccio riduttivo in materia di attribuzioni del Parlamento europeo nella verifica dei poteri, privilegiando la dimensione nazionale del procedimento elettorale. Le due sentenze che hanno visto come protagonisti gli eurodeputati catalani formalmente non smentiscono tale orientamento. La Corte, facendo leva sulla proclamazione dei risultati elettorali, apparentemente mantiene fede alla propria giurisprudenza consolidata: tuttavia, è evidente come nel caso in esame la proclamazione del 13 giugno 2019 non fosse l'esito di un iter decisionale conforme alle procedure nazionali che, al contrario, prevedevano la fase ulteriore del giuramento di fronte alla *Juncta Electoral Central*. In questo modo il giudice del Lussemburgo sostanzialmente aggira il problema del giuramento sulla Costituzione spagnola,

individuando il momento di acquisto della carica di eurodeputato nella proclamazione dei risultati elettorali e agganciando a tale fase la propria giurisprudenza consolidata.

5. – In conclusione, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente superato il proprio orientamento in materia di verifica dei poteri degli eletti al Parlamento europeo. Come si è avuto modo di approfondire, dapprima non veniva riconosciuto alcun margine di decisione in capo al Parlamento o al giudice del Lussemburgo, rimettendo ogni questione alla discrezionalità degli Stati membri. Con le due pronunce in esame, invece, viene per la prima volta sindacata la decisione di un'autorità nazionale in materia di acquisizione dello status di eurodeputato, cui si connette la garanzia della immunità parlamentare: la Corte di Giustizia, tuttavia, non sconfessa apertamente la propria giurisprudenza consolidata, ma reinterpretata le disposizioni nazionali applicabili – forzandone il dato letterale – individuando il momento di acquisto della carica di eurodeputato nella proclamazione dei risultati elettorali. Questa soluzione ha il pregio di evitare alla Corte di doversi esprimere, anche solo in via incidentale, sulla conformità al diritto dell'Unione europea della disposizione nazionale che collegava l'acquisto dello status al giuramento sulla Costituzione spagnola: è vero che tale questione non rientrava tra quelle sollevate nel rinvio pregiudiziale, tuttavia la Corte scavalca il problema agganciando lo status in esame ad un momento antecedente, svuotando di fatto l'efficacia della disposizione che imponeva il giuramento.

Alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia nel bilanciamento tra espressione della volontà popolare e regole sul procedimento elettorale prevale la prima. Da una parte abbiamo la volontà del corpo elettorale, che si manifesta attraverso il voto e la proclamazione dei risultati dello scrutinio; dall'altro lato ci sono le regole sul procedimento elettorale spagnolo, che subordinano l'acquisizione del seggio al giuramento sulla Costituzione. La Corte, affermando che per considerare eletto un eurodeputato basta la sola proclamazione dei risultati elettorali, attribuisce un peso dirimente alla volontà espressa dagli elettori rispetto alle fasi seguenti del procedimento elettorale. Questo aspetto nelle due pronunce non viene affrontato chiaramente, ma la Corte si limita solo a ribadire che per essere eletti validamente basta la proclamazione, anche se ciò, come si è avuto modo di evidenziare, contraddice la pregressa giurisprudenza in forza della quale si è validamente eletti al termine di un iter conforme alle procedure nazionali, che nel caso di specie non è stato affatto seguito.

Alla luce di quanto premesso, è evidente come il margine di discrezionalità degli Stati membri nella disciplina del procedimento elettorale sia stato inevitabilmente eroso dall'orientamento appena inaugurato, in quanto è solo con la proclamazione che si diventa eurodeputati, senza che possano essere imposti ulteriori adempimenti. Le sentenze in esame, quindi, pongono un ulteriore tassello verso l'adozione di una procedura elettorale uniforme (Cfr. G. E. Vigevani, *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. Peluchini, *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.) che includa anche il contenzioso elettorale e la verifica dei poteri: le vicende da cui traggono origine le pronunce dimostrano come tali aspetti – talvolta trascurati – rappresentino un elemento fondamentale della legislazione elettorale, partecipando alla funzione di legittimazione dell'ordinamento e attestando la regolarità dell'atto elettivo.

Pur non essendo stato dichiarato illegittimo l'obbligo di giuramento sulla Costituzione – ma, piuttosto, aggirato – gli ordinamenti nazionali non potranno più imporre utilmente ai candidati eletti obblighi ulteriori e successivi rispetto alla mera proclamazione dell'esito delle elezioni: sembrano maturi i tempi per un intervento sul punto da parte del Parlamento e del Consiglio europeo al fine di disciplinare in modo uniforme questa fase del procedimento elettorale.

Alberto Di Chiara
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Ferrara
alberto.dichiara@unife.it

Commissione europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell'indipendenza dei magistrati polacchi e della *Rule of Law*

di Marta Ferrara

Title: European Commission v. Poland, II act (C 192/18). Once again, the Court of Justice defends the independence of Polish Judges and the Rule of Law

Keywords: Equality; Judicial independence; Early retirement age.

1. – A quattro mesi dall'ultima pronuncia emessa in sede di infrazione (*Commissione v. Repubblica di Polonia*, 24 giugno 2019, C 619/2018), preceduta, a sua volta da due ordinanze cautelari – l'una del 19 ottobre 2018 (EU:C:2018:852), l'altra del 15 novembre 2018 (EU:C:2018:910) – la Grande sezione della Corte di giustizia torna a giudicare della conformità al quadro normativo europeo di una legge polacca che incide nuovamente sulle garanzie del potere giudiziario.

Con la sentenza C-619/18 adottata con procedura accelerata (a commento G. Repetto, *Incroci (davvero) pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in *Diritti comparati*, 7 novembre 2018; J. Sawicki, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2019, 12-17), i giudici di Lussemburgo hanno accertato che alcune previsioni della *ustarwa o Sądzie Najwyższym* o legge sulla Corte suprema in vigore dal 3 aprile 2018 (Dz. U. del 2018, posizione 5) violavano l'obbligo di assicurare una tutela giudiziale effettiva prescritto dall'art. 19, §I, c. II TUE. Nel ragionamento della Grande sezione, infatti, l'applicazione del previsto abbassamento dell'età pensionabile (a 65 anni) ai giudici della Corte suprema ancora in carica e il contestuale potere discrezionale riconosciuto al Presidente della Repubblica di autorizzare eventuali proroghe dell'attività giudicante avrebbero compromesso i principi di inamovibilità dei giudici e indipendenza della funzione giurisdizionale, e, in definitiva, i requisiti minimi di «organo giurisdizionale» richiesti a livello europeo dagli artt. 19 TUE e 47 CDFUE (Corte di giustizia dell'Unione europea, *Comunicato stampa n. 81/19*, 24 giugno 2019).

Di questa decisione, la successiva C 192/18 che più oltre si osserva rappresenta in qualche misura lo sviluppo atteso, non solo per la presenza di aspetti processuali comuni alla pronuncia del giugno 2019 - dal giudice relatore (A. Prechal) all'avvocato generale (E. Tanchev), passando per la sede contenziosa (ex art. 258 TFUE) e parte del *thema decidendum* -, ma anche per le ulteriori modifiche normative che hanno investito l'ordinamento giudiziario polacco (M.A. Orlandi, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCE online*, 4, 2017,

1014 s.) e che si collocano all'interno del complessivo e autoritario disegno riformista avviato dall'attuale Governo Morawiecki (cfr. *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, 7 marzo, 2018).

In entrambi i casi, è evidente che la Corte di giustizia persegue una finalità che va al di là dell'interruzione delle gravi "infrazioni continuate" commesse dalla Polonia. Come avvenuto con i precedenti di Ungheria (2012) e Portogallo (2018), che pure si erano rese responsabili di lesioni alla indipendenza della magistratura, alla Corte spetta infatti la preservazione del nucleo duro dello Stato di diritto nello spazio europeo, in quanto elemento di omogeneità costituzionale tra gli SM (sulla problematicità di una nozione uniforme di Stato di diritto, cfr. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli 2017, 258-60) ai sensi dell'art. 2 TUE (COM (2014) 158 final, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, 4 s.).

A mutare nel corso del tempo è però il tono delle pronunce, che è passato da un approccio meramente formale, in cui lo Stato di diritto è *condizione acquisita di integrazione* in un'Unione europea ancora in posizione di forza, ad un altro sostanziale in cui, invece, il principio è anche *condizione di permanenza* degli Stati e ambito nel quale l'Unione tende sempre più a sottolineare la propria legittimazione ad intervenire, all'interno di un contesto sovranazionale fortemente incrinato – (per un approfondimento, si rinvia a G. Repetto, *Incroci (davvero pericolosi)*, cit.; e a G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini, *Introduzione*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini, *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano 2019).

2. – Prima di addentrarsi nell'analisi della seconda pronuncia di inadempimento avverso la Polonia, pare opportuno dar conto anche delle ulteriori iniziative che la Commissione europea ha attivato nelle more dell'*affaire* polacco, in modo parallelo alla via giudiziale. Si tratta di percorsi a carattere politico e istituzionale che, proprio per la loro natura extragiudiziale, paiono concorrere a depotenziare la sovranità della Corte di giustizia nel monitoraggio sul rispetto dei trattati, anche nella prospettiva di futuri scrutini (in senso contrario, K.L. Scheppele, *Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's (Alarming) "Celmer" Decision*, in *Verfassungsblog*, 28 luglio 2018).

Sul versante politico, dal 2016 la Commissione intrattiene una trattativa infruttuosa con lo Stato polacco nell'ambito del *Nuovo quadro UE per rafforzare lo Stato di diritto* (COM (2014) 158 final, cit., 8 s.), che è culminata, come noto, nel primo caso di attivazione della procedura dell'art. 7, § 1 TUE su richiesta della stessa Commissione (*Proposal for a Council decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law*, 20 dicembre 2017, COM/2017/0835 final), diversamente da quanto si è registrato per il caso ungherese, in cui è stato invece il Parlamento europeo a dare impulso all'iter per la violazione grave e persistente dei valori di cui all'art. 2 TUE.

Si tratta, per la verità, di un confronto permanente che ha attraversato le Presidenze Junker e von der Leyen, ha visto l'avvicendamento dei premier polacchi Szydło e Morawiecki e che, nell'ottica della Commissione, ha rivestito e riveste carattere prioritario rispetto all'attivazione di procedure di infrazione (cfr. Press release, *Rule of Law: European Commission refers Poland to the European Court of Justice to protect the independence of the Polish Supreme Court*, 24 settembre 2018). Tuttavia, anche a causa della nota farraginosità della procedura di cui all'art. 7, § 1 TUE, allo stato attuale questo dialogo non sembra aver prodotto più di una serie di raccomandazioni sul rispetto dello Stato di diritto da parte della Commissione (L. Pech, S. Platon, *Systemic Threats to the Rule of Law in Poland: Between Action and Procrastination*, in *Eur. Iss.*, n. 451, 2017) e il sostanziale isolamento del Parlamento europeo, che è stato di recente palesato dagli stessi eurodeputati in una risoluzione adottata a larga

maggioranza (*European Parliament resolution of 16 January 2020 on ongoing hearings under Article 7(1) of the TEU regarding Poland and Hungary* (2020/2513(RSP))).

Sul diverso crinale istituzionale, invece, la reazione dell'Unione alle posizioni apertamente critiche verso l'ordine eurolite assunte in particolare da Polonia e Ungheria ha trovato riscontro in una prevedibile riaffermazione della *Rule of Law* (S. Chesterman, *An International Rule of Law?*, in *Am. J. Comp. L.*, 56, 2008, 342 e 355 ss.) nello spazio europeo, attraverso l'adozione da parte della Commissione europea delle Comunicazioni gemelle (2019) 163 e 343 final (*Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e le possibili prospettive*, aprile; *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione*, 17 luglio rispettivamente) che, oltre a tracciare le linee di una possibile modifica dell'art. 7 TUE, introducono nuovi e più incisivi strumenti di promozione della cultura dello Stato di diritto, nonché di prevenzione – tra cui l'introduzione di un ciclo di esame sullo Stato di diritto e di una relazione annuale europea sullo Stato di diritto – e reazione ad eventuali lesioni al principio.

3. – Come di rito, il giudizio di infrazione C 192/18 avverso la Polonia prende avvio dalla comunicazione di formale messa in mora, datata 28 luglio 2017 (Press release, *European Commission launches infringement against Poland over measures affecting the judiciary*, 29 July 2017), con cui la Commissione invita lo Stato a modificare la legge del 12 luglio 2017 (Dz. U. del 2017, posizione 1452) che ridisegna dopo varie novazioni l'organizzazione *dei tribunali ordinari e di talune altre leggi* in difformità con il diritto europeo.

L'attenzione della Commissione si concentra, nello specifico, sugli artt. 1 (p.to 26, lett. b) e c)) e 13 (p.ti da 1 a 3) della disciplina, che prevedono una irragionevole differenziazione dell'età pensionabile – 65 anni per gli uomini, 60 per le donne, diversamente dal previgente limite unico a 67 anni dei magistrati in servizio presso i tribunali ordinari, il pubblico ministero e la Corte suprema polacchi (art. 13, p.ti da 1 a 3); quindi, l'attribuzione al Ministro della giustizia di un potere autorizzatorio rispetto alle eventuali richieste di proroga delle funzioni giudicanti fino all'età di 70 anni (art. 1, p.to 26, lett. b) e c)).

Secondo la Commissione le previsioni richiamate contrasterebbero, nell'ordine, con il divieto di discriminazioni di genere (previsto all'art. 157 TFUE, nonché agli artt. 5, lett. a), e 9 § 1, lett. f), della dir. 2006/54, sull'attuazione dei principi di pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego) e con il principio di indipendenza degli organi giurisdizionali che, nell'ottica europea, è strumentale alla garanzia di una tutela giudiziale effettiva da parte dei giudici nazionali (artt. 19, § 1 TUE e 47 CDFUE).

Dopo l'infruttuosa fase precontenziosa e la presentazione del ricorso ex 258 TFUE da parte della Commissione europea, la Grande sezione è preliminarmente investita di due eccezioni di rito da parte dello Stato convenuto, che vengono entrambe rigettate: la richiesta di una riapertura della trattazione orale della causa successivamente alle conclusioni dell'Avvocato generale, in quanto queste sarebbero fondate su un'errata interpretazione di precedenti della Corte; quindi, l'ottenimento della dichiarazione di cessazione della materia del contendere per *ius superveniens* con riguardo alla prima censura, relativa alla presunta discriminazione indiretta per differenziazione dell'età pensionabile dei magistrati.

Il tenore del primo dei rilievi preliminari avanzati dalla Polonia va al di là della mera questione processuale, che appare peraltro pacifica, visto che sia lo Statuto della Corte sia il suo regolamento di procedura (artt. 20 e 82 § 2; 83, rispettivamente) negano alle parti, per intuibili ragioni tempistiche, la possibilità di avanzare controdeduzioni alle conclusioni presentate dall'Avvocato generale, ammettendo la riapertura della fase orale solo in via eccezionale e *iusu iudicis*. Piuttosto, la sensazione, corroborata anche

dalle successive doglianze di merito (*ultra § 5*), è che lo Stato convenuto impianti la propria strategia difensiva su una provocatoria e totale delegittimazione della Corte unionale (sulla disaffezione generalmente nutrita dai populismi verso le Corti, v. G. Martinico, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Quest. giust.*, 1, 2019, 76, ove è presente una più ampia riflessione sul concetto di “*populist constitutionalism*” coniato da P. Blokker; ma anche O. Pollicino, *Corti costituzionali e migrazioni di “idee costituzionali” da Occidente a Oriente. La bussola e una metafora*, in *Consulta Online*, 3, 2019, 445). E questo induce i giudici europei a puntualizzare aspetti solitamente superflui quando non scontati, come il ruolo imparziale e indipendente svolto dall’avvocato generale, anche rispetto al Collegio giudicante (art. 49 §§ 2 e 4, St. Corte).

L’ulteriore rilievo avanzato dalla Polonia concerne, come anticipato, la presunta sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere da parte della Commissione avverso la legge impugnata, dal momento che questa sarebbe stata *medio tempore* modificata dalla disciplina recante la “*modifica della [legge sui tribunali ordinari], della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e della [legge dell’8 dicembre 2017]*”, datata 12 aprile 2018 (Dz. U. del 2018, posizione 848, con vigenza al 23 maggio 2018). Con il conforto della sua giurisprudenza costante (*Commissione c. Austria*, C 209/02, § 16; *Commissione c. Italia*, C 565/10, § 22; *Commissione c. Ungheria*, C 286/12, § 41), la Corte rigetta anche questa eccezione, essendo irrilevante ai fini dello scrutinio per inadempimento il diritto che sopravvenga alla scadenza del termine intimato nel parere motivato ex art. 258, § 1 TFUE, con cui la Commissione europea contesta le violazioni del diritto europeo e invita lo Stato ad adottare le necessarie misure conformative entro un mese (Press release, *Independence of the judiciary: European Commission takes second step in infringement procedure against Poland*, 12 September 2017). Per gli atti di causa, la data del 12 ottobre 2017 cristallizza, dunque, l’inadempimento della Polonia, sotto la vigenza della preesistente legge sull’organizzazione *dei tribunali ordinari*, oggetto dell’impugnazione della Commissione.

4. – Venendo ora alle doglianze di merito, la prima riguarda, come detto, le presunte discriminazioni di genere introdotte dall’art. 13 (p.ti da 1 a 3) della legge di modifica del 12 luglio 2017, in punto di differenziazione dell’età pensionabile per i magistrati in servizio presso tribunali ordinari, pubblico ministero e Corte suprema polacchi. A tenore della nuova disciplina, infatti, gli uomini avrebbero diritto al pensionamento una volta raggiunta la quota di 65 anni, 5 in più rispetto alle donne.

Per la Commissione, detta disparità anagrafica si porrebbe in contrasto con il principio fondamentale di parità retributiva per l’uomo e la donna che svolgano la medesima attività lavorativa o una prestazione di pari valore, che è riconosciuto dall’art. 157 TFUE e dalla direttiva 2006/54/CE (art. 4).

Nel ritenere fondata la censura proposta, la Corte sgombra il campo dalla tesi avversa sostenuta dalla Polonia e incentrata anzitutto sulla non riconducibilità del regime pensionistico, oggetto della legge impugnata, all’alveo dell’art. 157 TFUE. In effetti, diversamente dalla direttiva 2006/54 che proibisce *expressis verbis* le discriminazioni sessuali nelle condizioni di accesso ai *regimi professionali di sicurezza sociale* (art. 5, lett. a)) e include *eventuali limiti di età differenti per il collocamento a riposo* tra i casi di diseguaglianza (art. 9, § 1 lett. f)), l’art. 157, § 2 promuove la parità tra i sessi in campo *retributivo*, non già in quello pensionistico.

Al di là del dato letterale, però, la Corte ritiene determinante ai fini dell’applicazione *ratione materiae* dell’art. 157 TFUE al caso dei collocamenti a riposo l’esistenza di un nesso causale tra il passato impiego del lavoratore e la percezione pensionistica (§ 60), come già aveva fatto in altri precedenti (*Beune*, C 7/93, § 43; *Griesmar*, C 366/99, § 28; *Maruko*, C 267/06, § 46; *Commissione c. Grecia*, C 559/07, §

42; *Römer v. City of Hamburg*, C 147/08, § 32). Ma ciò non basta, poiché secondo il *reasoning* della Grande sezione, il trattamento pensionistico può rientrare nella nozione lata di salario ex art. 157 TFUE solo a condizione che sussistano due requisiti ulteriori rispetto a quello *causale* ora indicato, legato all'esistenza di un rapporto di impiego pregresso. Si tratta dell'elemento *soggettivo*, di individuazione di una data categoria di lavoratori beneficiari del collocamento a riposo, e di quello *quantitativo-oggettivo*, legato alla modulazione del calcolo pensionistico secondo l'ultimo stipendio base percepito.

La compresenza dei tre requisiti ora descritti nel nuovo regime di pensionamento dei giudici polacchi previsto dalla legge del 12 luglio 2017 (§§ 61-69) rende automaticamente applicabile il divieto di discriminazioni di genere di cui all'art. 157 §1 TFUE.

Come anticipato, l'ulteriore violazione lamentata dalla Commissione con riguardo alla direttiva 2006/54, che attua il *principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego*, non dà luogo a particolari difficoltà esegetiche (§§ 70-78). I già richiamati artt. 5 *lett. a*) e 9 § 1 *lett. f*) rispettivamente annoverano i regimi pensionistici professionali tra i casi di possibili discriminazioni uomo-donna in ambito lavorativo, e individuano un esempio di disuguaglianza nella eventuale previsione di differenti fasce anagrafiche per il collocamento a riposo di uomini e donne. Secondo la Corte, poi, andrebbe allontanato qualsivoglia dubbio sulla non applicabilità della direttiva del 2006 per i dipendenti pubblici, dal momento che essa, in più di una circostanza (art. 7, § 2; *Considerando* 14), considera estensibile l'ambito soggettivo della disciplina anche ai dipendenti del settore pubblico, proprio in forza della giurisprudenza della Corte di giustizia maturata in ordine all'art. 157 TFUE.

A questo punto, prima di addivenire al nucleo principale della sentenza, ovvero la compressione dell'indipendenza della magistratura polacca, meritano un cenno le argomentazioni in subordine avanzate dallo Stato convenuto, a difesa del nuovo regime pensionistico introdotto dalla legge del 2017 (§ 57). Secondo il Governo polacco, la differenziazione anagrafica ai fini del collocamento a riposo per gli uomini e le donne in servizio presso l'ordinamento giudiziario non realizzerebbe una disparità, ma, al contrario, una tutela rinforzata per la posizione lavorativa femminile, in ossequio al principio di parità tra i sessi. In altri termini, si sarebbe di fronte ad un'azione positiva legittimata dall'art. 3 della dir. 2006/54 e dal paragrafo 4 dell'art. 157 TFUE, che autorizza lo Stato ad adottare misure premiali e promozionali in favore del "sesso sottorappresentato" nonché a "evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali".

Senonché, a detta della Corte, dall'anticipazione del pensionamento per le donne-magistrato cinque anni prima dei colleghi non discenderebbe quale conseguenza automatica un miglioramento della situazione professionale del personale femminile alle dipendenze pubbliche (§§79-82), mancando nella previsione di cui all'art. 13 della legge polacca la natura compensativa propria delle azioni positive, come già messo in evidenza dai giudici europei nel giudizio di infrazione avverso l'Italia, responsabile di aver introdotto un'anticipazione dell'età pensionabile per le donne nel pubblico impiego (art. 5, d.lgs. n. 503/1992, art. 2 c. 21, l. n. 335/1995), poi ritenuta discriminatoria (*Commissione c. Italia*, C 46/07, § 58).

5. – La seconda parte della sentenza si pone in continuità con la pronuncia del giugno 2019 sull'indipendenza della Corte suprema polacca (C 619/18, cit.), e con altri precedenti che hanno in varia misura affrontato i requisiti della nozione europea di "organo giurisdizionale". Tra le ultime pronunce si annoverano quella contro il Portogallo (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses* del 2018 (*ASJP*; C 64/16)), emessa in via pregiudiziale, e le decisioni confluite nel filone giurisprudenziale sull'"*autorità giudiziaria emittente*" nell'ambito del mandato di arresto europeo, che si fa sempre più

nutrito (cfr. *LM.* (C 216/18 PPU); *O.G.* e *P.I.* (cause riunite C 508/18 e C 82/19 PPU); *P.F.* (C 509/18), tutte decise in sede di rinvio pregiudiziale).

L'attenzione della Corte di giustizia si concentra su quelle previsioni della legge del 12 luglio 2017 (p.to 26 dell'art. 1 (*lett. b*) e *c*)) che incidono sull'eventuale prolungamento delle funzioni giudicanti dei magistrati in servizio presso i tribunali ordinari, il pubblico ministero e la Corte suprema polacchi oltre il limite dei 65 anni, normativamente previsto per il loro collocamento a riposo. La legge di modifica conferisce, infatti, al Ministro della giustizia polacco un potere autorizzatorio, al fine di decidere sulla concessione della proroga fino a 70 anni.

Per la Commissione europea, l'attribuzione di un potere siffatto in capo al Ministro contrasterebbe con l'obbligo statale di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE § 1, c. II) e legittimerebbe una inaccettabile ingerenza del potere politico nell'attività della magistratura (art. 47 CDFUE), cui è affidata anche l'applicazione del diritto europeo. Inoltre, la circostanza che la decisione ministeriale sulla proroga delle funzioni giudicanti possa esercitarsi alla stregua di criteri vaghi, obbligatori ma non vincolanti, e tali da non importare per l'organo decidente alcun aggravio motivazionale o limite temporale di esercizio o sindacato esterno, equivale per la ricorrente all'attribuzione di un potere arbitrario, in grado di ingenerare una situazione di vulnerabilità personale e funzionale nei singoli magistrati.

Prima dell'esame di queste doglianze, riassumibili nella potenziale lesione ai principi di indipendenza e inamovibilità dei magistrati, la Grande sezione è però chiamata a respingere la tesi di rilievo pregiudiziale avanzata dalla Polonia (§§ 93-94), secondo la quale i profili organizzativi e funzionali connessi alla giustizia nazionale rientrerebbero nella potestà esclusiva dei singoli Stati ed escluderebbero, di conseguenza, qualsiasi competenza della Corte di giustizia e giudicarne, ai sensi dell'art. 51, § 1 TFUE.

904

È questa un'altra evidenza della strategia della Polonia tesa alla delegittimazione dell'Unione e delle sue istituzioni cui si è già fatto cenno (*supra* § 3), o, se si vuole, dell'affermazione di una vera e propria "dottrina polacca sugli affari interni" legati alla giustizia, che si è resa manifesta già nel 2016, durante le interlocuzioni extragiudiziali con la Commissione (su questi aspetti, cfr. P. Mori, *Editoriale. Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *Federalismi*, 25, 2016, 10-12).

Al riguardo, anche sulla scorta del precedente del giugno 2019 (*Commissione c. Polonia*, C 619/18, cit., §§ 47-50), la Corte respinge le argomentazioni dello Stato convenuto, finalizzate evidentemente a neutralizzare l'applicazione degli artt. 19 TUE §1, c. II, e 47 CDFUE al caso scrutinato (§§ 100-104), dando applicazione di quello che è ormai divenuto il "trilatero normativo" di riferimento nel campo della *Rule of Law* europea.

Secondo la Grande sezione, l'ambito *ratione materiae* dell'art. 19 TUE § 1, secondo comma, copre i campi disciplinati dal diritto unionale, in modo indipendente dalle relative modalità attuative decise dai singoli Stati, ai sensi dell'art. 51, § 1 CDFUE (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., § 29). Ciò posto, per la Corte è vero che ciascuno Stato gode di una riserva di competenza nell'organizzazione della giustizia interna, come sottolineato dalla Polonia, ma detta autonomia non può in ogni caso attuarsi in distonia con gli obblighi discendenti dal piano europeo, primo fra tutti quello di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE § 1, c. II), in attuazione del valore europeo fondamentale rappresentato dallo Stato di diritto (artt. 2 TUE; 47 CDFUE). Ne discende che i legislatori statali sono tenuti a predisporre rimedi giurisdizionali efficaci e, quindi, indipendenti dal potere secondario (art. 47, § 2 CDFUE), anche a garanzia dell'ordinamento sovranazionale, dal momento che i giudici nazionali sono i primi chiamati all'applicazione del diritto europeo nell'ordinamento di

appartenenza (§ 98; in senso conforme, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., § 37).

6. – I tre passaggi ora richiamati agevolano i giudici della Corte nella disamina della cennata e ulteriore doglianza sulla presunta lesione alla indipendenza della magistratura polacca.

La combinazione tra l'abbassamento di età per il pensionamento dei giudici polacchi (art. 13, p.ti 1-3) e la proroga ministeriale delle funzioni giudicanti approvata dal Parlamento (art. 1, p.to 26, lett. b) e c)) lede, per i giudici europei, l'indipendenza degli organi giudiziari, incidendo sia sul versante esterno del principio, che impone l'assenza di ingerenze o pressioni esterne al soggetto giudicante, sia su quello interno, relativo all'imparzialità o equidistanza del giudice dalle parti processuali. Più in dettaglio, la discrezionalità rimessa al Ministro della giustizia rispetto alle decisioni sul prolungamento in servizio dei magistrati, e dei membri della Corte suprema in particolar modo, inficerebbe i principi di certezza e prevedibilità normativa che rendono il potere giudiziario immune da influenze esterne e che ne garantiscono altresì l'inalterabilità (ancora in senso adesivo, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., §§ 44 e 45; *C.E. Vindel*, C 49/18, § 66).

A tal proposito, la Corte ricorda come l'esercizio delle funzioni giudicanti fino alla soglia anagrafica normativamente prevista per il collocamento a riposo non abbia carattere assoluto ma possa subire deroghe in casi giustificati da motivi imperativi e legittimi, laddove, ad esempio, il giudice abbia commesso un grave inadempimento e incorra per questo in una revoca dal servizio. Tuttavia, in quest'ultimo come in altri casi, è la presenza di norme disciplinari codificate e preventivamente conoscibili a tutelare il potere giudiziario da eventuali pressioni esterne che potrebbero condizionare l'indipendenza funzionale e personale dei singoli magistrati. Si pensi, a tale ultimo riguardo, al fenomeno del *court packing*, ovvero alla tendenza di particolari Governi a favorire la presenza di magistrati di propria fiducia in seno ai principali organi giurisdizionali, che è peraltro adombrata dai giudici di Lussemburgo nel caso scrutinato, sulla scorta dei documenti preparatori della riforma dei tribunali avviata dalla Polonia (§ 127).

La Corte precisa però che l'assegnazione al Ministro delle decisioni sul prolungamento in carica dei magistrati non è automaticamente lesiva dell'autonomia di questi ultimi ai sensi dell'art. 19 TUE § 1, c. II, ma diventa tale in ragione della carenza di requisiti procedurali e sostanziali nell'iter di accoglimento o rigetto della domanda di proroga idonei a garantire il potere giudiziario da eventuali influenze politiche di tipo diretto o indiretto (§ 119). In questo senso, i criteri vaghi di concessione del prolungamento in servizio, la previsione di un termine entro cui effettuare la relativa richiesta da parte del magistrato (fissato tra i sei e i dodici mesi prima della scadenza del mandato) cui non corrisponde però un termine finale per la decisione ministeriale, quindi l'insindacabilità delle decisioni assunte dal ministro costituiscono per la Corte di giustizia indici che depongono a favore della natura discrezionale e assoluta del potere autorizzatorio ministeriale.

7. – Il quadro giurisprudenziale ricostruito consente di avanzare solo osservazioni minime, destinate a mutare all'evolversi dei rapporti tra l'Unione europea e i Paesi, come l'Ungheria o la Polonia, che rivendicano un ruolo esclusivo nella determinazione delle politiche sulla giustizia, scevro dal controllo delle Corti. Del resto, la circostanza che, a pochi giorni dalla sentenza C 192/18 qui osservata, la Grande sezione della Corte di giustizia si sia trovata a giudicare ancora dell'indipendenza degli organi giurisdizionali nazionali polacchi in sede di rinvio pregiudiziale sollevato dalla *Sezione*

per il lavoro e la previdenza sociale della Corte suprema (*A.K. et al.*, cause riunite C 585/18; C 624/18 e C 625/18) induce a ritenere che il confronto è ancora aperto.

Allo stato attuale è però possibile isolare due questioni principali sulla tenuta della *Rule of Law*. Da un lato, l'esistenza di elementi costanti intorno ai quali gli ordinamenti cc.dd. populistici costruiscono la loro politica di delegittimazione delle istituzioni europee; dall'altro, la *qualità giuridica* della reazione adottata dalla Corte di giustizia.

Sulla prima questione, la dottrina sembra già aver trovato elementi di convergenza, rinvenendo in alcuni dei Paesi del Gruppo di Visegrád una generale disaffezione verso le Corti, nonché una diffusa carenza di controlli sul potere politico (v. K.L. Scheppel, *Autocratic Legalism*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2018 85, 545 ss.).

Quanto alla seconda, invece, almeno sino ad oggi il fraseggio dei giudici di Lussemburgo rispetto alla compressione dell'indipendenza della magistratura è incentrato sulla lettura sistemica degli artt. 2 e 19 TUE, e 47 CDFUE, come anche il caso *A.K. et al.* da ultimo richiamato sembra confermare (§§ 167-168). Tuttavia per quanto il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dello Stato di diritto sia centrale, specie in rapporto alla inefficacia delle trattative politiche sinora condotte con la Polonia, resta ancora irrisolto il nodo del *federalizing process* europeo, ovvero l'individuazione del limite al di sotto del quale la *disomogeneità* costituzionale (art. 4, § 2 TUE) è giuridicamente tollerabile per conservare e sviluppare l'omogeneità sovranazionale (art. 2 TUE).

Marta Ferrara
Dip.to di Scienze Giuridiche e Sociali
Università degli Studi "G. d'Annunzio"
marta.ferrara@unich.it

Vino israeliano e consumo consapevole. Il diritto internazionale spinge la questione palestinese in etichetta

di Elena Anna Grasso ed Edmondo Mostacci

Title: Israeli wine and well-informed consumption. International law pushes the Israeli-Palestinian conflict on the label

Keywords: Food law; Informed consumer; EU Regulation n. 1196/2011.

1. – Quando si guarda al mercato dalla prospettiva del consumatore e della sua tutela – come spesso fa la Corte di giustizia e come non manca di fare nella sentenza del che qui si commenta – si rischia sempre di incorrere in qualche malinteso, a partire dall'idea stessa di consumatore.

La questione è più complessa e più seria di quanto a prima vista non appaia. Infatti, al di là della retorica, spesso i discorsi che hanno ad oggetto *il consumatore* si muovono su due piani diversi, che possono sembrare coordinati soltanto se si guarda alla questione in astratto e ragionando per principi (quando non per massimi sistemi), senza porre la necessaria attenzione a come questi piani possano collidere. Così, è ben possibile ragionare di mercato e di concorrenza, per mettere in luce come la competizione tra i soggetti che si muovono sul lato dell'offerta sia un ottimo modo per limitare il loro potere sociale, a beneficio di chi si muova invece sul lato della domanda. Al contempo, si può aggiungere che in questo contesto il consumatore appare realmente libero, in quanto esercita senza restrizioni – secondo il paradigma dell'individualismo possessivo ben illustrato da C.B. Macpherson (*The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, 1962) – il proprio potere d'acquisto. A questo punto, è forte la tentazione di argomentare in termini schiettamente ordoliberali, e sottolineare quindi che il consumatore, quando utilizza il proprio potere d'acquisto, esercita la pressione più significativa ed efficace possibile sul sistema socioeconomico, orientandone efficacemente lo sviluppo complessivo – molto più intensamente di quanto accadrebbe con l'esercizio dei diritti politici (v. le risalenti tesi di W.H. Hutt, *Economists and the Public: A Study of Competition and Opinion*, Londra, 1936, e nel dibattito contemporaneo N. Olsen, *The Sovereign Consumer. A New Intellectual History of Neoliberalism*, Cham, 2019).

Questi ragionamenti astratti, affascinanti su di un piano di teoria politica, non sempre sono però facili da rendere in concreto e da tradurre in plausibili istituti giuridici. La colpa, per così dire, è del consumatore che non sa decidere se essere un soggetto astratto – riedizione in termini contemporanei dell'*uomo* delle rivoluzioni

* Il presente commento è frutto di una riflessione comune agli autori. Tuttavia, in sede di redazione materiale Elena Anna Grasso ha scritto i par. 2 e 4; Edmondo Mostacci i rimanenti

liberali (individuo del tutto astorico e quindi irreali, secondo la critica del conservatorismo inglese, ma al contempo maschera ideologica di un tipo umano concretissimamente borghese, nella critica marxiana – cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 109 ss.) – o, all'opposto, un *homme situé*, conformemente al modo di ragionare del costituzionalismo novecentesco. Simmetricamente, bisogna comprendere se tale *figura poetica* della contemporaneità sia volta a garantire l'efficace funzionamento del sistema in cui è inserita – vale a dire, il mercato – o all'opposto la libertà di chi in quel contesto si muova.

La disciplina comunitaria alla base dell'integrazione economica europea si trova spesso a dover fare i conti con questa contraddizione. Per un verso, l'efficace funzionamento del mercato, inteso qui come mercato interno, svolge un ruolo strategico insostituibile nel processo di integrazione sovranazionale. Per altro verso, al lessico delle libertà è affidato il fondamentale ruolo di produrre legittimazione sociale per il progetto europeo. Quando i due piani si trovano a collidere, è comprensibile come la questione che ne origina sia di difficile soluzione.

È esattamente il caso sottoposto al giudizio della Corte di giustizia da parte del *Conseil d'Etat* francese. Nella difficoltà di sciogliere la contraddizione, il giudice di Lussemburgo immagina una via mediana, che potrebbe definirsi di liberalismo benevolente, senza quindi sciogliere il nodo a cui si è fatto riferimento.

Nello specifico, la questione sottoposta alla Corte riguarda l'etichettatura dei prodotti alimentari provenienti dai territori occupati da Israele, all'indomani della guerra dei sei giorni (5-10 giugno 1967). Come è noto, sono territori che, pur non facendo parte del *territorio* dello Stato israeliano, sono oggetto di occupazione e controllo da parte delle IDF, e che sono in parte (Cisgiordania e Striscia di Gaza) soggette all'Autorità nazionale palestinese. Si tratta – è bene ricordarlo in quanto la circostanza ha un rilievo determinante nel *reasoning* dei giudici di Lussemburgo – di un'occupazione territoriale contraria alle norme del diritto internazionale, come riconosciuto anche dalla Corte internazionale di giustizia nel suo parere sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati* (parere consultivo del 9-7-2004, *ICJ Reports*, 2004, 136 ss.). In particolare, la domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato francese è volta a chiarire se il regolamento dell'Unione europea n. 1169/2011

«quando l'indicazione dell'origine di un prodotto che rientra nel campo di applicazione di tale regolamento è obbligatoria, imponga per un prodotto proveniente da un territorio occupato dallo Stato d'Israele dal 1967 l'indicazione di tale territorio nonché un'indicazione che precisi che il prodotto proviene da un insediamento israeliano, qualora ricorra tale ipotesi».

Come si analizzerà in maggiore dettaglio nel prosieguo, la risposta della Corte è affermativa, in quanto gli obblighi di etichettatura nel caso di specie non solo impongono di informare il consumatore circa l'esatta provenienza territoriale del prodotto – non bastando una generica informazione circa la provenienza da Israele – ma, posta l'importanza nell'Unione del puntuale rispetto del diritto internazionale, è altresì necessaria la precisazione che esso derivi da un insediamento israeliano.

Il rispetto del diritto internazionale consente alla Corte di evitare la questione più delicata. Posta la necessità di garantire la centralità del consumatore e la libertà delle sue determinazioni, è dovuta l'indicazione di quelle informazioni che possano eventualmente (ma probabilmente) incidere su sue «valutazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali o etiche»? Oppure, sono dovute solo quelle informazioni in grado di incidere sul comportamento e sulle scelte di un soggetto economico che decide, in buona sostanza, minimizzando la spesa e massimizzando l'utilità attesa, economicamente quantificabile, di ciò che acquista? Non si tratta di una scelta semplice, visto che l'eccesso di obblighi informativi non soltanto finisce per oberare in misura significativa

il produttore, ma soprattutto rischia di creare una confusione che confonde e maschera le informazioni sicuramente significative e rilevanti per la scelta di acquisto.

2. – Il tema della corretta informazione ha svariate implicazioni giuridiche. Si pensi alla disciplina del consenso informato nel rapporto medico-paziente o a quello “qualificato” degli intermediari finanziari. Il compimento di una scelta postula l’elaborazione di informazioni veritiere, alla base della realizzazione dell’efficienza economica del mercato.

Una corretta informazione dovrebbe infatti consentire al consumatore di effettuare scelte consapevoli decodificando anche le suggestioni emozionali e neurologiche indotte dai meccanismi della pubblicità ingannevole e delle strategie di marketing che agiscono sulla comprovata limitata razionalità degli esseri umani. In questo senso, il principio di trasparenza riequilibra la posizione del contraente debole, tendenzialmente caratterizzato da una asimmetria informativa che rende difficile effettuare una decisione negoziale cosciente e ponderata.

Il considerando 14 della direttiva 29/2005 sulle pratiche commerciali sleali evidenzia l’efficienza della scelta operata dal consumatore, messa a repentaglio nei casi in cui il comportamento del professionista provochi una distorsione nella percezione del qualità/prezzo diverso da quello effettivo. Le comunicazioni commerciali relative alla responsabilità sociale di impresa sono infatti capaci di indurre all’acquisto il consumatore indipendentemente da una scelta economicamente più vantaggiosa.

La figura del consumatore medio è delineata al considerando n. 18 della direttiva 2005/29/CE, come colui che sia “normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici”. Come noto, il consumatore medio è una figura dinamica il cui profilo muta a seconda del segmento di mercato in cui opera e delle caratteristiche del gruppo sociale di riferimento.

In campo alimentare, le norme sull’etichettatura dei prodotti preimballati sono confluite nel regolamento UE 1169/2011, che regola fra l’altro il contenuto necessario ed eventuale delle informazioni relative al prodotto immesso nel mercato. È noto infatti come la scelta di acquisto sia influenzata dal modo in cui il prodotto è presentato: in questo campo, la finalità del diritto dell’Unione europea sono rappresentate dalla sintesi tra la salute dei consumatori, gli interessi del mercato e la sicurezza dei prodotti. Ciò si traduce nel diritto all’informazione, che è in rapporto di osmosi con il principio di trasparenza, obiettivo fondamentale dello strumento informativo costituito dall’etichetta. È noto infatti che le scelte dei consumatori possono essere influenzate da molteplici fattori di natura sanitaria, economica, ambientale, sociale ed etica.

Il contenuto dell’etichetta si configura come adempimento dell’onere informativo che inerte all’obbligo del professionista e costituisce il tramite con cui il produttore può trasmettere al consumatore dati non obbligatori con funzione di pubblicità commerciale. In generale, le indicazioni relative al Paese d’origine o al luogo di provenienza di un alimento sono fornite se la loro assenza è suscettibile di indurre in errore i consumatori per quanto riguarda il reale Paese d’origine o luogo di provenienza del prodotto. Sono tuttavia ammesse indicazioni volontarie circa l’origine di un alimento per richiamare l’attenzione dei consumatori sulle qualità del loro prodotto.

L’origine in etichetta non è pertanto un’indicazione obbligatoria: lo diventa solo nei casi previsti espressamente dall’art. 26 del Regolamento 1169/2011: fatte salve le discipline specifiche che regolano i prodotti agricoli e alimentari che rientrano nella categoria delle specialità tradizionali garantite, delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d’origine, l’obbligo di apporre l’indicazione del Paese d’origine o del luogo di provenienza sussiste solo in presenza di un rischio di errore per il consumatore, che si estende anche al caso in cui il luogo di origine del prodotto sia diverso da quello del suo ingrediente primario (sul punto, si segnala l’entrata in vigore il 1 aprile 2020

del Regolamento di esecuzione (UE) 2018/775 della Commissione del 28 maggio 2018, che dà attuazione all'art. 26, par. 3 del Regolamento 1169/2011).

Nel corso degli ultimi anni, alcuni Stati membri hanno legiferato imponendo tale indicazione in riferimento a specifici prodotti. Queste iniziative, di natura provvisoria, rispondono alle istanze dei consumatori, particolarmente sensibili alla questione della provenienza degli alimenti. L'obbligatorietà della menzione del Paese d'origine è talora prevista dagli Stati in risposta agli interessi di alcune filiere produttive per fare leva sulle inclinazioni etnocentriche dei consumatori, che tendenzialmente associano a un prodotto nazionale l'idea che questo sia qualitativamente superiore. Le indicazioni obbligatorie complementari sono oggetto di dibattito scientifico, nonché aspramente contestate in seno alle istituzioni europee perché costituiscono sovente disposizioni idonee a frammentare il mercato interno (Sul punto, si veda L. Bairati, *The Food Consumer's Right to Information on Product Country of Origin: Trends and Outlook, beyond EU Regulation 1169/2011*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 1, 2017, 9-16).

3. – Nella disciplina dell'etichettatura gioca un ruolo centrale l'obiettivo di favorire il corretto funzionamento del meccanismo offerta-domanda-prezzo, chiave di volta del mercato concorrenziale. È infatti evidente che la determinazione del prezzo sia la risultante della dinamica di mercato, nella misura in cui alcuni soggetti producono e offrono – e in cui altri soggetti desiderino acquistare – beni e servizi con determinate caratteristiche. Tale meccanismo promette di funzionare efficacemente laddove entrambe le categorie di soggetti siano nelle condizioni di agire consapevolmente, e cioè laddove non vi siano asimmetrie informative che permetterebbero a una delle due parti – di solito il venditore – di trarre profitto dall'ignoranza altrui.

L'assenza di significative asimmetrie informative ha carattere dirimente. Infatti, quando venditore e compratore non godono di informazioni omogenee, quello stesso meccanismo concorrenziale che generalmente garantisce efficienza agli scambi finisce per produrre esattamente l'opposto. È l'esito icasticamente rappresentato dal *market for lemons*, secondo il noto studio di George Akerlof (il riferimento è a *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in 48 *The Quarterly Journal of Economics* 488 (1970)): per un verso, l'incertezza sulle qualità dei prodotti offerti porta il consumatore a assestarsi su una valutazione mediana, a cui corrisponde un prezzo parimenti intermedio; di fronte a una domanda del genere, cala l'offerta di prodotti di qualità e cresce la percentuale di quelli scadenti, che provano ad approfittare delle asimmetrie informative. Nella sostanza, la carente informazione degli acquirenti determina il progressivo scadimento della qualità dei prodotti compravenduti, al pari di un'iniqua spartizione del benessere sociale tra i due protagonisti della transazione economica. In altri termini, l'asimmetria informativa promette di dare origine a un patente fallimento di mercato.

Se il problema fondamentale del mercato cui la disciplina dell'etichettatura cerca di porre rimedio è l'asimmetria informativa, ciò fornisce alcune indicazioni di massima su quali siano i *contenuti essenziali* dell'etichetta che tale normativa è chiamata a garantire. Si tratta all'evidenza dei caratteri intrinseci del prodotto, vale a dire le caratteristiche che permettano all'acquirente di vagliare le qualità del bene (o del servizio) in quanto tale, considerate le esigenze che quest'ultimo è chiamato a soddisfare. Così, di una barretta di cioccolato interessa innanzitutto sapere la percentuale di burro di cacao, i valori nutrizionali, e via discorrendo. La circostanza per la quale queste sono le informazioni essenziali determina quindi una possibilità *relativa* di obblighi informativi ulteriori. Infatti, il carattere di essenzialità non soltanto presuppone che queste informazioni vi siano sempre e comunque (come sarebbe se queste fossero informazioni minime), ma postula altresì che esse siano l'elemento

centrale dell'obbligo informativo. Di conseguenza, prescrizioni ulteriori sono ammissibili soltanto nella misura in cui arricchiscano tale contenuto, senza però avere l'effetto anche involontario di celarlo o di confonderlo.

Le regole sugli obblighi informativi, infatti, hanno una vocazione fondamentale che è quella di favorire il regolare funzionamento del meccanismo offerta-domanda-prezzo e di rendere così possibile il buon andamento di un'istituzione sociale in grado di costituire equilibri catallattici tra le azioni con le quali gli individui che vi partecipano perseguono i propri legittimi e personali obiettivi. Posta questa esigenza fondamentale, al legislatore è poi consentito porre norme che perseguano – anche indirettamente – finalità ulteriori. Così, l'indicazione della provenienza territoriale, almeno in alcuni contesti culturalmente favorevoli, può arricchire il contenuto informativo e permettere al decisore pubblico di favorire il consumo di prodotti del territorio, o come spesso si dice “a chilometro zero”.

La dialettica tra contenuti essenziali e informazioni ulteriori riproduce quella dicotomia a cui si faceva cenno nel paragrafo introduttivo. I primi proteggono il consumatore in quanto agente di mercato, al fine di garantire il miglior funzionamento del meccanismo offerta-domanda-prezzo e presuppongono quindi una versione del tutto stereotipata del soggetto che compera beni e servizi, attento a massimizzare l'utilità economica – o economicamente determinabile – del bene, minimizzando al contempo la spesa associata all'acquisto. Le seconde invece sono volte a valorizzare la libertà di scelta del compratore, la quale non è incasellabile in schemi predeterminabili a priori: se Tizio preferisce il bene più salubre, Caio può invece dare rilievo alla politica in materia di diritti dei migranti del Paese in cui il bene è prodotto, mentre Mevio presta attenzione soprattutto all'impegno più o meno significativo profuso dall'azienda produttrice per il benessere dei propri dipendenti. Non potendo l'etichetta recare informazioni su tutti questi aspetti, è evidente che, laddove si fuoriesca dalla stereotipizzazione del consumatore quale soggetto economico-massimizzante, è necessaria una scelta che ha un ineludibile fondamento politico. Così come è peraltro intimamente politica la determinazione dell'equilibrio tra contenuti essenziali e informazioni aggiuntive da fornire all'acquirente attraverso l'etichetta.

4. – Il *reasoning* sviluppato dalla Corte si muove all'interno della dialettica appena indicata.

In primo luogo, la domanda pregiudiziale proposta dal *Conseil d'Etat* è scomponibile in due collegati quesiti: se il diritto dell'Unione e, in particolare, il regolamento 1196 del 2011 impongano la specifica indicazione di provenienza dai territori occupati dallo Stato di Israele e se, in caso di risposta affermativa, sia altresì necessaria la specificazione circa l'“insediamento israeliano”. Di conseguenza, la risposta articolata dalla Corte si rivolge prima al quesito più generale, per dedicarsi successivamente al secondo e più specifico interrogativo.

Per sciogliere il primo nodo, il giudice di Lussemburgo mette a sistema l'art. 26 del regolamento 1169 con l'art. 60 del Codice doganale dell'Unione (reg.to 952/2013), il quale riconduce al concetto di “Paese di origine” due distinte nozioni: per un verso il Paese propriamente detto – il quale è sovrapponibile a quello di Stato, inteso come «entità sovrana che esercita, all'interno dei suoi confini geografici, la pienezza delle competenze riconosciute dal diritto internazionale» (Corte giust., sent. 12-11-19, cit., par. 29) –; per l'altro il “territorio”, inteso quale ambito spaziale non pienamente riconducibile all'anzidetto concetto di Stato. Emerge qui un elemento centrale nel ragionamento condotto dai giudici di Lussemburgo: la qualificazione giuridica che si può dare del dominio israeliano sui territori di cui si tratta. Ora, posto il diritto di autodeterminazione di cui gode il popolo palestinese, per ciò che concerne la Cisgiordania, e l'appartenenza *de jure* delle alture del Golan al territorio siriano,

entrambe le zone non sono legittimamente ascrivibili al territorio israeliano. In altri termini, il dominio esercitato dallo Stato di Israele sui territori occupati è meramente fattuale e, dal punto di vista del diritto internazionale, costituisce un illecito. Difatti, entrambe le aree dispongono «di uno statuto internazionale proprio e distinto» da quello dello Stato occupante (Corte giust., sent. 12-11-19, cit., par. 34).

Una volta precisato che il Paese di origine può essere sia uno Stato propriamente detto, sia un territorio privo dei normali caratteri della statualità, la Corte procede a inquadrare concretamente il tema dell'etichettatura dei prodotti che provengono dalla Cisgiordania o dalle alture del Golan. Centrale in proposito è il rilievo per cui l'indicazione territoriale fornita ai consumatori è dovuta laddove l'omissione «possa indurre in errore il consumatore in merito al paese d'origine o al luogo di provenienza reali dell'alimento» (art. 26, par. 2). Tale previsione – soprattutto laddove interpretata alla luce degli altri articoli del medesimo regolamento e alla finalità generale a cui esso è preordinato, espressamente sancita dall'art. 3, par. 1 – ha come corollario ineludibile che l'indicazione di origine «non deve essere ingannevole» (Corte giust., sent. 12-11-19, cit., par. 25). Questa necessaria correttezza sostanziale dell'indicazione richiede che si dia pieno rilievo al carattere meramente fattuale e contrario alle norme del diritto internazionale del dominio israeliano dell'area, con la conseguenza di dover specificare la provenienza del prodotto dai territori occupati, senza potersi limitare a una più generica indicazione di origine dallo Stato di Israele.

In estrema sintesi, l'indicazione del Paese di origine ex art. 26, reg. 1196, richiede di riferirsi specificamente a un territorio, pur collegato a uno Stato, qualora l'area non sia parte del territorio statale inteso in senso stretto. Così, stante il carattere illecito del dominio israeliano sui territori occupati, una generica indicazione di provenienza riferita al solo Stato di Israele si configurerebbe come ingannevole e, al pari dell'assenza di qualsivoglia indicazione, non soddisferebbe di certo l'art. 26 del regolamento 1196/2011.

914

Il diritto internazionale è centrale anche per la seconda questione, relativa alla necessaria indicazione della provenienza da un *insediamento israeliano*.

Quanto a questa seconda questione, il ragionamento sviluppato dalla Corte di giustizia si dipana a partire dalla riconduzione di entrambi gli elementi del distico Stato-territorio, per come disciplinati dal Codice doganale, al concetto di Paese d'origine, ex art. 26 del regolamento 1196/2011. Ciò è funzionale a enfatizzare la possibile necessità di fornire un'indicazione di origine geografica più precisa di quella appena citata. In altre parole, «la nozione di “luogo di provenienza” deve essere intesa come un rinvio a qualsiasi spazio geografico determinato situato all'interno del paese o del territorio di origine di un alimento» (Corte giust., sent. 12-11-19, cit., par. 41), la cui indicazione sia ovviamente necessitata dall'esigenza di fornire un'indicazione affidabile e, quindi, *non ingannevole*.

Nel caso di specie, viene quindi in rilievo l'illiceità alla luce del diritto internazionale umanitario (cfr. art. 49, c. 6, *Convenzione per la protezione delle persone civili in tempo di guerra*) di qualsivoglia politica di trasferimento forzato di popolazione verso un territorio situato al di fuori dei confini dello Stato. Già di per sé, «l'omissione dell'indicazione che un alimento proviene da un “insediamento israeliano” ... può indurre in errore i consumatori, facendo pensare loro che tale alimento abbia un luogo di provenienza diverso dal suo luogo di provenienza reale» (Corte giust., sent. 12-11-19, cit., par. 51).

Inoltre, questa stessa circostanza assume un rilievo specifico e ulteriore: è necessario infatti sottolineare che il consumatore ha diritto a una informazione che gli permetta di effettuare scelte di acquisto e di consumo «consapevoli nonché rispettose, in particolare, di considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali o etiche» (Corte giust., sent. 12-11-19, cit., par. 53). Il rilievo di questo genere di considerazioni, preannunciato dal III considerando e sancito dall'art. 1, par. 1, svolge qui il ruolo di

passé-partout e consente alla Corte di interpretare il reg. 1196 in modo tale da dare rilievo cogente all'illiceità della condotta colonizzatrice, tenuta in Cisgiordania e nelle alture del Golan da Israele, con la conseguenza di dichiarare necessaria la precisazione per cui il prodotto non solo proviene dai territori occupati, ma nello specifico da un insediamento israeliano. Infatti, sostiene la Corte, per un verso l'elenco delle considerazioni di cui all'art. 1, par. 1, non ha carattere tassativo: occorre quindi «sottolineare che anche altri tipi di considerazioni, come quelle attinenti al rispetto del diritto internazionale, possono essere pertinenti in tale contesto». Per altro verso, «la circostanza che un alimento provenga da un insediamento stabilito in violazione delle norme del diritto internazionale umanitario può essere oggetto di valutazioni di ordine etico che possono influenzare le decisioni di acquisto dei consumatori» (Corte giust., sent. 12-11-19, cit., risp. par. 54 e 56).

In estrema sintesi, la necessaria lealtà dell'indicazione di provenienza rende necessario fare espresso riferimento ai territori occupati e rende insufficiente l'indicazione del solo Stato di Israele; per altro verso, l'importanza del rispetto del diritto internazionale porta a distinguere anche tra territorio occupato e insediamento israeliano, con la necessità, affinché l'indicazione sia leale, di puntualizzare il luogo di provenienza. Quest'ultima esigenza è peraltro confermata dal riferimento alle considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali o etiche che comportano anche, in un modo o nell'altro, l'esigenza di dare risalto a una circostanza che contrasta con il diritto internazionale.

5. – La sentenza del 12 novembre 2019 mostra due profili di primo interesse. In primo luogo, è da sottolineare il ricorso della Corte al diritto internazionale, sia al fine di negare la riconducibilità dei territori occupati al territorio di Israele, sia per rimarcare la necessità di tenere separati – in tale contesto – gli insediamenti frutto di una politica colonizzatrice da parte dello Stato occupante, con la conseguenza per cui un'informazione veritiera e leale del consumatore comporta la necessità di un'indicazione specifica. A differenza di quanto occorso in altre occasioni – in cui la Corte ha fatto uso di norme e principi del diritto internazionale nell'interpretazione e applicazione dei trattati stipulati dall'Unione, come nel noto caso *Western Sahara Campaign* (sent. 27 febbraio 2018, c- 266/16, su cui v. I. Infante, *Pesca sostenibile, Unione europea e Marocco: la sentenza della Corte di giustizia e le conseguenze per il popolo 'Saharawi' e la sua autodeterminazione*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2019, 403 ss.) –, nel caso di specie il rispetto del diritto internazionale incide sulla valutazione in merito alla rilevanza di un fatto, la provenienza di un prodotto da un insediamento israeliano nei territori occupati, in un contesto completamente diverso e estraneo al raggio operativo della norma di *jus cogens*: l'etichettatura del prodotto medesimo ai fini della corretta informazione del consumatore.

Il secondo profilo da mettere in risalto, che ha percorso sottotraccia tutta la riflessione che si è svolta in queste pagine concerne invece quello che la Corte non dice, o per meglio dire ciò su cui la Corte mostra una evidente reticenza.

Come si è analizzato nelle pagine precedenti, il giudice di Lussemburgo si trova a vagliare due questioni distinte ma apparentemente simili e cioè se l'etichetta debba obbligatoriamente indicare la provenienza del prodotto dai territori occupati e se debba altresì specificare che esso giunge da un insediamento israeliano. Sono queste due questioni apparentemente simili ma assolutamente non sovrapponibili. Infatti, nel *reasoning* della sentenza il ricorso al diritto internazionale svolge un ruolo del tutto diverso laddove si ragiona circa l'obbligo di indicare con precisione il territorio di origine – assimilato al Paese – o, invece, il luogo di provenienza.

Nel primo caso, infatti, la Corte concentra la sua attenzione sull'assimilabilità dei territori occupati allo Stato di Israele, il ricorso al diritto internazionale giustifica la

risposta negativa e da ciò discende in automatico – e cioè senza alcuna esigenza di giustificazioni ulteriori – l’obbligo di indicare con precisione il *Paese di origine*, in questo caso corrispondente ai territori occupati. Al contrario, quando si vaglia la necessità di fare compiuto riferimento agli insediamenti israeliani, come *luogo di provenienza*, il diritto internazionale svolge il ruolo, affatto diverso, di giustificare la necessità di fornire l’indicazione. In altri termini, a seguire il ragionamento della corte e volendolo leggere a contrario, laddove la politica di insediamento non fosse da considerarsi contraria al diritto internazionale, probabilmente l’indicazione del luogo di provenienza potrebbe mancare o, quanto meno, la sua necessità poggierebbe su basi che la Corte considera evidentemente meno solide.

In particolare, il fondamento più plausibile per giustificare l’obbligo di indicazione del *luogo di provenienza*, diverso dal diritto internazionale, è costituito dalle considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali o etiche, a cui l’art. 3, par. 1, del reg. 1196 fa espresso riferimento. Ora, è vero che al par. 56 della sentenza la Corte fa un riferimento *ad abundantiam* a possibili ragioni etiche (sempre peraltro legate al diritto internazionale); tuttavia, ciò che appare degno di specifica e attenta considerazione è la scelta della Corte di fondare il proprio percorso argomentativo su di una motivazione – il rispetto del diritto internazionale – che non è ricompresa tra gli elementi che richiedono espressamente un obbligo informativo nei confronti dei consumatori, pretermettendo invece ogni riferimento alle considerazioni positivamente elencate dal già citato art. 3, par. 1. E ciò a dispetto del fatto che la questione di cui si tratta – l’occupazione israeliana dei territori e l’autodeterminazione del popolo palestinese – abbia un’evidente ricaduta in termini assiologici, potenzialmente rilevante *in concreto* per un novero sufficientemente ampio di consumatori europei.

In sintesi, l’interrogativo che emerge dalla sentenza in commento concerne i motivi, giuridicamente significativi, che hanno portato il giudice di Lussemburgo a fondare la propria decisione su una questione – il rispetto del diritto internazionale – estranea al testo del regolamento 1196, anziché su un elemento – le considerazioni etiche e sociali – presente nella disposizione di cui all’art. 3, par. 1.

La spiegazione più plausibile fa perno sulla distinzione, che si è delineata più sopra, tra contenuto essenziale e informazioni ulteriori che il produttore è obbligato a fornire ai consumatori, tramite l’etichettatura. Il primo è necessario a far apprezzare i caratteri intrinseci del prodotto ed è quindi finalizzato a garantire il buon funzionamento del meccanismo offerta-domanda-prezzo. Le seconde hanno invece il ruolo di promuovere la concreta libertà di scelta del consumatore – inteso quale persona reale e caratterizzata da infinite sfaccettature – e rendono il mercato il luogo in cui il soggetto, esercitando il proprio potere d’acquisto, compie quotidiane scelte che incidono sul più generale sviluppo socio-economico. Queste scelte hanno potenzialmente un fondamento non solo economico, ma anche etico, politico, sociale, e via dicendo. In questo modo il mercato sarebbe un’istituzione sociale in grado di contribuire non più solo all’equilibrio del sistema economico, strettamente inteso, ma anche allo sviluppo politico e sociale del Paese (e non solo... v. D. Stolle, M. Micheletti, *Political Consumerism. Global Responsibility in Action*, Cambridge, 2013), secondo il disegno fondamentalmente sotteso all’economia sociale di mercato.

La sentenza in commento mostra come, dal punto di vista concreto, il mercato non sia un’istituzione sociale all’altezza di tale erculeo compito (opposta la valutazione di K.P. Purnhagen, J. van Zeben, C. Ahlborn, P. Oosterveer, *Beyond Food Safety – EU Food Information Standards as a Facilitator of Political Consumerism and International Law Enforcement Mechanism*, Wageningen Working Paper Law 2020, in part. p. 24 ss.). La disciplina del mercato – a partire dagli obblighi di informazione – deve in primo e fondamentale luogo garantire che il meccanismo offerta-domanda-prezzo funzioni regolarmente. Eventuali obblighi informativi ulteriori – giustificati da considerazioni sanitarie, ambientali, sociali o etiche – possono trovare uno spazio limitato, compatibile

con il compito fondamentale a cui l'etichettatura deve primariamente attendere. Le stesse considerazioni di carattere morale possono trovare spazio – almeno, stando alla sentenza in commento – se e in quanto si accordino con le norme del diritto internazionale umanitario. In altre parole, le possibili valutazioni morali del consumatore sono riconosciute in quanto già previamente ipostatizzate in specifiche norme di diritto internazionale, con buona pace e del pluralismo che, almeno in questo genere di questioni, dovrebbe caratterizzare la società aperta e della ricchezza di possibili valutazioni che senz'altro ne scaturirebbero.

È una conclusione, quella a cui si giunge, forse permeata di eccessivo realismo, che poco spazio lascia a letture idealizzanti del mercato. Ad ogni buon conto essa è coerente con la strutturazione assiologica della disposizione dell'art. 3, par. 1, secondo cui il reg. 1196 *fornisce* ai consumatori «le basi per effettuare delle scelte consapevoli e per utilizzare gli alimenti in modo sicuro», *nel rispetto* di «considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali ed etiche».

Soprattutto essa rammenta che l'agire etico (sociale o politico) necessita di spazi e strutture apposite, senza che facili scorciatoie siano concretamente possibili.

Elena Anna Grasso
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Genova
elena.grasso@unige.it

Edmondo Mostacci
Dip.to di Scienze politiche
Università degli Studi di Genova
edmondo.mostacci@unige.it

La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sulla parità di retribuzione: sono contrarie al diritto dell'Unione modifiche retroattive dell'età normale di pensione verso il basso

di Milena Anna Impicciatore

Title: The Court of Justice returns to rule on equal pay: retroactive changes to the normal retirement age are contrary to EU law

Keywords: Art 119 TEC; Equal pay; Normal retirement age.

1. – La Corte di Giustizia viene chiamata ancora una volta a pronunciarsi sulla parità di retribuzione tra uomo e donna che, fin dal Trattato di Roma, ha visto la sua disciplina nell'articolo 119, divenuto in seguito a modifica articolo 141 TCE e oggi rubricato all'articolo 157 del TFUE (v. E. Marziani, V. Zeppilli, *Art. 157 TFUE ex art. 141 TCE*, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta (a cura di) *Commentario Breve alle leggi sul lavoro*, sesta edizione, Milano, 2018).

Al fine di meglio inquadrare il caso in esame, posto all'attenzione dei giudici di Lussemburgo, è bene delineare sinteticamente i tratti salienti del percorso interpretativo della giurisprudenza che nel tempo hanno permesso di ampliare l'ambito di applicazione dell'articolo 119 e dare maggiore efficacia al principio della parità di trattamento retributiva, fino alla portata attuale.

In origine, la tutela paritaria dettata dall'articolo 119 del Trattato era circoscritta al solo aspetto retributivo proprio in funzione degli obiettivi economici perseguiti dalla Comunità economica europea, dunque la previsione di una eguale retribuzione tra lavoratrici e lavoratori per uno stesso lavoro era finalizzata ad eliminare eventuali distorsioni della concorrenza nel mercato comune, poiché senza la definizione di tale obiettivo di parità si sarebbe potuto generare un maggiore utilizzo di manodopera femminile sottopagata e di conseguenza alterare gli equilibri di mercato tra i diversi Stati membri (sulle ragioni storiche ed economiche della parità retributiva tra i sessi v. M. Barbera, *L'evoluzione storica e normativa del principio della parità retributiva fra uomo e donna*, in *LD*, 1989, 593 ss.).

La Corte di Lussemburgo, grazie alla intensa attività interpretativa elaborata nel tempo, ha ampliato i termini di applicazione dell'articolo 119 del Trattato istitutivo. Già con la celebre sentenza *Defrenne II* (CGCe, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne c. Sabena - Defrenne II*, in *Racc.*, 1976, p. 455) oltre a ribadire l'importanza che il principio enunciato rivestiva all'interno dell'allora ordinamento comunitario per la salvaguardia della concorrenza intracomunitaria, ha posto le basi per la costruzione di una dimensione sociale europea, sancendo che «l'art. 119 rientra, a pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità dato che questa non si limitava soltanto a realizzare un'unità economica ma doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune,

il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei» (Cfr. O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, 35).

Il ruolo fondamentale che ha avuto la storica sentenza *Defrenne II* è stato l'attribuzione di un'efficacia diretta all'articolo 119, che pur se rivolto esplicitamente agli Stati membri, secondo la Corte può essere fatto valere dinanzi ai giudici nazionali dai singoli cittadini (cui attribuisce una situazione giuridica attiva e giustiziabile davanti alla magistratura) nel caso di discriminazioni originate da norme di legge o da contratti collettivi di lavoro, oppure nel caso di retribuzione diversa tra lavoratrici e lavoratori per lo stesso lavoro svolto (M. Roccella, T. Treu, M. Aimo, D. Izzi, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Milano, 2019, 271).

In seguito, la Corte di Giustizia ha fatto ulteriori passi avanti nella interpretazione della norma facendo registrare un'autentica modificazione delle finalità da essa perseguite, fino a giungere al riconoscimento di un diritto fondamentale della persona a non subire discriminazioni in ragione del sesso che deve essere oggetto di tutela alla stregua di un principio generale del diritto comunitario (In questo senso v. sentenza 20 marzo 1984, cause riunite 75/82 e 117/82, *Razzouk e Beydoun c. Commissione*, in Racc., 1984, p. 1509; sentenza 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne c. Sabena - Defrenne III*, in Racc., 1978, 1365). Dunque, il primario interesse alla eliminazione delle distorsioni di concorrenza tra le imprese dei diversi Stati membri, perseguito attraverso il principio di parità retributiva sancito dall'articolo 119, è divenuto secondario rispetto alla finalità sociale perseguita mediante la stessa norma e ritenuta prevalente (sentenza 10 febbraio 2000, causa 50/96, *Deutsche Telekom v. Schröder*, in Racc., 2000, 743).

L'elaborazione giurisprudenziale dei giudici di Strasburgo (poi recepita e trasposta in diverse altre fonti normative dell'Unione, per approfondimento v. V. Piccone, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT - 127/2016*, 6 ss.), oltre ad affermare l'eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso, ha avuto un ruolo significativo anche nel definire l'attuazione del principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale (v. A. Caligiuri, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *RDSS*, 1, aprile 2008, 213 ss.) sebbene nell'articolo 119 non si facesse espressamente riferimento a tale questione.

La Corte, di fatto, ha riconosciuto natura retributiva (v. M.V. Ballestrero, *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, *LD*, 2, 2009, 165-166) a prestazioni e contributi versati dal datore di lavoro nel caso di fondi pensionistici che siano sostitutivi della previdenza pubblica obbligatoria oppure siano di carattere complementare ed integrativo (sentenza 25 maggio 1971, causa 80/70, *Defrenne c. Belgio - Defrenne I*, Racc. 1971, 445; sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka-Kaufhaus*, Racc., 1986, p. 1607).

L'elemento fondante di tale orientamento giurisprudenziale sta nella natura contrattuale, e non legale, della pensione o contribuzione che di fatto provengono dal datore di lavoro, seppure attraverso un fondo pensionistico. Sulla scorta di queste considerazioni si è ritenuto, pertanto, che per le pensioni versate nel contesto di un regime privato che sostituisce, anche solo in parte, il regime legale, la fissazione di una età differenziata in base al sesso sia da ritenere in contrasto con il diritto comunitario poiché discriminante dal punto di vista retributivo (sentenza 17 maggio 1990, causa 262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, in Racc., 1990, p. 1889), perfino nel caso in cui la differenza di età dovesse essere la medesima stabilita dal regime legale nazionale.

Gli effetti della sentenza *Barber*, che potevano avere un impatto rilevante sui diversi sistemi pensionistici europei, sono stati limitati dalla stessa Corte di Strasburgo attraverso l'attribuzione al giudicato di una efficacia *ex nunc*. Inoltre, nel vertice di Maastricht del 1991, fu definito uno specifico Protocollo per stabilire che le prestazioni

pensionistiche integrative sarebbero state considerate come retribuzione, e dunque soggette al principio di parità fissato dall'articolo 119, ma solo a far data dal 17 maggio 1990. Certo è che a partire dalla pronuncia *Barber* ogni regime pensionistico sostitutivo o integrativo che applichi una età differenziata tra uomo e donna pone in essere una discriminazione retributiva e il datore di lavoro deve attivarsi per rimuovere tempestivamente la discriminazione, pena l'applicazione del trattamento vantaggioso nei riguardi delle persone precedentemente svantaggiate.

2. – Il caso, oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale in esame, trae origine da una controversia che vede la Safeway Ltd contro Andrew Richard Newton e la Safeway Pension Trustees Ltd. La disputa riguarda la uniformizzazione delle prestazioni pensionistiche per gli affiliati di ambo i sessi al regime pensionistico gestito dalla Safeway Pension Trustees a seguito della sentenza *Barber* del 1990.

Secondo la ricostruzione fatta dalla Corte e dall'Avvocato Generale (Conclusioni dell'Avvocato Generale E. Tanchev del 28 marzo 2019, causa 171/18 Safeway Ltd contro Andrew Richard Newton, Safeway Pension Trustees Ltd) la Società Safeway, nel 1978, con un atto di trust ha costituito il regime pensionistico che prevedeva un'età normale di pensionamento differenziata per uomini e donne, rispettivamente pari a 65 e 60 anni. In seguito alla pronuncia della sentenza *Barber*, e dunque alla rilevanza della natura discriminatoria di una differenza di età in un regime pensionistico privato, la Safeway e la Safeway Pension Trustees decidono di modificare il regime pensionistico equiparando l'età degli affiliati e portandola per tutti a 65 anni, ma le modalità con le quali vengono introdotte le modifiche e la loro efficacia hanno sollevato il disaccordo tra le parti in causa.

L'Atto costitutivo del regime pensionistico conteneva una clausola di modifica che prevedeva la possibilità per la Società, in accordo con gli amministratori, di modificare, in ogni momento, lo stesso Atto costitutivo, e anche tutti gli allegati allo stesso, mediante un Atto supplementare che stabiliva anche la data di decorrenza degli effetti modificativi. Secondo quanto disposto dalla clausola, la data di decorrenza dell'efficacia poteva essere quella dello stesso Atto supplementare, oppure la data di qualsiasi avviso scritto che informasse gli affiliati della modifica e che fosse precedente o successivo alla data dell'Atto stesso «in modo da conferire alla modifica o all'aggiunta un effetto retroattivo o futuro, a seconda dei casi».

In applicazione della clausola di modifica appena descritta, la Società attraverso avvisi rispettivamente del 1° settembre e del 1° dicembre 1991 ha informato per iscritto gli affiliati al regime pensionistico che quest'ultimo sarebbe stato modificato con Atto fiduciario successivo, con efficacia a decorrere dal 1° dicembre 1991, volto ad introdurre una età normale di pensionamento uniforme per uomini e donne di 65 anni. L'Atto fiduciario è stato adottato il 2 maggio del 1996.

Nel 2009, a seguito della questione sulla conformità o meno della modifica retroattiva del regime pensionistico al diritto dell'Unione, la Safeway ha intentato un'azione giudiziale dinanzi alla *High Court of Justice* del Regno Unito per far constatare che un'età normale di pensione uniforme di 65 anni era stata validamente fissata a partire dal 1° dicembre 1991. Nel giudizio, il signor Newton è stato designato per agire come rappresentante degli affiliati che sostengono la violazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro di cui all'articolo 119 (poi 141 TCE ora 157 TFUE), come interpretato dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa *Barber*.

L'Alta Corte di Giustizia del Regno Unito con sentenza del 29 febbraio 2016 ha dichiarato che la modifica retroattiva del regime pensionistico era contraria all'articolo 119 del Trattato CE e che, pertanto, i diritti a pensione degli affiliati avrebbero dovuto essere calcolati sulla base di un'età normale di pensione uniforme di 60 anni per il periodo dal 1° dicembre 1991 al 2 maggio 1996.

La decisione è stata impugnata dalla Safeway dinanzi alla sezione civile della *Court of Appeal*, la quale, prima di sospendere il giudizio, riconosce che in applicazione del diritto nazionale l'unico atto valido a modificare il regime pensionistico con equiparazione dell'età fosse l'atto fiduciario del 2 maggio 1996, ma rileva come gli avvisi del 1991, pur non avendo valore modificativo del trust, hanno avuto l'effetto di conferire ai diritti acquisiti dagli affiliati, per il periodo compreso tra il 1° dicembre 1991 e il 2 maggio 1996, un carattere «revocabile», cioè dal momento degli avvisi tali diritti potevano essere successivamente ridotti in via retroattiva in qualsiasi momento.

Dunque, la Corte d'Appello di Inghilterra e Galles adisce la Corte di Giustizia con la seguente questione pregiudiziale:

«Laddove le regole di un regime pensionistico conferiscano una facoltà, riconosciuta dal diritto nazionale, previo emendamento del suo atto costitutivo, di ridurre retroattivamente il valore dei diritti pensionistici maturati da lavoratori tanto di sesso maschile quanto di sesso femminile per un periodo decorrente tra la data di un avviso scritto delle modifiche del regime previste e la data in cui l'atto costitutivo è effettivamente emendato, se l'articolo 157 [TFUE] (in precedenza e alla data dei fatti l'articolo 119 del [TCE]) imponga che i diritti pensionistici maturati dai lavoratori sia di sesso maschile che di sesso femminile siano considerati inderogabili, nel senso che i loro diritti pensionistici sono tutelati da una riduzione retroattiva mediante l'esercizio della facoltà riconosciuta dal diritto nazionale».

Il giudice del rinvio, in buona sostanza, chiede se l'articolo 119 del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un regime pensionistico, per porre fine ad una discriminazione contraria al diritto dell'Unione fondata su un'età di pensionamento differenziata per sesso, adotti una misura che uniforma retroattivamente l'età degli affiliati al livello delle persone della categoria precedentemente svantaggiata (verso il basso), qualora la legislazione nazionale e l'atto costitutivo del regime pensionistico lo consentano, per un periodo che intercorre tra un annuncio di modifica e la modifica stessa del regime pensionistico.

3. – La Corte, di fronte alla questione pregiudiziale posta alla sua attenzione, avvia una approfondita ricostruzione ermeneutica partendo proprio dalla sentenza *Barber* e ribadendo come: per i periodi antecedenti la data della pronuncia, i regimi pensionistici di tipo sostitutivo e integrativi o complementari, non sono tenuti ad applicare una età uniforme tra uomo e donna; per i periodi successivi alla data della sentenza e fino all'intervento di ripristino della parità di trattamento, alle persone della categoria svantaggiata devono essere accordati gli stessi vantaggi di cui godono le persone della categoria privilegiata; per i periodi successivi alle misure di ripristino della parità di trattamento, la condizione delle persone precedentemente privilegiate può essere parificata a quella delle persone precedentemente svantaggiate, poiché il principio dettato dall'articolo 119 del Trattato CE è finalizzato alla sola parità di trattamento retributiva tra uomo e donna.

Secondo i giudici di Lussemburgo, la questione portata all'attenzione del giudice di rinvio si colloca esattamente nella seconda delle posizioni richiamate in riferimento alla causa *Barber*, ovvero si è di fronte ad un caso in cui la rimozione della discriminazione nel contesto del regime pensionistico avviene con atto del maggio 1996, di conseguenza per il periodo che intercorre tra gli avvisi del 1991 e l'atto modificativo, la sola possibilità di dare attuazione al principio di parità retributiva è quella di ridurre l'età di pensionamento degli uomini al pari dell'età prevista per le donne, ovvero 60 anni.

La Corte richiamando la sua costante giurisprudenza ritiene che, per via dell'effetto diretto dell'articolo 119 del Trattato CE, il datore di lavoro nel momento in cui constata l'esistenza di una discriminazione deve procedere a porre in essere le

misure volte a rimuoverla. La non applicazione di misure risolutive della discriminazione, anche se temporaneamente, comporta la conservazione della discriminazione e quindi la violazione del diritto dell'Unione. Inoltre, la Corte ha ribadito come già nel caso *Avdel Systems* aveva stabilito che l'eliminazione, da parte di un regime pensionistico, di una discriminazione in contrasto con l'articolo 119 del Trattato CE procedendo, per il passato, alla soppressione dei vantaggi delle persone della categoria privilegiata, non è conforme al diritto dell'Unione.

Nel motivare la sua linea interpretativa la Corte pone l'attenzione su due aspetti in particolare: in primo luogo rileva, in linea con l'Avvocato Generale, come il problema dell'esistenza della effettiva retroattività, connessa all'efficacia giuridica attribuita o meno agli avvisi di modifica del regime pensionistico del 1991, sia questione di competenza del giudice del rinvio, che in virtù della conoscenza diretta della controversia, oggetto del procedimento principale, è l'unico a poter interpretare il diritto interno e determinare la data in cui sono state adottate le misure di ripristino della parità di trattamento; sebbene tali misure devono essere in grado di soddisfare le esigenze del diritto dell'Unione. A tal proposito, viene evidenziato come uno dei principi da rispettare è la certezza del diritto, che esige che i diritti conferiti ad ogni cittadino dell'Unione vengano attuati «in modo sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile da consentire agli interessati di conoscere esattamente i loro diritti e obblighi e di prendere i provvedimenti del caso e di avvalersene, eventualmente, dinanzi ai giudici nazionali», soprattutto in presenza di una normativa che può avere ripercussioni di tipo finanziario. Con questa premessa, ripercorrendo l'analisi svolta dal giudice del rinvio, la Corte accerta che secondo il diritto nazionale l'unico effetto giuridico della clausola di modifica, prevista dall'atto costitutivo del regime pensionistico, e degli annunci del 1991 era quello di riservare il potere di uniformare, con effetto retroattivo, l'età normale di pensionamento degli affiliati a 65 anni, mediante l'adozione di un atto fiduciario in qualsiasi momento successivo. La conclusione cui pervengono i giudici della Grande Sezione è che la previsione di una facoltà che può essere esercitata in un qualsiasi momento a discrezione dei responsabili del trust non possa né porre fine alla discriminazione, né soddisfare il principio della certezza del diritto. Pertanto, nell'ambito del regime pensionistico oggetto del procedimento principale, le misure che soddisfano i requisiti del diritto dell'Unione (punti 24 e 25 della sentenza) sono state adottate mediante l'atto fiduciario del 2 maggio 1996.

In secondo luogo, la Corte si sofferma su un altro punto sollevato dal giudice del rinvio chiarendo che, sebbene non sia mai intervenuta in situazioni in cui i diritti a pensione sono revocabili in forza del diritto nazionale e dell'atto costitutivo di un regime pensionistico, certamente la facoltà, in tali situazioni, di uniformare retroattivamente le condizioni riguardanti i diritti degli affiliati a un regime pensionistico non può trovare alcun sostegno nella giurisprudenza, anzi se si riconoscesse tale possibilità, la stessa giurisprudenza verrebbe privata della sua portata, poiché potrebbe intervenire solo nel caso in cui una uniformazione retroattiva fosse già vietata dal diritto nazionale o dall'atto costitutivo del regime pensionistico. Inoltre, secondo giurisprudenza costante, il principio della certezza del diritto osta in generale a che un atto di esecuzione del diritto dell'Unione abbia effetto retroattivo, questo può essere applicabile solo in casi eccezionali: quando lo richieda un'esigenza imperativa di interesse generale; quando il legittimo affidamento delle persone interessate sia debitamente rispettato. Secondo una giurisprudenza costante, un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del regime pensionistico può costituire una siffatta esigenza imperativa di interesse generale, ma la Corte ritiene che il giudice del rinvio, pur sottolineando l'importanza dell'importo finanziario del procedimento principale, non abbia evidenziato che l'armonizzazione retroattiva dell'età normale di pensionamento degli affiliati al regime pensionistico fosse necessaria per evitare una grave violazione dell'equilibrio finanziario del regime stesso.

Alla fine del suo processo interpretativo, la Grande Sezione della Corte di Strasburgo, come già desumibile, stabilisce che, in mancanza di una giustificazione obiettiva, l'articolo 119 del Trattato CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un regime pensionistico, per porre fine a una discriminazione retributiva basata sull'età, adotti una misura che uniformenta retroattivamente l'età di pensionamento degli affiliati a quella delle persone della categoria precedentemente svantaggiata (adeguamento verso il basso), per il periodo che intercorre tra l'annuncio e l'adozione della misura stessa, anche qualora fosse autorizzata dal diritto nazionale e dall'atto costitutivo del regime pensionistico.

4. – Dalla rapida ricostruzione dell'evoluzione del principio di parità retributiva e dall'analisi della sentenza della Corte di Giustizia sia però consentito qui rilevare almeno che, di certo, il condivisibile orientamento della Corte, nel caso in esame, si muove lungo il solco della decisione assunta nella sentenza *Barber* e nella costante giurisprudenza che, nel tempo, ha permesso un importante ampliamento dell'ambito di applicazione dell'articolo 119 del Trattato. Quello che però si evince dalla lettura della sentenza, che fu palese ad esempio nel richiamato caso *Smith v. Avdel Systems* (su cui v. S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Spiros Simitis e Silvana Sciarra (cur.), Oxford, 1993; C. Barnard, S. Deakin, *Il diritto del lavoro della Corte di giustizia e le Corti britanniche*, in *LD*, 3-4, 1998, 517), è che la primitiva natura economica dell'articolo 119 TCE non è stata del tutto superata, dal momento che sono consentite anche parificazioni verso il basso delle condizioni retributive tra uomo e donna, poiché ancora oggi si afferma che la norma non preclude misure che consentono il raggiungimento della parità attraverso la riduzione dei vantaggi per le persone previamente favorite. La norma, bensì, semplicemente richiede che uomini e donne ricevano il medesimo trattamento retributivo.

Permesso di Soggiorno di lungo periodo UE: i requisiti economici possono essere garantiti da un terzo

di Giacomo Mannocci

Title: Conditions for acquiring long-term resident status UE: Stable, regular and sufficient resources are made available to the applicant by a third party

Keywords: Immigration policy; Third-country nationals; Long-term residents.

1. – La sentenza in commento si inserisce nella copiosa giurisprudenza euro unitaria dedicata ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo all'interno dell'Unione europea e più precisamente si occupa della corretta interpretazione dei requisiti idonei all'acquisizione di tale status.

Nel corso del 2019 la Corte è intervenuta sull'argomento con due importanti pronunce: la prima nel marzo quando ha statuito che nel caso in cui lo status di soggiornante di lungo periodo sia stato concesso a cittadini di paesi terzi in base a documenti falsificati, la circostanza che gli interessati non fossero a conoscenza del carattere fraudolento di tali documenti non osta a che lo Stato membro interessato proceda, in applicazione di tale disposizione, alla revoca di detto status (Corte giustizia UE sez. IV, Sentenza 14/03/2019, n.557). La seconda con la Sentenza in commento.

Preliminarmente occorre precisare che il permesso di soggiorno di lungo periodo è permanente – salvo gli espressi casi revoca – e conferisce al titolare lo stesso trattamento dei cittadini dell'Unione Europea per quanto riguarda l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, l'istruzione e la formazione professionale, le prestazioni sociali, l'assistenza e la protezione sociale, le agevolazioni fiscali. Inoltre, il titolare ha facoltà di circolare liberamente all'interno dell'Unione nonché il diritto a partecipare alle procedure per l'assegnazione di alloggi pubblici.

Tra i requisiti di accesso, la Direttiva 2003/109/CE, del 22 settembre 2003 prevede tra l'altro che il richiedente il permesso di soggiorno deve dimostrare di disporre di risorse stabili, regolari e sufficienti per mantenere sé stesso e i suoi familiari senza dover ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato.

È proprio sulla nozione e sulla provenienza di risorse idonee a garantire il mantenimento dello straniero, che interviene la Corte di Giustizia con la Sentenza in oggetto.

La pronuncia sorge in seguito al ricorso di un cittadino di nazionalità camerunense, al quale era stato negato dalla competente Commissione territoriale belga un permesso di soggiorno di lungo periodo sulla base del presupposto che non avesse risorse finanziarie autosufficienti e idonee a garantirgli un soggiorno stabile senza ricorrere agli strumenti di assistenza sociale statale.

Infatti, il ricorrente, già titolare per dieci anni di un valido titolo per permanere in Belgio – prima per motivi di studio e poi da ultimo per motivi di lavoro – aveva infine richiesto il permesso di lungo periodo, pur essendo al momento disoccupato e privo di proprie risorse economiche. Per giustificare la sua istanza, aveva allegato una dichiarazione di suo fratello – già titolare di un analogo permesso – il quale si impegnava a garantire in sua vece la sussistenza delle risorse idonee al suo mantenimento.

Le autorità belghe hanno negato il permesso perché a loro giudizio la Direttiva europea in oggetto richiede la sussistenza di risorse proprie senza la possibilità di consentire una forma di garanzia da parte di terzi. Avverso il diniego, è stato proposto ricorso alla Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, la quale ha sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per sapere se il requisito del possesso di risorse stabili, regolari e sufficienti debba essere interpretato facendo riferimento esclusivamente alle risorse «proprie» dell'istante o se tale nozione comprenda anche le risorse messe a disposizione di tale richiedente da un terzo nonché, eventualmente, per conoscere se un impegno di assistenza sottoscritto da tale terzo sia sufficiente a fornire la prova che detto richiedente dispone di risorse stabili, regolari e sufficienti.

La Corte di Giustizia rileva, innanzitutto, che le traduzioni ufficiali della Direttiva 2003/109 presentano una discrasia di significato proprio con riguardo a questo requisito di accesso al permesso di lungo periodo che determina una grave conseguenza giuridica perché il tenore letterale della disposizione non consente, di per sé, di determinare né la natura né l'origine delle risorse menzionate. Infatti, le versioni spagnola, inglese, francese e italiana di tale disposizione utilizzano un termine equivalente al termine «risorse», il quale, secondo il suo significato abituale, può riferirsi a tutti i mezzi finanziari a disposizione del richiedente lo status di residente di lungo periodo, indipendentemente dalla loro fonte. Invece, le versioni in lingua olandese e tedesca di tale disposizione utilizzano termini equivalenti alla nozione di «reddito», che si riferisce più restrittivamente alle risorse personali, come, in particolare, quelle derivanti dall'attività economica del richiedente lo status di soggiornante di lungo periodo, il che tenderebbe ad escludere le risorse provenienti da un terzo, come un familiare.

Il problema linguistico si riflette quindi sul piano giuridico perché nell'accezione di risorsa non si può che escludere la possibilità che questa possa essere garantita da parte del terzo, mentre la questione cambia se si fa riferimento alla nozione di reddito che presuppone necessariamente un reddito soggettivo.

Non potendo risolvere la controversia attraverso il dato letterale, è pertanto indispensabile utilizzare un altro criterio ermeneutico: bisogna cioè far ricorso al fine teleologico della Direttiva che mira espressamente all'integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilmente residenti negli Stati membri. Inoltre, come risulta dal considerando 2 di tale direttiva, con la concessione dello status di soggiornante di lungo periodo, essa intende avvicinare lo status giuridico di tali cittadini a quello dei cittadini degli Stati membri. Questa finalità si ricava dalla stessa costante giurisprudenza euro unitaria la quale ha più volte statuito che l'obiettivo principale della Direttiva è l'integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri (v. sentenza del 26 aprile 2012, Commissione/Paesi Bassi, C-508/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 66) che comporta un altro corollario decisivo: la libera circolazione delle persone e delle merci. Infatti il diritto di soggiorno dei soggiornanti di lungo periodo e dei loro familiari in un altro Stato membro, previsto dal capo III della medesima Direttiva, è inoltre diretto a contribuire alla realizzazione effettiva del mercato interno in quanto spazio in cui è garantita a tutti la libertà di circolazione.

Se quindi vi è una incertezza linguistica, ma la finalità della Direttiva è chiara, per la Corte di Giustizia la nozione di «risorsa» assume una rilevanza a sé e pertanto deve essere intesa come una nozione autonoma del diritto dell'Unione europea e interpretata in modo uniforme nel territorio di quest'ultima, indipendentemente dalle

qualificazioni utilizzate negli Stati membri, prendendo in considerazione il tenore letterale della disposizione di cui trattasi nonché il suo contesto e gli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v., in tal senso, sentenza del 9 novembre 2017, C-306/16; Sentenza 11 maggio 2017, C-302/16; sentenza del 16 novembre 2016, C-316/15).

Da ciò ne consegue che è irrilevante se la risorsa economica proviene dall'interessato oppure da un soggetto terzo che garantisce in sua vece.

Questa nozione di risorsa è analoga a quella contenuta nella Direttiva 2004/38, in base alla quale ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di soggiornare nel territorio di un altro Stato membro per un periodo superiore a tre mesi, in particolare se dispone, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno. La nozione di «risorse» di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2003/109 può quindi essere interpretata in modo analogo a quello previsto dall'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38, nel senso che non esclude che l'interessato possa avvalersi di risorse provenienti da un terzo, suo familiare.

È proprio per questo motivo che per la Corte di Giustizia non può essere accolta l'interpretazione dell'autorità amministrativa belga che all'inizio ha negato il permesso di soggiorno di lungo periodo perché si faceva riferimento nell'istanza alle risorse del fratello: visto che lo scopo è quello di equiparare i soggiornanti di lungo periodo ai cittadini dell'Unione europea anche ai primi deve applicarsi la stessa nozione di risorsa prevista per questi ultimi.

Con una tale interpretazione, la Corte di Giustizia accoglie la tesi del ricorrente ma solo parzialmente perché si affretta a precisare che – pur essendo univoca la nozione di risorsa – questa trova un'applicazione diversa a seconda che si tratti di un cittadino dell'Unione europea ovvero di un Paese terzo. Infatti, la Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione cittadini della UE e dei loro familiari prevede che questi debbano disporre nello Stato ospitante di risorse sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno superiore a tre mesi. A tal proposito la Corte ha fatto presente che, siccome l'entità delle esigenze può variare notevolmente da un individuo all'altro, tale disposizione deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri possono indicare un certo importo come importo di riferimento, ma non nel senso che essi possono stabilire un importo di reddito minimo, indipendentemente da un esame concreto della situazione di ciascun richiedente (v., in tal senso, sentenza del 4 marzo 2010, C-578/08).

La Direttiva 2003/109/CE sui soggiornanti di lungo periodo stabilisce, invece, che le risorse dei richiedenti non devono essere solo sufficienti, ma pure stabili e regolari. Quindi per la Corte, le risorse economiche in esame devono presentare una certa permanenza e una certa continuità proprio per non gravare eccessivamente sullo Stato ospitante.

Siccome la Direttiva parla di risorse e non di reddito, la Corte ha precisato che la garanzia economica di risorse stabili, regolari e sufficienti può essere fornita anche da un soggetto terzo rispetto all'istante.

È questa, dunque, la novità della sentenza in commento che avrà un indubbio riflesso sulle Corti nazionali che sempre più spesso sono chiamate a valutare il diniego o la revoca dei permessi di lungo soggiorno.

Con riferimento all'Italia va infatti rilevato che la giurisprudenza amministrativa ha finora interpretato la nozione di risorse stabili, sufficienti e regolari necessarie per ottenere il permesso di soggiorno UE in un'ottica che si avvicina molto di più a quello di reddito personale. Ad esempio, proprio recentemente, è stato ribadito che per acquisire lo status di soggiornante di lungo periodo, il cittadino di paesi terzi deve dimostrare di disporre di un reddito sufficiente e di un'assicurazione contro le malattie,

in modo da non diventare un onere per lo Stato membro. (Sentenza T.A.R. Bologna, sez. I, 01/07/2019, n.589). Inoltre, per pacifica giurisprudenza, è sempre stato affermato che il requisito del possesso di un reddito minimo idoneo al sostentamento dello straniero costituisce un requisito soggettivo non eludibile ai fini del rilascio e del rinnovo del titolo di soggiorno perché esso attiene alla sostenibilità dell'ingresso dello straniero nella comunità nazionale (cfr., *ex multis*, TRGA Bolzano, 9.1.2018, n. 3; Cons. Stato, Sez. III, n. 1971/2017 che richiama n. 2227/2016; n. 2335/2015; n. 3596/2014; 19.4.2017, n. 136; 19.3.2014, n. 75).

Ma non solo.

È stato chiarito in passato che le dichiarazioni dei redditi da sole non possono provare la disponibilità economica, ancor meno se, come nel caso in oggetto, non avvalorate da versamenti contributivi, dichiarazioni pregresse ed altri elementi utili a suffragarle. Esse infatti non hanno natura di atto pubblico e di pubblica fede, con efficacia probatoria privilegiata, bensì consistono in una mera dichiarazione di parte adottata dal contribuente sul principio della cd. «autoliquidazione» dell'imposta e, dunque, di per sé stessa inidonea a certificare, con efficacia fidefaciente, i dati in essa indicati, di talché la sua presentazione non vale di certo ad elidere, con pretesa automaticità, il potere/dovere dell'Autorità procedente di svolgere gli opportuni approfondimenti onde verificare, senza preclusione di sorta, l'effettiva esistenza del requisito richiesto, e cioè l'effettiva disponibilità del reddito dichiarato (Sentenza, TRGA Bolzano, 18.10.2016, n. 291).

La giurisprudenza amministrativa italiana è sempre stata quindi orientata nel senso di valutare il reddito ed è in quest'ottica che ha sempre ribadito due corollari susseguenti e cioè che grava sull'istante l'onere di allegazione comprovante il possesso del requisito reddituale (cfr., *ex multis*, TRGA Bolzano, 18.10.2016, n. 291); che il requisito *de quo* deve essere posseduto e dimostrato alla data di adozione del provvedimento, sulla cui legittimità non assume rilievo il mutamento delle condizioni economiche dell'interessato sopravvenuto in un periodo successivo (cfr., *ex multis*, TRGA Bolzano, 20.2.2018, n. 55; Cons. Stato, Sez. III, 10.9.2014, n. 4611 e 18.4.2011, n. 2384).

Sarà interessante capire come la giurisprudenza amministrativa, di cui ultimamente una delle attività principale riguarda i giudizi relativi all'impugnazione dei provvedimenti amministrativi concernenti gli stranieri – soprattutto a seguito delle numerose novelle legislative in tema di migrazioni degli ultimi anni – recepirà in concreto le indicazioni dei Giudici di Lussemburgo che di fatto hanno allargato la possibilità di ottenere il permesso di soggiorno di lungo periodo che nel nostro ordinamento continua ad essere disciplinato dall'art. 9 del d.lgs. 286/1998, così come modificato dal decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13.

Giacomo Mannocci
Avvocato in Pisa
giacomomannocci@gmail.com

Il controllo giurisdizionale sul MAE emesso ai fini dell'esecuzione di una condanna definitiva e il diritto ad una tutela giurisdizionale

di Alessia Martinelli

Title: The judicial review of the European arrest warrant and the right to effective judicial protection

Keywords: Judicial cooperation in criminal matters; European arrest warrant; Principle of effective judicial protection.

1. – Come è noto, il mandato d'arresto europeo rappresenta, da anni, un valido banco di prova del dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali e, più di recente, si è rivelato, altresì, uno strumento efficace per sottoporre alla cognizione della Corte di giustizia questioni attinenti a carenze sistemiche presenti nei diversi ordinamenti processuali degli Stati membri tali da minare l'effettività della tutela giurisdizionale che, più in generale, caratterizza e qualifica l'Unione europea come una «Comunità di diritto» (sul punto v. G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea* (a cura di) P. De Pasquale e F. Ferraro, Napoli, 2018, p. 335).

Invero, nelle sentenze *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg e Openbaar Ministerie* (Procuratori della Repubblica di Lione e di Tours) (C-566/19 PPU e C-626/19 PPU), *Openbaar Ministerie* (Procura, Svezia) (C-625/19 PPU) e *Openbaar Ministerie* (Procuratore del Re di Bruxelles) (C-627/19 PPU), rese il 12 dicembre 2019, nell'ambito del procedimento d'urgenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha completato la propria giurisprudenza sulla decisione quadro 2002/584 relativa al mandato d'arresto europeo, fornendo indicazioni sul requisito di indipendenza dell'«autorità giudiziaria emittente» di un mandato d'arresto europeo e sul requisito di tutela giurisdizionale effettiva che deve essere garantita ai destinatari di esso.

Occorre rilevare fin da subito che nei primi tre casi sottoposti all'attenzione della Corte, i MAE sono stati emessi ai fini «dell'esercizio dell'azione penale», diversamente, nella pronuncia in commento, la questione verte sul MAE disposto ai fini «dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, inflitta con sentenza definitiva». Differente, dunque, sarà la portata della tutela giurisdizionale da assicurare nelle fattispecie.

2. – Ed è, proprio, il parametro del principio di tutela giurisdizionale effettiva che ha guidato la Corte nel decidere in procedimenti aventi ad oggetto carenze sistemiche relative alle garanzie processuali riservate ai soggetti colpiti da un MAE. Si ricorda, peraltro, che la stessa decisione quadro al considerando n. 12 (La presente decisione

quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 [UE] e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...), segnatamente il capo VI. (...)» e all'art. 1 par. 3 (L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 [UE] non può essere modificat[o] per effetto della presente decisione quadro») eleva il principio della tutela giurisdizionale effettiva - per il tramite dell'art. 6 - quale parametro da rispettare nonché quale limite all'applicazione delle disposizioni ivi contenute.

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva è chiaramente messo in discussione in casi in cui alcune normative nazionali non assicurino adeguatamente l'indipendenza «dell'Autorità giudiziaria» emittente un mandato d'arresto europeo e, soprattutto, la possibilità di esperire ricorso giurisdizionale avverso tale «decisione giudiziaria», poiché seppur non promanante (necessariamente) da un giudice in senso stretto, a mente dell'art. 1, della citata decisione quadro, il MAE è, ed è definito come, una «decisione giudiziaria» (sentenza del 27 maggio 2019, OG e PI (Procure di *Lubecca* e di *Zwickau*), C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, punto 46).

In tale contesto si inserisce il caso di specie che trae origine da un rinvio sollevato dal *Rechtbank Amsterdam* (Tribunale di Amsterdam), nell'ambito di una procedura esecutiva di un MAE disposto dal Procuratore del Re di Bruxelles nei confronti di *ZB* ai fini dell'esecuzione di una sentenza pronunciata il 7 febbraio 2019 dal *Tribunal de première instance francophone de Bruxelles* (Tribunale di primo grado di Bruxelles) con la quale *ZB* è stato condannato a pene detentive della durata di trenta mesi e di un anno.

Invero, il giudice del rinvio accerta preliminarmente, sulla base delle informazioni fornite dalle autorità belghe nell'ambito del procedimento principale, che la figura del Procuratore del Re quale «autorità giudiziaria emittente» un mandato d'arresto europeo non pone problemi di «indipendenza» ma constata che la normativa belga relativa al mandato d'arresto europeo non prevede la possibilità di proporre un ricorso distinto contro la decisione di emettere un simile mandato. Pertanto, il suddetto giudice si chiede se, per soddisfare i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva, è necessario che la normativa nazionale preveda che la decisione di emettere un mandato d'arresto europeo e, in particolare, la proporzionalità di una tale decisione devono poter formare oggetto di un ricorso giurisdizionale anche nel caso in cui il mandato d'arresto europeo sia diretto all'esecuzione di una pena privativa della libertà (tale condizione è stata stabilita dalla Corte di Giustizia al punto 75 della sentenza del 27 maggio 2019, OG e PI (Procure di *Lubecca* e di *Zwickau*) (C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456).

E, tenuto conto della circostanza che l'imputato, *ZB*, dal 3 maggio 2019, si trovava in stato di arresto provvisorio a fini estradizionali in attesa di una decisione sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo emesso nei suoi confronti e, che il suo mantenimento in custodia dipendeva dalla soluzione della controversia principale, la Prima Sezione della Corte ha deciso di trattare tale rinvio nell'ambito del procedimento pregiudiziale d'urgenza previsto all'articolo 23 *bis* dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e all'articolo 107 del regolamento di procedura.

3. – Per quanto riguarda il merito, la Corte di giustizia ha rilevato come, in Belgio, le procure rispondono ai requisiti precisati nei punti 51 e 74 della sentenza del 27 maggio 2019, OG e PI, *Procure di Lubecca e di Zwickau*, C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456. La Corte ha, anzitutto, ricordato che la nozione di «autorità giudiziaria emittente» può ricomprendere le autorità di uno Stato membro che, pur non essendo giudici o organi giurisdizionali, partecipano all'amministrazione della giustizia penale e agiscono in modo indipendente. Quest'ultima condizione presuppone la sussistenza di regole statutarie e organizzative idonee a garantire che le autorità interessate non siano esposte, nell'ambito dell'emissione di un mandato d'arresto europeo, a un qualsivoglia rischio di essere soggette a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo.

Nel caso di specie la stessa Corte rileva come l'indipendenza del pubblico ministero nello svolgimento delle indagini e nell'esercizio dell'azione penale è garantita dalla Costituzione belga, tenuto conto che, sebbene il Ministro della giustizia possa elaborare direttive in materia di politica penale, queste non costituiscono tuttavia né ingiunzioni né istruzioni riguardanti una causa specifica.

Inoltre, il giudice dell'Unione ha ribadito il requisito posto nella propria giurisprudenza recente, secondo il quale la decisione di emettere un mandato d'arresto europeo, qualora sia adottata da un'autorità che partecipa all'amministrazione della giustizia, pur non essendo un organo giurisdizionale, deve poter essere oggetto, nello Stato membro emittente, di un ricorso giurisdizionale che soddisfi i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva. Su tal scia, osserva che il sistema del mandato d'arresto europeo comporta una tutela su due livelli dei diritti in materia procedurale e dei diritti fondamentali di cui deve beneficiare la persona ricercata, in quanto alla tutela giudiziaria prevista al primo livello, in sede di adozione di una decisione nazionale, come un mandato d'arresto nazionale, si aggiunge quella che deve essere garantita al secondo livello, in sede di emissione del mandato d'arresto europeo, la quale può eventualmente intervenire in tempi brevi, dopo l'adozione della suddetta decisione giudiziaria nazionale (sentenza del 27 maggio 2019, OG e PI *Procure di Lubeca e di Zwickau*, C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, punto 67). Pertanto, nel caso di una misura che, come l'emissione di un mandato d'arresto europeo, è idonea a ledere il diritto alla libertà della persona interessata, la suddetta tutela implica che venga adottata, quanto meno a uno dei due livelli della stessa, una decisione conforme ai requisiti inerenti alla tutela giurisdizionale effettiva [sentenza del 27 maggio 2019, OG e PI, *Procure di Lubeca e di Zwickau*, C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, punto 68].

Inoltre, la Corte ha affermato che, quando il diritto dello Stato membro emittente attribuisce la competenza a emettere un mandato d'arresto europeo a un'autorità che, pur partecipando all'amministrazione della giustizia in tale Stato membro, non è essa stessa un organo giurisdizionale, la decisione di emettere tale mandato e, in particolare, la proporzionalità della decisione devono poter formare oggetto, nel medesimo Stato, di un ricorso giurisdizionale che soddisfi pienamente i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva (sentenza del 27 maggio 2019, OG e PI, *Procure di Lubeca e di Zwickau*, punto 75). Nella fattispecie in esame, poi, il procedimento principale riguarda un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena a differenza delle situazioni da cui sono scaturite le sentenze del 27 maggio 2019, OG e PI, *Procure di Lubeca e di Zwickau*, C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, e del 27 maggio 2019, PF, *Procuratore generale di Lituania*, C-509/18, EU:C:2019:457, nonché le sentenze parallele del 12 dicembre 2019, *Procuratori della Repubblica di Lione e di Tours*, C-566/19 PPU e C-626/19 PPU, *Procura Svezia* C-625/19 PPU che vertevano su mandati d'arresto europei emessi ai fini dell'esercizio di un'azione penale. Il *discrimen* tra le due fattispecie di MAE si traduce, dunque, in una differente estensione della portata del principio di tutela giurisdizionale effettiva.

Non può evidentemente tacersi che, nel caso in parola, il mandato di arresto consegue ad una sentenza esecutiva che dispone una pena privativa della libertà nei confronti dell'interessato, adottata all'esito di un procedimento giurisdizionale celebrato, all'interno dello Stato membro emittente, nel rispetto dei requisiti derivanti dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali.

Invero, in una situazione del genere, il sindacato giurisdizionale cui il punto 75 della sentenza OG e PI (*Procure di Lubeca e di Zwickau*) fa riferimento e, che risponde alla necessità di garantire alla persona ricercata sulla base di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena una tutela giurisdizionale effettiva, è realizzato mediante la sentenza esecutiva.

Su tal scia, la celebrazione di un procedimento giurisdizionale che decide sulla colpevolezza della persona ricercata consente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di presumere che la decisione di emettere un mandato d'arresto europeo ai fini

dell'esecuzione di una pena privativa della libertà personale sia scaturita da un procedimento nazionale nell'ambito del quale l'imputato abbia beneficiato di tutte le garanzie proprie dell'adozione di questo tipo di decisione.

Peraltro, la Corte precisa che quando un mandato d'arresto europeo è emesso ai fini dell'esecuzione di una pena, la sua proporzionalità risulta dalla condanna pronunciata, la quale, come emerge dall'art. 2, par. 1, della decisione quadro 2002/584, deve consistere in una pena o in una misura di sicurezza di durata non inferiore a quattro mesi.

4. – In definitiva, con la pronuncia in commento, la Corte ha sottolineato che l'esistenza del ricorso giurisdizionale non rappresenta una condizione per qualificare l'autorità come «autorità giudiziaria emittente» ed ha indicato che spetta agli Stati membri provvedere affinché i loro ordinamenti giuridici garantiscano in modo effettivo il livello di tutela giurisdizionale richiesto mediante norme procedurali da essi attuate e che possono differire da un sistema all'altro. Peraltro, l'istituzione di un diritto di ricorso distinto contro la decisione di emettere un mandato d'arresto europeo costituisce solo una possibilità. Pertanto, anche nel caso in cui il mandato d'arresto europeo sia stato emesso dall'Ufficio di Procura non già ai fini dell'esercizio di un'azione penale, bensì ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà inflitta con una condanna definitiva, la Corte ha stabilito che i requisiti derivanti da una tutela giurisdizionale effettiva non implicano che sia previsto un ricorso distinto contro la decisione adottata da detto Ufficio di Procura. Alla luce dell'*iter* logico giuridico sin ora seguito, il giudice dell'Unione, discostandosi dalle conclusioni rese dall'A.G. nel procedimento *de quo*, ha rilevato che il sistema belga, pur non prevedendo un siffatto ricorso, soddisfa a pieno i requisiti posti dalla propria precedente giurisprudenza evidenziando che, qualora il mandato d'arresto europeo sia diretto all'esecuzione di una pena, il sindacato giurisdizionale è realizzato mediante la sentenza esecutiva su cui esso è fondato. Infatti, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può presumere che la decisione di emettere un simile mandato d'arresto sia scaturita da un procedimento giurisdizionale nell'ambito del quale la persona ricercata ha beneficiato di garanzie riguardo alla tutela dei propri diritti fondamentali. Peraltro, la proporzionalità di tale mandato d'arresto risulta anche dalla condanna pronunciata da un «organo giurisdizionale in senso stretto».

5. – Come è ben noto, la decisione quadro 2002/584 si inserisce in un sistema globale di garanzie relative alla tutela giurisdizionale effettiva introdotte e disciplinate da altre norme dell'Unione, adottate nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, che contribuiscono a facilitare alla persona ricercata sulla base di un mandato d'arresto europeo l'esercizio dei suoi diritti, ancor prima della sua consegna allo Stato membro emittente. Spetta, pertanto, agli Stati membri provvedere affinché i loro ordinamenti giuridici garantiscano in modo effettivo il livello di tutela giurisdizionale richiesto dalla decisione quadro 2002/584, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte, mediante norme procedurali da essi attuate e che possono differire da un sistema all'altro. Posto, dunque, uno *standard* minimo di garanzie, si lascia impregiudicata la possibilità per gli Stati aderenti di optare, a livello interno, per maggiori garanzie.

È il caso dell'ordinamento italiano che, sebbene da un lato abbia attuato la decisione quadro con ritardo rispetto ai tempi programmati in sede europea, dall'altro lato è difficilmente contestabile che con la legge 22 aprile 2005 n. 69 abbia previsto un sistema di garanzie più elevate rispetto allo *standard* degli altri Stati membri dell'Unione (P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019).

Difatti, nella legge 69/2005, la pronuncia di un giudice inteso quale «organo giurisdizionale in senso stretto» è sempre garantita, tanto nella procedura di esecuzione attiva quanto in quella esecuzione passiva. Fermo restando che nelle procedure passive l'ordinamento italiano comunque garantisce, per le verifiche sulla consegnabilità, il

controllo giudiziale da parte della Corte di Appello (cfr. art. 5 della legge 69/2005); in particolare, dall'art. 28 della legge si evince che nella procedura attiva di consegna la competenza ad emettere il mandato di arresto è attribuita o al giudice che ha emesso una misura cautelare, quindi al G.I.P., ovvero al Pubblico Ministero presso il giudice dell'esecuzione che ha emesso, *ex artt. 656 ss. c.p.p.*, l'ordine di esecuzione della pena detentiva o della misura di sicurezza e, dunque, solo per procedere all'esecuzione di una precedente sentenza definitiva.

A conferma della piena giurisdizionalizzazione della procedura realizzata con l'eliminazione del filtro politico, nella fase attiva di esecuzione il Ministro della giustizia, in Italia, svolge compiti di carattere meramente amministrativo, in particolare l'Ufficio del ministero ha il compito di tradurre il MAE nella lingua dello Stato membro di esecuzione e di provvedere al relativo invio (cfr. art. 28). Nessuna ingerenza si realizza da parte dell'esecutivo, come ulteriore conferma del rispetto del requisito dell'indipendenza inteso come garanzia funzionale ad una tutela giurisdizionale effettiva così come stabilito dalla Corte di giustizia.

La disciplina italiana garantisce, inoltre, la piena verifica giurisdizionale del provvedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio e, trattandosi di provvedimenti che incidono sulla libertà personale, il ricorso per cassazione è stata per il legislatore italiano, a ben riflettere, una scelta obbligata estendendosi a questi le garanzie di cui agli artt. 13 e 111 della Costituzione.

Alessia Martinelli
Dip.to fi Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli Parthenope
alessia.martinelli@uniparthenope.it

Su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'UE: fra perfezionamento di un modello internazionale di indipendenza della magistratura e tentativi di riforma del CSM italiano

di Jacopo Mazzuri

Title: On some recent judgments of the EU Court of Justice: between evolution of an international model of judicial independence and attempts to reform the Italian CSM

Keywords: Rule of law; Judges; Judicial Councils.

1. – Quello che è stato recentemente definito il “*constitutional breakdown*” polacco, situato nel più vasto contesto della “crisi dello Stato di diritto” che si starebbe consumando in alcune realtà dell'Europa orientale (cfr. W. Sadurski, *Poland's constitutional breakdown*, Oxford, 2019; A. Angeli, A. Di Gregorio, J. Sawicki, *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”: ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in questa *Rivista*, n. 3/2017), negli ultimi mesi ha dato occasione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di esprimersi ripetutamente in materia di indipendenza della magistratura, principio che è convenzionalmente considerato uno dei pilastri dell'ordine giuridico liberal-democratico (cfr. *ex multis* Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa intitolata *Judges: independence, efficiency and responsibilities (Recommendation CM/Rec/(2010)12 and explanatory memorandum*, del 2010; *Bangalore Principles of Judicial Conduct*, adottati nel 2002 sotto l'egida dell'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga la prevenzione del crimine).

Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze rese dalla Grande Sezione sui due ricorsi presentati *ex art. 258 TFUE* dalla Commissione contro la Repubblica di Polonia nel corso del 2018 (cause C-192/18 e C-619/18), e a quella pronunciata sulle cinque questioni che, nello stesso anno, sono state sollevate in via pregiudiziale (art. 267 TFUE) dalla Corte Suprema di quel paese (cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18) riguardo all'interpretazione da dare al diritto dell'Unione (segnatamente, agli artt. 2 e 19, par. 1 TUE, all'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 9, par. 1 della direttiva 2000/78/CE e all'art. 267, comma 3 TFUE) in riferimento ad una serie di norme legislative interne che avrebbero rischiato (a detta del giudice *a quo*) di portare quell'organo giurisdizionale, almeno parzialmente, sotto l'influenza del potere esecutivo e di quello legislativo.

Al di là delle specificità dei singoli casi, si tratta di decisioni che contribuiscono, insieme ad altre precedenti, a consolidare ed arricchire la giurisprudenza del giudice dell'Unione in materia di indipendenza dell'ordine giudiziario. Lo scopo del presente commento non è tanto quello di proporre un'ulteriore riflessione sul controllo che l'Unione Europea è in grado di effettuare qualora ritenga che i suoi valori fondanti sono

messi a rischio (su cui cfr. A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, su questa *Rivista*, n. 1/2019; N. Lazzerini, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli «anticorpi» dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018); esso mira piuttosto ad evidenziare, da una parte, come il *test* elaborato dalla Corte corrisponda in larga misura allo *standard* emerso negli ultimi decenni a livello internazionale; dall'altra, mettere in relazione il diffuso riferimento ai cd. “Consigli di Giustizia” come presidio dell'indipendenza del Terzo Potere, contenuto anche nelle recenti decisioni della Corte del Lussemburgo, alle vicende che negli ultimi mesi hanno coinvolto il Consiglio Superiore della Magistratura italiano. Alla luce di quanto detto, non saranno oggetto di attenzione i riferimenti alle direttive in materia antidiscriminatoria e di parità di genere, pure contenuti nelle sentenze in esame, giacché essi esulano dall'oggetto dell'indagine per come definito.

2. – Non sarà superfluo riassumere brevemente le vicende giudiziarie prese in esame.

La prima (C-192/18; che però è stata decisa per seconda, il 5 novembre 2019) ebbe origine allorché, inutilmente terminata la fase precontenziosa, la Commissione intese censurare le norme nazionali polacche che, da una parte, introducevano una differenziazione nell'età pensionabile dei magistrati (sia giudicanti, compresi quelli della Corte Suprema, sia del Pubblico Ministero) in base al sesso, imponendone il collocamento a riposo a sessant'anni se donne e a sessantacinque se uomini; dall'altra subordinavano la possibilità di proroga dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, per quanto riguarda i giudici ordinari, al rilascio di un'autorizzazione del Ministro della Giustizia *caratterizzata da ampi margini di discrezionalità*.

Nella seconda (C-619/18, la quale è stata però la prima fra le cause prese in considerazione in questo scritto ad essere definita; sulla decisione cfr. E. Ceccherini, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in questa *Rivista*, n.3/2019) a venir impugnate furono invece alcune disposizioni specificamente relative alla Corte Suprema le quali, abbassata l'età pensionabile per i giudici di tale organo da settanta a sessantacinque anni, costringevano ad un collocamento a riposo anticipato forzoso molti dei suoi membri (per la Corte si sarebbe trattato di “*quasi un terzo dei membri in carica*”: cfr. punto 86 della sentenza) e, simultaneamente, subordinavano l'eventuale proroga dell'esercizio delle funzioni giudiziarie supreme ad un'autorizzazione *discrezionale* del Presidente della Repubblica (questa volta, però, resa previo parere *del Consiglio Nazionale della Magistratura*).

In entrambi i casi i parametri normativi in gioco erano rappresentati, per ciò che concerne l'indipendenza della magistratura (e mettendo da parte la disciplina della parità di trattamento fra uomini e donne di cui alla Direttiva 2006/53/CE, invocata dalla Commissione in C-192/18 ma irrilevante ai fini del presente lavoro), dall'art. 19, par. 1, comma 2 TUE e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (d'ora innanzi, “Carta di Nizza”), i quali consacrano, rispettivamente, l'obbligo per gli Stati di assicurare una “*tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*” (art. 19 TUE) e il diritto di ogni “*persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati*” a godere di un “*ricorso effettivo dinanzi a un giudice*” (art. 47, comma 1 Carta di Nizza), nonché quello di vedere “*la sua causa [...] esaminata [...] da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge*” (art. 47, comma 2 Carta di Nizza).

In ambedue i casi il giudice dell'Unione è pervenuto all'accertamento della violazione degli obblighi dedotti dai Trattati da parte della Polonia, certificando il contrasto dell'ordinamento interno con l'art. 19, par. 1, comma 2 TUE (ma senza far leva sull'art. 47 della Carta di Nizza, la questione dell'applicabilità del quale alle vicende in esame viene sostanzialmente negletta dalla Corte) e accogliendo i due ricorsi

presentati dalla Commissione (sul rapporto fra la norma del Trattato e quella della Carta nella recente giurisprudenza della CGUE, cfr. M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity: How Portuguese judges come to rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 february 2018 Case C-64/16*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2018, 630 ss.; M. Coli, *The Judgment of the CJEU in Commission v. Poland II (C-192/18): the resurgence of infringement procedures as a tool to enforce the rule of law?*, in *www.diritticomparati.it*, 7 novembre 2019).

Nella terza sentenza (cause riunite C-585/18, C-624/18 e 625/18, decise congiuntamente il 19 novembre 2019 e su cui cfr. G. Micheli, *La Corte di Giustizia Ue costruisce i caratteri comuni dell'ordinamento giudiziario europeo*, in *www.questionegiustizia.it*, 8 gennaio 2020), infine, la Corte del Lussemburgo si è pronunciata su cinque articolati quesiti (due relativi alla prima delle cause sopra indicate, tre invece riferibili congiuntamente alla seconda e alla terza), sollevati con riferimento a disposizioni della legge sulla Corte Suprema polacca del 2017 (la stessa che conteneva anche le norme sull'anticipo del collocamento a riposo censurate dalla Commissione in C-619/18) relative alla neoistituita Sezione disciplinare, che per l'occasione avrebbe dovuto fungere anche da giudice in materia lavoristica. Nello specifico, veniva messo in dubbio che essa potesse essere considerata “*un organo giurisdizionale indipendente ai sensi del diritto dell'Unione*”, poiché il procedimento previsto per l'individuazione dei suoi membri prevedeva che il Presidente della Repubblica (investito del potere di nomina) acquisisse preliminarmente il parere del Consiglio Nazionale della Magistratura, il quale tuttavia non avrebbe in sé offerto garanzie di indipendenza tali da assicurare che l'iter rimanesse scevro da indebite influenze politiche: di conseguenza, la concreta composizione e il funzionamento della Sezione sarebbero risultati viziati da ingerenze della maggioranza di turno sì da renderne impossibile la qualificazione come “giurisdizione” ai sensi dei Trattati e del diritto derivato, e da imporre (a detta del giudice del rinvio) la disapplicazione delle norme che radicavano in essa la competenza sulle controversie *a quo* in favore della Sezione per il lavoro e la previdenza sociale della medesima Corte (appunto, quella avanti cui sono state instaurate le controversie da cui sono originati i giudizi in oggetto).

Pronunciandosi, la Corte di Giustizia ha chiarito che *laddove la normativa nazionale su di un organo investito di funzioni giurisdizionali relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione* (come appunto nel caso di specie, trattandosi di materia pensionistica rientrante nell'ambito di applicazione della già ricordata direttiva 2000/78/CE) *non assicuri l'indipendenza e imparzialità dello stesso* (anche, si capisce, in ragione della modalità di selezione dei suoi componenti) garantite dall'art. 47 della Carta di Nizza (e, nel caso di specie, dall'art.9, par. 1 della direttiva 2000/78/CE), è compito del giudice nazionale che rileva questa difformità disapplicare il diritto interno contrastante con quello euro-unitario (*scilicet*, le norme sulla competenza della Sezioni disciplinare della Corte Suprema). Si nota inoltre come, pur non richiamando il dispositivo tali norme in modo espresso, nelle motivazioni la Corte afferma che la medesima conclusione potrebbe essere tratta partendo dagli artt. 2 e 19, par. 1, comma 2 TUE (mentre nega che il terzo comma dell'art. 267 TFUE, pur richiamato dal giudice polacco, avesse attinenza alla controversia).

3. – Orbene, non è questa la sede per svolgere considerazioni specificamente attinenti al diritto dell'Unione Europea, che pure la giurisprudenza in esame suggerirebbe - si pensi alla definizione del campo di applicabilità dell'art. 47 della Carta di Nizza rispetto all'art. 19 TUE. Piuttosto, si vuole qui evidenziare come nelle pronunce or ora sintetizzate sia tratteggiato, come in un'efficace (per quanto parziale) sinossi, un piccolo “decalogo” in materia di indipendenza della magistratura e autonomia dell'ordine giudiziario, i cui precetti vengono scolpiti e consacrati a livello euro-unitario. In particolare, esso permette di apprezzare quanto la Corte, invero senza troppe sorprese,

nell'ottica della tutela dei diritti fondamentali *valorizzi la separatezza degli organi giudicanti dai poteri* (sia legislativo che esecutivo) *espressivi dell'indirizzo politico di maggioranza*.

Molteplici sono dunque gli elementi dello *standard* fissato dal giudice dell'Unione, sia nelle pronunce prese in esame sia in precedenti non troppo distanti nel tempo (si ricordino, in particolare, i casi *Associação Sindical dos Juizes Portugueses e Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, entrambi decisi nel 2018), e frutto tanto del perfezionamento della sua giurisprudenza pregressa quanto del dialogo intrecciato con l'altra grande giurisdizione sovranazionale del continente, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. G. Raimondi, *L'indipendenza delle corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano 2019, 77 ss). Se ne tenta un elenco il più possibile analitico, con l'avvertenza che esso (non sembra superfluo ricordarlo) è riferibile ai giudici nazionali, data l'origine della sua "codificazione" e salve le evidenti corrispondenze con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, solo nella misura in cui tali organi sostanzialmente esercitano la funzione di "giudice dell'Unione Europea".

(a) alla funzione giudiziaria è, per così dire, connaturata l'indipendenza di chi la esercita. In altre parole, non è solo inopportuno ma addirittura impensabile che un giudice possa dipendere da altri organi dello Stato, pena la perdita di un "*requisito* [...] *intrinsecamente connesso al compito di giudicare*" (per tutti, sentenza 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia*, punto 106; per quanto riguarda la CEDU è noto che l'indipendenza dei tribunali è espressamente prevista, anche se in una prospettiva processuale, dall'art. 6, par. 1 della Convenzione);

(b) l'indipendenza delle autorità giurisdizionali è il risultato della combinazione di due fattori, che la Corte individua come "fattore esterno" e "fattore interno". (b1) Il primo, situato al livello dell'organizzazione giudiziaria, consiste nell'assenza, per il giudicante, di vincoli gerarchici o comunque di subordinazione rispetto ad altri organi (nonché, chiaramente, nella contestuale impossibilità di ricevere ordini o istruzioni da alcuno). Ciò, al fine di porre il magistrato al riparo da indebite influenze che potrebbero sistematicamente compromettere la sua capacità di decidere con serenità, ossia "l'indipendenza di giudizio". (b2) Il secondo consiste nell'imparzialità del giudice (espressamente richiamata, non a caso, dall'art. 47 della Carta di Nizza), intesa come "equidistanza dalle parti della controversia" (per tutti, *Commissione c. Polonia*, cit., punti 109-110; per la Corte EDU *ex multis* cfr. *Kyprianou c. Cipro* (GC), 15 dicembre 2005, parr. 118-9; *Micallef c. Malta* (GC), 15 ottobre 2009, par. 93);

(c) l'indipendenza "bicefala" appena tratteggiata necessita che siano soddisfatti una serie di requisiti sul piano dell'organizzazione giudiziaria e processuale, rappresentati (ma l'elenco non pare esaustivo, solo esemplificativo) da regole idonee a garantire tale risultato in materia di composizione degli organi esercenti la giurisdizione, di nomina del personale giudiziario, di permanenza di quest'ultimo nelle funzioni, di astensione, ricusazione e revoca dei giudici (per tutti, sentenza 19 novembre 2019, *A. K. e altri c. Sqd Najwyższy*, punto 123; per la Corte EDU, *ex multis* cfr. *Maktouf e Damjanović* (GC), 18 luglio 2013, parr. 48 ss.);

(d) i giudici devono essere inamovibili dal loro incarico, sia esso con o senza termine, e tale regola può conoscere eccezioni solo in presenza di motivi legittimi e imperativi (non ricorrenti nei casi presi in esame) e, comunque, salvo il rispetto del principio di proporzionalità (per tutti, *Commissione c. Polonia*, cit., punti 113 e 115; per la Corte EDU, *ex multis* cfr. *Baka c. Ungheria* (GC), 23 giugno 2016, parr. 116-8);

(e) la revoca del giudice dall'incarico è sicuramente legittima se si configura come sanzione disciplinare; tuttavia, in questo caso, sarà necessario: (e1) che l'illecito disciplinare e la relativa sanzione siano puntualmente previsti dalle norme vigenti; (e2) che a infliggere la sanzione sia "*un organo* [a sua volta, Ndr] *indipendente*"; (e3) che la

sanzione sia applicata a conclusione di una procedura informata a principi garantistici, con particolare riferimento agli artt. 47 e 48 della stessa Carta di Nizza (i quali, in questo caso, sembrerebbero citati come esempi di principi valevoli al di là dell'estensione del campo applicativo della Carta); (e4) che il provvedimento disciplinare sia impugnabile di fronte ad un organo giurisdizionale (per tutti, *Commissione c. Polonia*, cit., punto 114; per la Corte EDU, *ex multis* cfr. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, 6 novembre 2018, par. 193 e ss.);

(f) per quanto la sua istituzione non sia obbligatoria, è consigliata la creazione di un "Consiglio di Giustizia" (su tutti, cfr. M. Volpi, *I Consigli di Giustizia in Italia e in Europa: un quadro comparativo*, ora in E. Albamonte, P. Filippi (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Milano, UTET, 2009, 3 ss.) chiamato (quanto meno) a partecipare all'amministrazione del personale giudiziario, il quale: (f1) sia posto in posizione di indipendenza sia dal potere legislativo che da quello esecutivo nonché, nel caso in cui le sue funzioni siano classificabili come consultive, dall'autorità destinataria del parere; (f2) emetta atti motivati e il cui contenuto sia informato a criteri di obiettività e pertinenza (f3); emetta atti giustiziabili, quantomeno sotto il profilo della legittimità e degli errori più macroscopici nella valutazione dei fatti cui si riferiscono. Non sembra invece necessario che questo organo coincida con quello di giustizia disciplinare (argomentando *ex* sentenza del 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, punti 116-117; *A. K. e altri c. Sąd Najwyższy*, cit., punti 136 e ss.);

(g) qualora non sia istituito un "Consiglio di Giustizia" (ovvero laddove esso sia presente, ma eserciti soltanto funzioni consultive), l'organo chiamato ad adottare i provvedimenti relativi ai magistrati, che eventualmente potrà essere anche un organo politico, dovrà adempiere a questo compito secondo "requisiti sostanziali e modalità procedurali" il cui rispetto sia sufficiente a fugare ogni dubbio, purché legittimo, "in merito all'impermeabilità dei giudici interessati rispetto a elementi esterni e alla loro neutralità rispetto agli interessi contrapposti"; in altre parole, tali "requisiti sostanziali e modalità procedurali" (che la Corte, nei casi presi in esame, ha avuto modo di indicare nei criteri "oggettivi e verificabili" sulla cui base emettere il provvedimento; nella motivazione dello stesso; nella sua impugnabilità di fronte a un giudice) dovranno essere tali da assicurare che l'esercizio del potere da parte dell'organo preposto non possa mai essere l'occasione per caricare il magistrato interessato di pressioni esterne che, compromettendo la sua indipendenza, possano metterne a repentaglio l'imparzialità di giudizio (argomentando, su tutti, *ex A. K. e altri c. Sąd Najwyższy* punti 124 e ss.). Parrebbe fra l'altro che questo ultimo punto non sia riferibile esclusivamente al caso in cui il provvedimento venga adottato da un organo politico, giacché i valori garantistici che stanno alla sua base ne dovrebbero imporre il rispetto (a parere di chi scrive, e come confermano anche i passaggi delle sentenze cui si fa riferimento *sub* f2) e f3)) anche nell'ipotesi in cui tale atto sia di competenza di un "Consiglio di Giustizia".

Nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, la Corte identifica la base normativa di questi principi nell'art. 19, par.1, comma 2 TUE, a sua volta espressivo della clausola sui "valori fondanti" di cui all'art. 2 dello stesso Trattato (come accennato, un diverso discorso andrebbe fatto riguardo all'art. 47 della Carta di Nizza, alla quale sembra lecito far riferimento soltanto laddove si ricada nell'ambito delle competenze del diritto dell'Unione – ad esempio, si veda la controversia che ha originato la terza delle sentenze esaminate). Come era stato già enunciato nella sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, infatti, partendo dalla premessa che i giudici nazionali non sono avulsi dal contesto dell'interpretazione e applicazione del diritto euro-unitario ma ne sono piuttosto co-protagonisti, la Corte ha concluso che gli Stati sono tenuti a garantire l'indipendenza di questi loro organi proprio al fine di assicurare una "tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione" (come, appunto, recita l'art. 19 TUE; il diritto a una simile garanzia, fra l'altro, viene da tempo qualificato dalla Corte come "principio generale" dell'ordinamento dell'Unione derivato dagli artt. 6 e 13 della CEDU).

In particolare, e a conferma di quanto già sottolineato più sopra, nei tre casi presi in esame non hanno superato il *test* in questione: (a) l'attribuzione all'autorità politica (Ministro della Giustizia o Presidente della Repubblica) di ampi poteri discrezionali relativi alla proroga delle funzioni giudiziarie oltre l'età pensionabile introdotta con contestuale novella legislativa; (b) l'abbassamento repentino di tale età (che viene letto dalla Corte di Giustizia come una violazione del principio di inamovibilità dei giudici); (c) anche se sulla base di considerazioni più sfumate, siccome rese nella causa pregiudiziale rimettendo la valutazione definitiva al giudice *a quo*, un combinato di elementi coinvolgente l'assetto e (soprattutto) la concreta genesi e il funzionamento del "nuovo" Consiglio Nazionale della Magistratura polacco come riformato nel 2017 dal legislatore statale.

4. – Per parte sua, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ripetutamente confermato che, qualora sia adita per violazione del diritto ad un giusto processo davanti un "independent and impartial tribunal established by law" di cui all'art. 6, par. 1 CEDU (nella misura, appunto, in cui tale lesione discenda da una mancanza di imparzialità o indipendenza del giudicante), essa si premunirà di indagare in primo luogo "the manner of appointment of the body's members, the duration of their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence" (come si legge anche in *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, cit., par. 144); ebbene, per quanto il giudice di Strasburgo sembri restio ad imporre agli Stati aderenti alla Convenzione uno specifico modello di organizzazione dei poteri dello Stato, in specie per quanto riguarda le garanzie di indipendenza e imparzialità di chi esercita la funzione giudiziaria (cfr. G. Raimondi, cit., 86), non si può tuttavia non notare che esso, come già accennato, è giunto caso per caso a conclusioni in larga parte sovrapponibili a quelle della Corte del Lussemburgo per quanto riguarda la maggioranza dei punti sopra elencati (con l'eccezione di (f) e (g), su cui non risultano pronunce apprezzabili). In particolare, è degno di nota come nella giurisprudenza del giudice della Convenzione emerga il costante riferimento alla necessità che gli ordinamenti nazionali assicurino non solamente una imparzialità "effettiva" dell'organo giurisdizionale quanto, in aggiunta, anche quella "apparenza di imparzialità" indispensabile a mantenere viva la "fiducia nei giudici" (la quale, insegna la Corte, sarebbe a sua volta un elemento essenziale per la tenuta di una società democratica; cfr. *Findlay c. Regno Unito*, 25 febbraio 1997, par. 73).

Dunque, a livello europeo, da una parte gli artt. 19, par. 1, comma 2 TUE e 47 della Carta di Nizza, dall'altra l'art. 6 CEDU, hanno costituito le basi per lo sviluppo di una giurisprudenza sovranazionale da cui è emerso (o meglio, è tuttora in emersione) un "modello europeo di indipendenza della magistratura" capace di condizionare, se non proprio di determinare (si pensi all'effetto, nell'ordinamento polacco, dei due giudizi *Commissione c. Polonia*), l'assetto degli ordinamenti giudiziari nazionali. Indipendenza che, è appena il caso di ripeterlo, si predica in primo luogo con riguardo ai poteri "politici" dello Stato.

La fisionomia dello stesso tuttavia non è da ricercarsi solamente nella giurisprudenza or ora ricordata quanto, e forse in primo luogo, in un lungo elenco di documenti internazionali, elaborati primariamente in seno al Consiglio d'Europa, che negli ultimi decenni si sono concentrati proprio su questo oggetto (sul tema cfr. già il saggio di L. Montanari, *L'indipendenza della magistratura in Europa: verso un modello comune di garanzie?*, in R. Toniatti, M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri costituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, 103-118).

L'interesse per la materia, che travalica i confini europei, sembra concretizzarsi soprattutto negli anni '80 (si vedano il *New Delhi Code of Minimum Standards of Judicial Independence* prodotto dalla *International Association of Judicial Independence and World*

Peace, e il documento ONU *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, adottato dal VII Congresso ONU sulla prevenzione del crimine e sul trattamento dei delinquenti, tenutosi a Milano nel 1985), anche sulla scorta di disposizioni contenute nella stessa Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (art. 10, che fa riferimento ad un “*independent and impartial tribunal*” per la risoluzione delle controversie civili e penali) e nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (che all'art. 14, par. 1 fa anch'esso riferimento ad un “*independent and impartial tribunal established by law*”); negli anni seguenti, come detto, ad essa è stata ripetutamente dedicata attenzione da parte degli organi del Consiglio d'Europa (si vedano in particolare le due raccomandazioni adottate dal Comitato dei Ministri nel 1994 e nel 2010: *Recommendation No. R (94)12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges*; *Recommendation CM/Rec/(2010)12*, cit.) e, in particolare, dalla Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (cd. “Commissione di Venezia”; in particolare, si ricorda il *Report on the Independence of the Judicial Systems Part. I: the Independence of the Judges*, del 2010). Nella produzione documentale di queste istituzioni vengono univocamente confermati, *inter alia*, l'essenzialità dell'indipendenza della giurisdizione, il principio dell'imparzialità di chi la esercita, i requisiti che l'ordinamento giudiziario e processuale devono soddisfare al fine di assicurare il rispetto di questi due obiettivi, i caratteri garantistici di una buona giustizia disciplinare (per un'efficace sintesi, oltre il *Report* della Commissione di Venezia, cfr. *Universal Charter of the Judge*, adottata a Taipei nel 1999 dall'Unione Internazionale dei Magistrati e emendata nel 2017; *Mount Scopus International Standards of Judicial Independence*, approvati a Londra nel 2018 dalla *International Association of Judicial Independence and World Peace*). Le medesime fonti, inoltre, mostrano una costante inclinazione a suggerire che certi aspetti essenziali del governo dell'ordine giudiziario (ciò che Alessandro Pizzorusso chiamava l'“amministrazione della giurisdizione”; cfr. A. Pizzorusso, *Organi giudiziari*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 92-93) siano devoluti a quei “Consigli di Giustizia” di cui proprio il Consiglio Nazionale della Magistratura polacco coinvolto in almeno due delle vicende giudiziarie da cui prende le mosse questo scritto è (o, almeno, dovrebbe essere) un esemplare.

Con particolare riferimento a questi organi di garanzia, vale la pena di precisare:

a) che è raccomandata l'istituzione di tali Consigli al fine di attribuire alla loro competenza l'amministrazione del personale giudiziario (promozioni, assegnazioni, etc.); e che tuttavia, qualora si ritenga di non riservare ad essi tali decisioni, è pur sempre auspicabile che le stesse siano adottate *secondo criteri oggettivi* e prevedendo un *intervento* (anche se, appunto, non decisivo) *da parte di organi costituiti ad hoc* (*Report on the Independence of the Judicial Systems Part. I: the Independence of the Judges*, cit., punto 32);

b) che il “Consiglio di Giustizia” dovrebbe, preferibilmente: b1) essere composto *esclusivamente* o *in maggioranza* da giudici; b2) essere *eletto* da giudici; b3) essere *rappresentativo* del corpo dei giudici (*ibidem*);

c) che è raccomandata l'istituzione di un organo *ad hoc* per l'esercizio della giustizia disciplinare; esso, anche qualora non coincida col “Consiglio di Giustizia”, dovrebbe pur sempre essere dotato di caratteristiche almeno in parte simili ad esso (*Report*, cit., punto 43).

Proprio quest'ultimo punto, che rievoca aspetti non secondari delle tre decisioni in commento (il contrasto tra il diritto dell'Unione e quello polacco, infatti, è stato rilevato anche in base al modo in cui il Consiglio Nazionale della Magistratura era stato riformato dal legislatore nazionale; e all'attribuzione di un aspetto sensibile del governo della stessa, la decisione sulla proroga delle carriere, ad autorità politiche), suscita alcune riflessioni anche con riguardo al caso italiano.

5. – Ora, è chiaro come la forma che il sistema giudiziario polacco stava (o meglio, *stant'* è che a ottobre è stata avviata dalla Commissione la causa C-791/19, in cui di nuovo

si impugnano norme in materia di giustizia disciplinare) assumendo in seguito alle riforme contestate avanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea non corrisponde allo *standard* che si è cercato di tratteggiare, come è stato accertato *in primis* proprio dal giudice dell'Unione; l'osservatore italiano, peraltro, potrebbe trovare quasi banale l'elencazione dei principi ora riassunti, giacché essi sono radicati così profondamente nel nostro ordinamento da apparire scontati (a prova di ciò, si consultino le principali trattazioni sistematiche in materia di ordinamento giudiziario; su tutte, le più recenti: S. Bartole, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2012; F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2018; N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019).

Se tuttavia si presta attenzione a un contenuto ricorrente in molti di essi, ossia l'idea che l'indipendenza del potere giudiziario implica la recisione dei suoi legami istituzionali con i poteri cd. "politici" (legislativo ed esecutivo), e soprattutto al modo in cui essa ha trovato attuazione in Italia, ossia precipuamente tramite l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura, lo stato dell'arte sembra meno pacifico. Infatti, una volta ammesso che l'indipendenza dei giudicanti (e anche dei requiranti) italiani è indissolubilmente legata alla presenza del nostro "Consiglio di Giustizia" (già definito "pietra angolare" dell'ordinamento giudiziario dalla Corte Costituzionale: sent. 4/1986, par. 6), non si può non registrare come allo stesso tempo il medesimo sia sovente al centro di discussioni più o meno infuocate, condotte tanto fra gli esperti del settore che nel più ampio dibattito pubblico, politico e giornalistico. Esse, come si dirà, non possono però essere tenute separate dal discorso internazionale portato avanti sullo stesso argomento.

La necessità di interporre un "diaframma" tra potere politico (in particolare il Ministro della giustizia, nelle varie denominazioni da questo avute nel tempo) e apparati giurisdizionali è stata avvertita nella storia degli ordinamenti giudiziari italiani almeno sin dagli anni '80 del XIX secolo, portando all'istituzione di organi in varia misura antesignani dell'attuale CSM (cfr. su tutti G. Ferrari, *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, 2-5); in questa prospettiva, la scelta di "blindare" l'indipendenza della magistratura proprio tramite la costituzionalizzazione del Consiglio Superiore (art. 104 e ss. Cost.; previsioni attuate, come noto, solo con l'entrata in vigore della l. 24 marzo 1958, n. 195, da allora modificata numerose volte) e l'attribuzione ad esso della delicatissima riserva di competenza scolpita nell'art. 105 della Carta fondamentale, quasi tale indipendenza si riducesse altrimenti a un *flatus vocis*, si può dunque considerare l'epilogo di un percorso pluridecennale che, per quanto accidentato, non fu mai completamente interrotto (un pur debolissimo CSM era previsto anche nel testo originario del r. d. 30 gennaio 1941, n. 12 - cd. ordinamento "Grandi", tuttora in parte vigente - agli artt. 213-216).

Ebbene, proprio nella primavera dell'anno passato la stampa ha reso nota (invero, come parte di un intreccio molto più vasto) la partecipazione di alcuni membri del CSM a discussioni e incontri riservati insieme a uomini politici, al supposto fine di determinare secondo logiche di appartenenza "correntizia" l'assegnazione di un importante incarico direttivo (*Nomine, così è montato lo «scandalo» al Csm*, in *www.ilsole24ore.com*, 5 giugno 2019). Ancora non risulta alcun accertamento giudiziario che certifichi eventuali responsabilità penali, ma il fatto in sé che tale decisione stesse maturando in un contesto come quello ricostruito dai giornali e dalle televisioni è ben lungi dall'essere commendevole. Nel clamore mediatico comprensibilmente suscitato dalla vicenda non ci si è però limitati a stigmatizzare il comportamento dei protagonisti, ma in esso hanno anzi trovato nuovo vigore alcune critiche (cfr. *infra*) al "disegno" dell'organo di governo autonomo della magistratura italiana, in buona parte (è qui il punto di nostro interesse) attinenti proprio a quelle sue caratteristiche che, paradossalmente, ne hanno fatto un "*export model*" (prendendo in prestito l'espressione da S. Benvenuti, D. Paris, *Judicial Self-Government in Italy: Merits, Limits and the Reality of an Export Model*, in *German Law Journal*, 19, 2018, 1641 ss., che pure non gli

risparmiano critiche) di livello quantomeno continentale. Non sarebbe peraltro corretto affermare che tali rilievi vengono mossi ora per la prima volta: essi appartengono, come detto, a un dibattito pubblico da anni impegnato a discutere di una “riforma del CSM” (la quale è stata oggetto, anche solo parzialmente, di più di una commissione ministeriale: da ultimo, si ricordi il lavoro di quella presieduta dall'ex Guardasigilli Luigi Scotti, che ha funzionato presso il Ministero della Giustizia fra il 2015 e il 2016).

Senza voler divagare sulla *vevatissima quaestio* delle cd. “separazione delle carriere” fra magistrati giudicanti e magistrati requirenti, che pure inciderebbe anche sulla fisionomia del Consiglio Superiore (a tal proposito, si ricordi che è tuttora pendente presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati una p. d. l. costituzionale, A. C. 14, che prefigura un vero e proprio “sdoppiamento” del CSM), ci si limita qui a individuare alcuni aspetti della medesima i quali, a detta di alcuni commentatori nonché, a giudicare dalla produzione documentale di organi parlamentari e governativi, di una parte consistente del mondo politico, costituirebbero “punti di debolezza” e non già “punti di forza” di questa colonna portante del “modello italiano di ordinamento giudiziario” (secondo la formula di A. Pizzorusso; cfr. *art. 108*, in *La Magistratura*, III, in *Commentario alla Costituzione a cura di Giuseppe Branca*, Bologna-Roma, 1992, 12 ss.).

Facendo riferimento ad alcuni dei caratteri già individuati *supra*, è cosa nota che si è di recente messa nuovamente in discussione l'elettività diretta dei consiglieri “togati” del CSM (cfr. già l'art. 5 del d. d. l. costituzionale presentato nella XVI legislatura dal Governo Berlusconi III, A. C. 4275), espressamente prevista dall'art. 104, comma 3 Cost., proponendo di integrarla con un sorteggio successivo ad una prima fase elettorale: in questo senso andava la riforma proposta del Ministro della Giustizia, On. le Bonafede, poi ritirata; e va tuttora, pur premettendo il sorteggio all'elezione, la p. d. l. A. C. 1919 (art. 1, comma 1, lett. n) ss.; per un'opinione pubblicata sulla stampa in favore di tali iniziative, cfr. L. Violante *Un'idea di sorteggio per il Csm: è in gioco la libertà*, in *www.ilfoglio.it*, 31 maggio 2019). Inoltre, pur senza arrivare di solito a mettere formalmente in discussione la prevalenza numerica degli esponenti dall'ordine giudiziario in seno al collegio (al momento risulta costituire un'eccezione solo il d. d. l. costituzionale Vitali, A. S. 284, che all'art. 2 comprime la componente togata a un terzo dei membri non di diritto in ognuno dei due CSM in esso previsti), si è in più occasioni proposto di ridurre la stessa alla mera presenza di un singolo membro di diritto (il Primo Presidente della Corte di Cassazione; ovvero, in un ipotetico consiglio “separato” per i magistrati requirenti, il Procuratore Generale presso la medesima Corte), mentre gli altri seggi dovrebbero essere ripartiti in egual misura fra essi e i “laici” (si badi, senza contare che comunque la presidenza rimarrebbe affidata al Capo dello Stato): in tal senso, cfr. A. C. 14, cit., artt. 3 e 5; e, due legislature fa, A. C. 4275, art. 5. Quest'ultimo inoltre sottraeva al CSM l'esercizio della giurisdizione disciplinare, ponendo fine ad uno storico cumulo di funzioni diverse (di natura sia amministrativa che giurisdizionale) in capo al medesimo organo di governo autonomo e segnando così un ritorno all'età pre-costituzionale – laddove, se a livello internazionale tale “ibridazione” dello stesso non è espressamente consigliata, sembra però essere suggerita come la soluzione più naturale (A. C. 4275, art. 7; di questo avviso fu pure la Commissione bicamerale cd. “D'Alema”, cfr. art. 125 del testo finale prodotto ma, come noto, mai votato dalle Camere).

Non si tratta certo di iniziative estemporanee e fini a sé stesse: esse piuttosto discendono dalla (a giudicare dalla recente cronaca, non del tutto infondata) constatazione di alcuni difetti che si sono palesati nel funzionamento concreto del Consiglio, originati da determinati aspetti della sua disciplina costituzionale e legislativa, o che comunque verrebbero esasperati dagli stessi. In generale si mette sotto accusa il cd. “correntismo”, espressione deteriore dell'associazionismo giudiziario, che avrebbe degradato il governo della magistratura a brutale scontro tra fazioni contrapposte (nel caso balzato agli onori delle cronache nel 2019, coinvolgenti anche esponenti politici interessati a “pilotare” dall'esterno alcune nomine grazie ai loro

legami con figure di peso all'interno delle "correnti") al fine di ottenere il controllo sostanziale delle delicate funzioni consiliari tramite la conquista da parte dei proprio affiliati, consiliatura dopo consiliatura, della maggioranza dei seggi in palio (da ultimo, N. Zanon, F. Biondi, *Chi abusa dell'autonomia rischia di perderla*, in *Forum Quad. Cost.*, 27 giugno 2019; G. Cerrina Feroni, *Riflessioni sul caso Csm (e dintorni) che tocca anche la Toscana*, in *corrierefiorentino.corriere.it*, 10 luglio 2019). Orbene, l'idea che sembra animare tentativi di riforma come quelli summenzionati, anche a leggerne le relazioni introduttive, sembra essere che ciò avverrebbe proprio a causa della trasformazione del CSM in un "piccolo parlamento" dei magistrati, mutazione che si imputerebbe *in primis* alla sua diretta elettività (art. 104, comma 3 Cost., già citato) nonché, simultaneamente, alla strutturale minoranza dei membri scelti dal parlamento "vero" (sempre art. 104, comma 3 Cost.) e al simultaneo accentramento in esso di poteri (anche oltre il già ricordato art. 105 della Carta; cfr. in particolare artt. 10 e 10-bis, l. 195/1958; per non dire dei poteri cd. "impliciti", su cui, criticamente, S. Franzoni, *I giudici del Consiglio Superiore della Magistratura*, Torino, 2014, 18 ss.) che lo rendono il vero *dominus* della vita professionale di tutti gli appartenenti all'ordine giudiziario (sull'effetto negativo per l'indipendenza interna del magistrato della "correntizzazione" del CSM, cfr. da ultimo S. Benvenuti, D. Paris, *Judicial Self-Government in Italy: Merits, Limits and the Reality of an Export Model*, cit., 1655-1659).

Non è questa la sede per svolgere valutazioni analitiche sulla fondatezza di queste critiche e sull'opportunità delle soluzioni proposte, specie in relazione alla possibile devianza di alcune di esse rispetto al modello *standard* più sopra delineato; peraltro, come è stato giustamente ricordato anche recentissimamente (F. Dal Canto, *Verso una nuova legge elettorale del CSM: contrastare la lottizzazione preservando il pluralismo*, in *Forum Quad. Cost.*, 16 luglio 2019), bisogna sottolineare che ogni riforma del CSM, pure auspicata, deve necessariamente fare i conti con una questione di carattere generale, la quale ne costituisce l'indefettibile presupposto: come già accennato, si tratta di scegliere se si vuole riconoscere nel Consiglio un organo "amministrativo", secondo una concezione sicuramente più coerente con la *ratio* della sua originaria introduzione; oppure si vuole accettare (se non proprio abbracciare) l'evoluzione che esso ha avuto nella storia costituzionale repubblicana. Nel primo caso, tutto ciò che si chiede al Consiglio Superiore è di "sterilizzare" il rapporto fra poteri politici e potere giudiziario, e in particolare di scongiurare le "perniciose commistioni" (l'espressione è di Piero Calamandrei, in *Governo e Magistratura, Opere giuridiche*, II, Napoli, 1966, 202) del potere esecutivo con l'attività magistratuale. In questa prospettiva, è comprensibile che ogni sviluppo che lo conduca ad essere qualcosa di diverso da un collegio "tecnico", possibilmente dedito al disbrigo di un'attività in larga parte vincolata, possa essere addirittura malvisto; da qui, lo scetticismo (se non l'aperta contrarietà) nei confronti di tutto ciò che al contrario contribuisce a trasformarlo in un organo, in qualche misura, rappresentativo di un ordine (appunto, elezione della maggioranza dei suoi membri da parte dei magistrati stessi e simultanea concentrazione in esso di tutti gli aspetti della "amministrazione della giurisdizione"), anche a prescindere dalle degenerazioni che ne possono oggettivamente discendere (s'intenda, il "correntismo"). Tuttavia, se si tiene in considerazione proprio la struttura dell'organo per come costituzionalmente delineata, si può concludere che è altrettanto legittimo vedere in esso, invece, proprio la sede in cui una pluralità di vedute relative all'amministrazione della giustizia, provenienti tanto da dentro (i membri "togati") quanto da fuori (i membri "laici", professori e avvocati) il corpo giudiziario, trovano modo di incontrarsi e concorrere alla concreta gestione del sistema-giustizia (gestione parziale, stanti comunque le competenze ministeriali *ex art.* 110 Cost.): da questo diverso punto di vista, differentemente da quanto detto poco sopra, è chiaro come siano perciò benvenute tutte quelle misure (*in primis* l'elezione della componente togata, preferibilmente con formula proporzionale) che garantiscono a tale "pluralismo culturale" di esprimersi facendo del Consiglio un organo davvero "rappresentativo", per alcuni studiosi addirittura espressivo di un proprio indirizzo

politico “di settore” (F. Dal Canto, cit., 2-4; G. Silvestri, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2017, 22 ss.). Ciò non significa, ovviamente, che il Consiglio Superiore della Magistratura sia perfetto così com'è né tantomeno che è legittimo rimanere inerti di fronte a episodi inaccettabili come quelli venuti alla luce di recente; né, ancora, che la reazione non possa tradursi anche in interventi legislativi. Vuol dire però che ogni riforma dovrà fare i conti con questa alternativa di fondo per poter trovare una sua intima coerenza. Detto ciò, rimane fermo un fatto: che si voglia aderire a una visione o all'altra di ciò che il Consiglio è o deve essere, la ragione della sua esistenza continua a risiedere nella garanzia dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, come d'altronde risulta da una facile interpretazione della Costituzione: peraltro, se fino a non troppi anni fa la Carta rimaneva l'esclusivo metro di legittimità di ogni “riforma del CSM” che venisse proposta (e in fondo, nel rispetto delle dovute procedure, essa stessa è un atto perlopiù modificabile da parte del legislatore italiano), oggi, come già detto in linea generale *supra* con riguardo all'indipendenza della magistratura, non si può invece prescindere dall'esistenza di un “tipo ideale di Consiglio di Giustizia” delineato in seno alla comunità internazionale – o quantomeno, alla comunità internazionale degli esperti di sistemi giudiziari - e dal valore che tale parametro, non da ultimo grazie all'opera di giudici come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, può oramai assumere anche per il legislatore nazionale.

6. – Tornado dunque alle tre pronunzie da cui ha preso le mosse questo scritto, va innanzitutto chiarito come nessuno degli elementi dello *standard* elaborato della Corte del Lussemburgo, che qui si è cercato di riassumere nel modo più analitico possibile, appaia apertamente contraddetto dalle riforme costituzionali e legislative in materia di giustizia di cui variamente si discute nel nostro Paese (unica eccezione, il d. d. l. Vitali); né sembrano potersi trarre conclusioni diverse con riferimento agli orientamenti espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Invece, se si volge l'attenzione alla copiosa *soft law* in materia di indipendenza della magistratura prodotta a livello europeo e globale, almeno un elemento è apparso seriamente problematico: la rinuncia alla selezione dei membri “togati” del CSM per mezzo di un'elezione diretta da parte dei loro colleghi (proposta d'altronde infine ritirata dal suo stesso autore) si poneva infatti in palese contraddizione con quanto a più riprese suggerito in tutti i documenti di cui essa si compone.

Più del dettaglio delle misure proposte, però, colpisce lo spirito generale che anima molte di esse e, per dir così, la direzione in cui sembrano muoversi. In larga misura, infatti, più che a operare un rafforzamento delle garanzie di imparzialità e indipendenza dei giudici, il quale può (deve?) benissimo coniugarsi con una riforma del loro organo di governo autonomo, esse sembrano mirare all'obiettivo in sé di “devitalizzare” il Consiglio Superiore tramite una serie di operazioni (fra quelle già passate in rassegna: la riduzione del numero e della qualità delle sue funzioni; il sorteggio dei suoi membri; la perdita parziale della sua capacità di rappresentare il corpo giudiziario; addirittura, il suo “sdoppiamento” fra consiglio “dei giudicanti” e consiglio “dei requirenti”) che ne riducano studiatamente l'influenza sulla vita dei magistrati italiani e, più in generale, la presenza sulla scena pubblica. L'obiettivo, come già detto, in teoria può essere anche legittimo: sembra altrettanto legittimo, d'altronde, osservare come tale linea di condotta si ponga in oggettiva controtendenza rispetto all'indirizzo segnato dalla giurisprudenza “europea” in commento – la quale ha proprio l'obiettivo di tutelare la separazione fra “politica e giustizia”, e così preservare un fondamentale dello Stato di diritto in quei contesti in cui esso sembra essere entrato in crisi (come mette bene in luce l'*Introduzione* dei tre curatori a G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, cit., XIII ss.). Volendosi porre nell'ottica del legislatore italiano, chi scrive

osserva come il “decalogo” sull’indipendenza della magistratura elaborato dalla Corte di Giustizia, anche al di là della prospettiva di una riforma del CSM, si presti molto bene ad essere utilizzato come una sorta di linea guida “negativa”, ossia come un indicatore di quelle caratteristiche che, qualora siano (come in effetti sono) già presenti nel nostro ordinamento giudiziario, debbono essere preservate: le modifiche apportate alla normativa interna non potranno dunque che contenersi dentro i confini segnati da questi “paletti” europei, pena l’apertura di un conflitto con l’Unione che pare ragionevolmente sconsigliabile. Non c’è bisogno di spiegare perché la stessa cosa sembra suggeribile, fatte le dovute distinzioni, con riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU e alla nostra adesione alla “Grande Europa”. Come accennato sopra, nella definizione di un modello di autonomia (funzionale all’indipendenza) della magistratura il costituzionalismo italiano ha riscosso successo ed è stato imitato all’estero: nel perfezionarne le eventuali storture non sarà dunque saggio discostarsi dai suoi caratteri fondamentali, specie se la conseguenza potrebbe essere, paradossalmente, l’esposizione del nostro Paese a sanzioni inflitte da organi internazionali.

Jacopo Mazzuri
Avvocatura distrettuale dello Stato – Firenze
jacopo.mazzuri@gmail.com

Il caso Airbnb. Autonomia rilevanzza dell'omessa notifica delle norme restrittive dei servizi della società dell'informazione e questioni ancora aperte

di Francesco Monceri

Title: The Airbnb case. Autonomous relevance of the failure to notify the restrictive rules of information society services and open questions

Keywords: Information Society service; Electronic platform; Rental accommodation.

1. – Il caso Airbnb è divenuto di grande attualità in quanto ai profili digitali del servizio, oggetto della presente sentenza, si sommano ulteriori questioni riconducibili alla consistente rilevanza economica dello stesso (al pari di altri servizi resi nel c.d. commercio elettronico nell'ambito della *sharing economy*) e ai problemi della fiscalità nazionale in un contesto dematerializzato, alla tutela della privacy, alle intersezioni tra servizi della società dell'informazione e servizi tradizionali e, dunque, alla legislazione applicabile. Come si osserverà in queste note, infatti, il servizio di locazioni brevi, pur reso da *Airbnb* su piattaforma digitale, si inserisce in contesti nazionali fino ad oggi caratterizzati da norme restrittive sull'accesso al servizio, *sub specie* principalmente di autorizzazione ed altra regolamentazione, che devono essere misurate con la tutela rafforzata che il diritto europeo conferisce alla libera circolazione dei servizi della società dell'informazione.

La sentenza che si annota ha, dunque, ad oggetto la libera prestazione di servizi a contenuto atipico e innovativo, e la loro riconducibilità alla nozione di *servizio della società dell'informazione*, definita nella direttiva 98/34/CE e nella direttiva (UE) 2015/1535. L'argomento, oltre che di evidente attualità, stante la su richiamata crescente interazione digitale nell'ambito della prestazione dei servizi, spiega ulteriori risvolti sul diritto amministrativo con la nascita della c.d. amministrazione digitale (v., di recente, P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, 2/2018, 1-27; vedi anche S. Civitarese, Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in Id. (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. IV, Firenze, 2016), e a seguito della viepiù crescente interazione tra amministrazione ed intelligenza artificiale (in argomento E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo e Artificial Intelligence*, in *Giur. It.*, 7/2019; v. anche, di recente, M. Chiarelli, *Intelligenza artificiale e regolazione: problematiche e prospettive*, in *amministrazioneincamminoluiss*, 2020), quale portato dell'affermarsi della società dell'informazione (per un'analisi dei problemi connessi al fenomeno in ambito europeo v. F. Faini, *Big data, algoritmi e diritto*, in questa rivista, 3-2019, 1-14).

Il caso di specie presenta elementi di particolare interesse soprattutto rispetto

alla effettiva possibilità di qualificare un servizio come servizio della società dell'informazione poiché da ciò discende una maggior protezione offerta dal diritto europeo ai prestatori dello stesso, particolarmente a quelli con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui il servizio è prestato, nei confronti di normative restrittive nazionali. Dunque, un primo problema attiene al fatto che non pare sufficiente, ai fini dell'individuazione di un servizio della società dell'informazione, la semplice prestazione telematica dello stesso, ma è necessario che siano integrate altre condizioni richieste dal diritto europeo. Proprio per distinguere tale categoria dai servizi tradizionali l'ordinamento europeo richiede la compresenza di caratteristiche rigide e specifiche che valgano ad assicurare la riconducibilità del servizio all'utilizzo esclusivo o preponderante delle nuove tecnologie dell'informazione.

Di talché, il confronto tra il contenuto del (supposto) servizio della società dell'informazione deve essere confrontato con quello di un eventuale servizio tradizionale il cui ambito di operatività vada a sovrapporsi o a parzialmente sovrapporsi al primo, onde verificare quale sia la disciplina applicabile. Il discrimine tra servizio della società dell'informazione e (analogo o simile) servizio tradizionale diviene, dunque, assai più aleatorio, il che si riversa sulla possibilità di applicare o meno le norme nazionali che limitano l'esercizio delle professioni. Ne è riprova almeno il fatto che il caso del servizio di mediazione (*online*) per il trasporto di persone è stato risolto dalla Corte di giustizia in maniera diametralmente opposta rispetto a quanto avviene con la presente decisione, sebbene in entrambi i casi, almeno in apparenza, l'origine del servizio ha natura digitale (cfr. CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, in C-434/15, e sentenza del 10 aprile 2018, *Uber France*, in C-320/16). L'appartenenza o meno del servizio alla categoria dei servizi della società dell'informazione ha effetti non irrilevanti ad esempio sul possibile configurarsi, come nel caso di specie, di responsabilità anche di tipo penale per il mancato possesso di autorizzazioni eventualmente previste per l'erogazione del (corrispondente o collegato) servizio tradizionale.

2. – Nel caso in esame, la domanda di rinvio pregiudiziale prende, appunto, origine da una denuncia con costituzione di parte civile dell'*Association pour un hébergement et un tourisme professionnels* (AHTOP) nei confronti della *Airbnb Ireland* (e delle società ad essa collegate tutte facenti capo alla *Airbnb Inc* con sede negli Usa), per la violazione del diritto interno francese, in particolare della loi n°70-9, du 2 janvier 1970 (c.d. Legge *Hoguet*), che regola appunto le operazioni riguardanti i beni immobili e gli esercizi commerciali. Nella sostanza l'associazione AHTOP, lamenta l'esercizio dell'attività di "mediazione e gestione di immobili e di esercizi commerciali" da parte di *Airbnb*, nel periodo 2012/2017, in carenza della licenza (amministrativa) richiesta dalla legge francese, il che comporta l'integrazione di varie fattispecie penali.

Come noto, il servizio principale offerto da *Airbnb Inc* consiste nel mettere in comunicazione, dietro pagamento di una commissione, potenziali fruitori del servizio di locazione breve con potenziali locatori, che entrano in contatto attraverso una piattaforma *online* gestita e organizzata in Europa, appunto da *Airbnb Ireland*. Nel giudizio principale, tuttavia, vengono addotte circostanze a sostegno della tesi secondo cui il complesso delle prestazioni offerte da *Airbnb Ireland* ne snaturerebbe a tal punto la morfologia originaria da rendere il servizio non più riconducibile alla categoria dei servizi della società dell'informazione, protetti dalla relativa normativa europea, rendendolo, al contrario, del tutto assimilabile ad una prestazione di intermediazione immobiliare tradizionale.

La denuncia dell'associazione AHTOP si concentra, infatti, sul contenuto dell'attività posta effettivamente in essere da *Airbnb Ireland*, che non si sarebbe limitata a mettere in contatto le parti del possibile accordo contrattuale attraverso una

piattaforma *online*, ma avrebbe provveduto ad erogare ulteriori servizi tipici dell'intermediazione immobiliare senza essere in possesso della prescritta licenza.

Partendo da questi presupposti, l'AHTOP riteneva che non trovasse applicazione la direttiva 2000/31, concernente i servizi della società dell'informazione, bensì la legge nazionale (*Legge Hoguet*) che regola la mediazione immobiliare.

Riscontrando elementi di incertezza sulle caratteristiche salienti del servizio e, conseguentemente, sulla disciplina applicabile, il *Tribunal de grande instance de Paris* (Tribunale di primo grado di Parigi), ha, così, deciso di sospendere la questione rinviando alla Corte di giustizia questioni preliminari alla decisione di avviare o meno un procedimento penale a carico di *Airbnb Ireland*.

In altri termini il giudice del rinvio si chiede se, esaminato nel suo complesso, il servizio posto in essere da *Airbnb Ireland* possa essere annoverato o meno tra i servizi della società dell'informazione coperti dalla protezione delle direttive di settore.

Sulle basi di quanto esposto, il giudice del rinvio pone alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali. La prima riguardante, in sintesi, la possibilità di ricondurre il servizio offerto da *Airbnb Ireland* nell'ambito dell'art. 3 della direttiva 2000/31.

La seconda domanda, invero parzialmente connessa alla prima, riguarda il diritto applicabile al servizio; ossia viene chiesto alla Corte di giustizia se le norme restrittive sull'intermediazione immobiliare previste nella legge *Hoguet* siano applicabili ad un servizio come quello posto in essere da *Airbnb Ireland*.

3. – In sede di questioni pregiudiziali ed osservazioni preliminari, la Corte di giustizia ha modo di riaffermare principi generali che regolano la propria attività, che meritano di essere ricordati. Innanzitutto, in relazione alla ricevibilità della domanda la Corte mostra di adottare un criterio piuttosto ampio. Difatti, “il rifiuto della Corte di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto dell’Unione non ha alcuna relazione con la realtà o con l’oggetto del procedimento principale, quando il problema è di natura teorica oppure quando la Corte non dispone degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte”.

In merito al primo requisito, che presenta evidenti analogie col meccanismo di innesco del giudizio in via incidentale nazionale, la Corte ne ritiene la sussistenza *in re ipsa* nella misura in cui il sol fatto di proporre la questione vale a significare che il giudice del rinvio è portato a ritenere che la legge nazionale possa effettivamente trovare applicazione nel caso di specie. Ciò trova conforto nel fatto che, rileva la Corte, la questione non appaia solo teorica nella misura in cui la possibile applicabilità della legge nazionale risulta in effetti un'ipotesi plausibile.

In ordine alla indeterminatezza e alle carenze di ricostruzione normativa del diritto nazionale, che caratterizzerebbero l'ordinanza di remissione, circostanze opposte sia da *Airbnb* che dalla Commissione, la Corte osserva come sia necessario far ricorso ad un'impostazione non rigorosamente formale ma sostanziale. Ciò consente alla Corte di dichiarare la questione ricevibile in quanto “il giudice del rinvio ha definito in modo sufficiente il quadro sia in fatto che in diritto nel quale esso formula la sua domanda di interpretazione del diritto dell’Unione, e che esso ha fornito alla Corte tutte le informazioni necessarie per porre quest’ultima in condizioni di rispondere utilmente a detta domanda” (punto 33). In questo modo, il Giudice europeo conferma la tendenza ad ampliare il raggio delle questioni ricevibili a tutti i casi in cui sia sufficientemente indicato il quadro giuridico potenzialmente generante conflitto tra norma nazionale e norma europea, riservandosi ampio margine per la successiva ricostruzione del diritto applicabile.

Più restrittiva, invece, l'impostazione della Corte rispetto all'analisi della

normativa che è necessario analizzare alla fine della risoluzione della questione. La Corte, infatti, respinge la suggestione, proposta da HOTP e dalla Commissione, relativa alla necessità di analizzare non solo l'applicabilità della direttiva 2000/31, come richiesto dal giudice del rinvio, ma anche “la direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, e della direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE”. Nell'ambito della leale collaborazione tra giudice nazionale e giudice europeo, la Corte afferma, infatti, il principio secondo cui spetta al giudice nazionale definire l'oggetto della domanda pregiudiziale e non ritiene, dunque, possibile, ove non necessario, riformulare altri quesiti a meno che non sia lo stesso giudice del rinvio a ritenerlo necessario, nel qual caso questi dovrebbe nuovamente adire la Corte di giustizia (Cfr. CGUE, sentenza dell'11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a.*, C-98/14, punto 48).

4. – Sulla base delle anzidette premesse la Corte circoscrive, dunque, la questione alle domande specifiche rivolte dal giudice nazionale che rendono necessario, in questa sede, ricostruire brevemente la disciplina nazionale ed europea astrattamente coinvolta nella vicenda processuale. Innanzitutto, è opportuno ricavare dal diritto europeo una nozione sufficientemente precisa di *servizio della società dell'informazione* poiché ciò si riflette con evidenza sulla disciplina applicabile.

La nozione anzidetta è, originariamente contenuta nella direttiva 98/34/CE, concernente “procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione”, confermata nella direttiva (UE) 2015/1535 all'art.1, paragrafo 1, lettera b), che definisce servizio della società dell'informazione “qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”. Se ne ricava che i tratti salienti della nozione siano individuabili nella conclusione a distanza dell'accordo, nell'utilizzo (esclusivo) del mezzo elettronico, nell'autonoma decisione dell'utente di concludere il contratto (v., in ambito nazionale, Consiglio di Stato, sent. 1217/2020, pubblicata in data 17/02/2020; sent. 4359/2019, pubblicata in data 25/06/2019).

A conferma di ciò, l'allegato I alla direttiva 2015/1535, elenca una serie di servizi che sono esclusi dall'ambito di operatività della stessa in quanto non forniti a distanza, non forniti per via elettronica, non forniti a richiesta individuale del destinatario del servizio.

Ma ciò che più conta è che tale disciplina prevede che una volta che il servizio sia individuato come servizio della società dell'informazione, l'art. 5, paragrafo 1, impone agli Stati membri che vogliano imporre regole tecniche sul servizio un obbligo di preventiva informazione motivata alla Commissione.

In stretto collegamento con tale disciplina, la direttiva 2000/31, mira più propriamente a proteggere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione stabilendo che gli Stati membri non possono limitare la circolazione di detti servizi provenienti da altri Stati membri, se non per questioni concernenti l'ordine pubblico, la sanità pubblica, la pubblica sicurezza, la tutela del consumatore (art.3). In presenza di detti motivi, ed in caso di urgenza, allo Stato membro è data facoltà di intervenire, anche nell'immediato, previa comunicazione alla Commissione, cui comunque spetta un sindacato sull'effettiva giustificabilità del provvedimento adottato alla luce del diritto europeo.

Sul piano del diritto europeo deve essere, infine, tenuto presente l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12

dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, nella misura in cui dispone che «se disposizioni della presente direttiva confliggono con disposizioni di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per professioni specifiche, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche ...».

Sul piano nazionale, ed è questo l'elemento origine della menzionata controversia, la già menzionata legge *Hoguet* regola l'esercizio, ad ampio spettro, dell'attività di intermediazione immobiliare prevedendo regole specifiche e restrittive come il possesso della licenza di agente immobiliare.

Di talchè, risulta fondamentale stabilire se il servizio *Airbnb* rientri nei servizi della società dell'informazione o se, al contrario, possa essere considerato servizio di intermediazione immobiliare e, dunque, assoggettato alle più rigide prescrizioni della legge nazionale francese.

A sostegno di questa tesi, l'associazione AHTOP lamentava il fatto che *Airbnb Ireland* non si limita a fornire un servizio su piattaforma *online* ma offre una serie di servizi opzionali ulteriori quali la realizzazione di servizi fotografici, un servizio di assicurazione per la responsabilità civile, una garanzia per danni, un servizio di stima del valore degli immobili da concedere in locazione breve, un servizio di pagamento.

Proprio la presenza di tali servizi aggiuntivi, inducono la AHTOP a ritenere che *Airbnb Ireland* stia svolgendo, senza licenza, un'attività di intermediazione immobiliare assoggettabile alle prescrizioni della legge *Hoguet* e non alla direttiva 2000/31.

5. – Nel risolvere la questione all'interno di questa cornice legislativa la Corte osserva, innanzitutto, che le parti non discordano sul fatto che il servizio di mediazione oggetto del procedimento principale sia riconducibile alla nozione di servizio contenuta nella direttiva 2006/123/CE, che prevede appunto la necessità di rispettare la normativa nazionale nella misura in cui il servizio prestato si sovrapponga ad altro servizio regolato nel diritto nazionale. Per dirimere le questioni proposte la Corte ritiene, dunque, necessario valutare se il servizio in discorso rientri o meno tra i servizi della società dell'informazione ai sensi dell'art.2, lett.a), della direttiva 2000/31 (recepita in Italia dal dlgs n.70 del 9 aprile 2003) posto il fatto che, nonostante, la commissione prevista venga pagata ad *Airbnb* dal solo locatario e non anche dal locatore non altera la qualificabilità del servizio come prestato dietro retribuzione.

La Corte non può, così, non riconoscere che un servizio siffatto integra tutte le quattro condizioni previste dalla direttiva 2015/1535 (potendo, dunque, essere ritenuto in linea di principio un servizio della società dell'informazione ai sensi della direttiva 2000/31) essendo un servizio corrisposto dietro retribuzione, che nasce e si conclude a distanza e senza la presenza simultanea delle parti, che si svolge interamente su piattaforma elettronica, che si realizza su richiesta individuale.

Nonostante ciò, la Corte non esclude che, pur avendo tali caratteristiche, il servizio reso nella sua globalità possa assumere caratteristiche diverse che possano indurre a ritenere che esso, nel complesso, possa essere considerato non rientrante tra i c.d. servizi della società dell'informazione ed, invece, riconducibile ad un servizio tradizionale quale il servizio di intermediazione immobiliare. A questo scopo non basta, tuttavia, a giudizio della Corte, che il servizio posto in essere da *Airbnb Ireland* si ricolleggi, in ultima analisi, alla prestazione di alloggio, in quanto i tratti essenziali del servizio sono quelli di predisporre una piattaforma *online* che raccoglie le diverse opzioni presenti su un determinato territorio, con vantaggio sia per gli albergatori che per l'utente rispetto alla conclusione di eventuali contratti di affitto di breve durata.

Cosicché, il servizio fornito si percepisce come distinto dall'effettivo oggetto del contratto futuro in quanto consistente nella semplice messa a disposizione di informazioni e proposte che l'utente può consultare ed eventualmente percorrere in via

del tutto autonoma; nè tantomeno tale servizio, data la sua riconoscibilità e valenza, può essere considerato accessorio al servizio globale di alloggio.

Questa evidenza, a giudizio dei giudici del Lussemburgo, non può essere rimessa in discussione dalla presenza di una serie di servizi accessori offerti da *Airbnb Ireland*, come il servizio di fotografia, il servizio di comparazione dei prezzi, il servizio di stima del prezzo di alloggio, il servizio di riscossione e così via, poiché tali opzioni offerte agli utenti del servizio, servono esclusivamente a migliorare qualità e affidabilità del servizio della società dell'informazione offerto e non certo a trasformare il servizio in un servizio di intermediazione immobiliare tradizionale (sul tema v. F. Panuccio Dattola (a cura di), *Società dell'informazione servizi online e tutele degli utenti*, Milano, 2012).

6. – Nell'affrontare la seconda questione, ossia nel decidere se la legge *Hoguet* sia o meno applicabile al servizio reso dalla *Airbnb Ireland* si deve, dunque, muovere dalla considerazione che il servizio in parola rientra nel novero dei servizi della società dell'informazione protetti dalla direttiva 2000/31.

Ciò comporta che risulta necessario valutare se una legge nazionale più restrittiva che considera l'assenza di taluni requisiti come fonte di responsabilità penale, sia compatibile con l'omessa osservanza, da parte dello Stato membro, delle prescrizioni contenute nell'art.3, par. 4, della direttiva 2000/31.

Rispetto a ciò la Corte osserva che, ai sensi dell'art.3, paragrafo 4, della direttiva 2000/31 gli Stati membri possono emanare provvedimenti restrittivi relativamente ad un servizio della società dell'informazione solo quando volti a “garantire l'ordine pubblico, la tutela della sanità pubblica, la pubblica sicurezza o la tutela dei consumatori”, purché l'erogazione di detto servizio metta effettivamente in pericolo tali valori ed il provvedimento restrittivo risulti proporzionato al perseguimento di tali obiettivi.

952

Inoltre, la medesima norma prescrive che l'intenzione di emanare detti provvedimenti deve essere comunicata sia alla Commissione che allo Stato membro in cui il soggetto fornitore del servizio ha sede, in modo che la Commissione possa chiedere allo Stato membro di non adottare o non mantenere norme restrittive non giustificate da preminenti motivi di interesse generale (cfr. CGUE, sentenza del 30 aprile 1996, *CIA Security International*, C-194/94, punto 41; per un caso in cui la comunicazione è, invece avvenuta, v. Consiglio di Stato, sent. 5524/2019, pubblicata in data 02/05/2019). La Corte di Giustizia osserva come il governo francese non abbia negato che detta comunicazione non sia mai avvenuta, né rileva il fatto che la legge *Hoguet* sia anteriore alla direttiva 2000/31, poiché questa non ha autorizzato a mantenere in essere una normativa incompatibile con la chiara intenzione del legislatore europeo di proteggere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione all'interno dello spazio comune europeo (cfr. art. 3, paragrafo 2, e considerando 8 della direttiva 2000/31).

Di talché, l'inosservanza dell'obbligo anzidetto non può essere considerato come un semplice difetto d'informazione, ma come violazione di un "obbligo procedurale sostanziale" che abilita il privato a contestare l'opponibilità del provvedimento all'attività di servizio da lui prestata nello Stato membro, tanto nei procedimenti penali quanto nelle controversie tra privati.

Proprio ciò fa concludere la Corte che, nel caso di specie, *Airbnb Ireland* non possa essere perseguita penalmente a seguito della denuncia con costituzione di parte civile presentata da AHTOP, e che, conseguentemente, quest'ultima non può vantare alcun diritto al risarcimento del danno nei confronti di *Airbnb Ireland*.

Si può, dunque, osservare che, a giudizio della Corte, l'omessa notifica del provvedimento che, come abbiamo visto, nel caso di specie si sostanzia nell'omessa notifica alla Commissione (e allo Stato membro del prestatore del servizio della società

dell'informazione in oggetto) di voler mantenere le prescrizioni più restrittive contenute in una legge nazionale preesistente all'emanazione della direttiva 2000/31, costituisce un'autonoma violazione del diritto europeo che determina l'inopponibilità delle prescrizioni ivi contenute agli interessati (in questo senso v. Almeno CGUE, sez. VI, sent. 1 febbraio 2017, causa C-144/16; CGUE, sez. I, sent. 4 febbraio 2016, n. 336, causa C-336/14)

In altri termini, l'omessa notifica rileva a prescindere delle motivazioni che sorreggono o potrebbero sorreggere la decisione di mantenere le prescrizioni anzidette per motivi di preminente interesse generale (cfr. punto 99).

La violazione dell'obbligo (sostanziale) di notifica si inserisce, dunque, nella procedura prescritta per la limitazione della prestazione dei servizi della società dell'informazione, rendendola insanabilmente viziata almeno per il periodo in questione.

Difatti, lo Stato francese potrebbe *pro futuro* comunicare alla Commissione (e allo Stato irlandese) la propria volontà di limitare la prestazione del servizio *Airbnb* dichiarando di voler estendere allo stesso gli obblighi previsti nella legge *Hoguet*, giustificando tale decisione nei termini previsti dalla stessa direttiva e sottoponendoli al giudizio della Commissione. Ma anche se la Commissione decidesse tali giustificazioni legittime, l'applicazione della legge *Hoguet* al servizio *Airbnb* non avrebbe senz'altro effetto retroattivo. Il che conferma la tendenziale supremazia del diritto europeo sul diritto nazionale.

7. – Sotto il profilo comparato, infine, la sentenza si mostra particolarmente significativa, e non circoscritta al caso concreto, in quanto, da una parte, discipline più restrittive delle attività professionali sono assai diffuse nella legislazione degli Stati membri, dall'altra, come visto, gli spazi di sovrapposizione/intersezione tra i servizi della società dell'informazione e i servizi tradizionali sono tutt'altro che ipotetici.

Inoltre, il significato economico del servizio *Airbnb*, ormai riconducibile a pieno titolo al catalogo dei servizi della società dell'informazione, ha attratto l'attenzione degli Stati membri rispetto alle importanti implicazioni delle possibili forme di tassazione applicabili, fenomeno che, invero, ha coinvolto nel corso degli ultimi anni le transazioni e i servizi offerti *online*, stante la vieppiù crescente scissione fisica tra i luoghi di esecuzione della prestazione e la sede legale dell'operatore.

Il servizio *Airbnb* pone, altresì, una serie di altre questioni peculiari quali la tutela della *privacy*, problemi di sicurezza pubblica connesse agli obblighi di comunicazione della presenza di ospiti negli immobili, obbligazioni aggiuntive come l'applicabilità della tassa di soggiorno ove prevista, e così via. Obblighi la cui compatibilità con la qualificazione del servizio *Airbnb* come servizio della società dell'informazione dovranno essere valutati caso per caso al fine di considerarne la ragionevolezza soprattutto alla luce del principio di non discriminazione tra imprese, e del particolare livello di protezione di cui, appunto, godono i servizi della società dell'informazione nel diritto europeo.

Così, nel caso di specie, si è valutata la estendibilità al servizio *Airbnb* di una normativa nazionale preesistente alle direttive di settore che, in sostanza, prescrive un'autorizzazione per l'esercizio dell'attività tradizionale di intermediazione immobiliare, negata dalla Corte soprattutto in quanto non comunicata nelle forme prescritte alla Commissione e allo Stato membro interessato. In realtà, già sono alle porte questioni legate a normative specifiche nazionali direttamente rivolte al servizio *Airbnb*, che attengono ad altri aspetti del servizio, non connessi direttamente all'accesso allo stesso, come a stretto rigore sono invece le *regole tecniche* su cui grava l'obbligo di comunicazione. Tali prescrizioni, pur forse discutibili, appaiono più difficili da contestare in quanto riferite tanto agli operatori che offrono il servizio di locazione breve attraverso piattaforme *online*, quanto a coloro che svolgono il servizio in modo

tradizionale.

8. – A riprova di ciò, passando al piano del diritto interno, il d.l. 50/2017 (in particolare l'art. 4, comma 6), convertito nella l. 96/2017 (c.d. legge *Airbnb*), che ha imposto una serie di obblighi agli intermediari nel settore degli affitti brevi, siano essi tradizionali o gestori di portali telematici, tra i quali quello di comunicare i dati degli affittuari e di applicare una ritenuta del 21%, è stata considerata di dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione europea proprio in ordine alla mancata comunicazione alla Commissione delle norme restrittive che prevede. Tutto ciò ha determinato il Consiglio di Stato a rimettere la questione alla Corte di giustizia con ordinanza n. 06219/2019 del 18.09.2019, e ad osservare tra l'altro che "Il servizio reso da Airbnb, d'altronde, rientrerebbe pienamente nella nozione euro-unitaria di "servizio della società dell'informazione", a differenza di quello prestato dalla società Uber, che, secondo la sentenza 10 aprile 2018, C-320/2016 della Corte di Giustizia, costituirebbe un "servizio del settore dei trasporti": sarebbe, pertanto, inconferente il richiamo a detta pronuncia operato in prime cure a conforto della decisione ivi assunta" (punto 4.1.2. dell'ordinanza). Peraltro, il recente rinvio operato dal Consiglio di Stato pare solo parzialmente risolto dalla sentenza in commento (che chiarifica "solo" che il servizio *Airbnb* sia sussumibile nella categoria dei servizi della società dell'informazione), in quanto evoca, appunto, altri aspetti quali l'ammissibilità della previsione di ulteriori obblighi come le misure fiscali introdotte dal d.l. 50/2017, e l'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle Entrate dei dati relativi al contratto. Un problema già risolto in senso negativo nella precedente e connessa sentenza del Consiglio di Stato n.2207/2019, pubblicata in data 18/02/2019, che aveva osservato come l'imposizione della cedolare secca e di obblighi di informazione non costituiscono un "requisito per l'accesso" - come è stato, invece, rilevato dalla Corte di giustizia nell'ipotesi oggetto della sentenza in epigrafe - rientrante nella disciplina della direttiva 1535/2015/UE, ma un obbligo aggiuntivo gravante indistintamente su tutti gli operatori, interni ed appartenenti ad altri Stati membri, del servizio di intermediazione immobiliare, come consentito dall'art. 56 TFUE (CGUE sentenze dell'8 settembre 2005, *Mobistar e Belgacom Mobile*, C-544/03 e C-545/03, punto 31, e dell'11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a.*, C-98/14, punto 36). Contemporaneamente, il Consiglio di Stato, almeno in quella sede, aveva dato anche rilevanza al fatto che la lotta all'evasione fiscale potesse essere considerata come un motivo di imperativo interesse generale idoneo a giustificare provvedimenti restrittivi della libera circolazione dei servizi.

E tuttavia, il punto di approdo della sentenza in commento in questa sede aggiunge un altro tassello alla questione *Airbnb*, che non potrà non avere effetti sulle diverse problematiche che vanno emergendo in Stati membri come l'Italia, poiché qualifica in maniera inequivoca il servizio in parola come servizio della società dell'informazione.

Rimane, così, aperto il problema della possibile distinzione tra servizio della società dell'informazione, posto in essere da *Airbnb*, e locazione breve posta in essere dagli utenti del portale che con la su richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato è stato, invece, in un primo tempo ritenuta assoggettabile ad oneri aggiuntivi, con effetti negativi diretti ed indiretti anche sull'attività *Airbnb*.

E, difatti, l'evidente *reivirement* del Consiglio di Stato, che ha deciso di proporre il rinvio sui medesimi oggetti (*trasmissione all'Agenzia delle Entrate dei dati relativi ai contratti conclusi tramite il portale telematico, obblighi di raccolta e trasmissione di dati relativi ai contratti, l'obbligo di operare quale sostituto di imposta, l'obbligo di nominare un rappresentante fiscale*), in un momento immediatamente successivo, è stato motivato, oltre che dalla reiterata richiesta dei ricorrenti, principalmente dal fatto che (il Consiglio di Stato) "nel mentre esclude la ricorrenza dei presupposti per procedere alla

disapplicazione della normativa nazionale contestata, in quanto le ragioni dell'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione non sono sufficientemente chiare, precise ed incondizionate, ravvisa la sussistenza di una questione interpretativa relativa all'esatto ambito interpretativo da riconoscere al diritto dell'Unione e, conseguentemente, alla compatibilità con esso di un provvedimento legislativo nazionale". E, particolarmente significativa, pare l'ultima questione che il giudice nazionale italiano pone alla Corte di Giustizia sulla questione *Airbnb*, ossia se "se i principi fondamentali del diritto euro-unitario ostino, in termini generali, ad una disciplina nazionale che, di fatto, riversi su un'impresa le inefficienze dello Stato nell'accertamento e riscossione delle imposte".

Tutto ciò induce a ritenere che la tutela rafforzata, che la presente sentenza conferma di voler accordare ai servizi della società dell'informazione, potrebbe indurre la Corte di giustizia, anche rispetto alle nuove questioni che le sono già state proposte, a verificare con rigore tutti gli adempimenti tecnici e sostanziali che potrebbero limitare, di fatto, l'erogazione del servizio da parte delle imprese europee e, probabilmente, ad ampliare il raggio delle disposizioni sottoposte all'obbligo di comunicazione preventiva.

Francesco Monceri
Polo Universitario "Sistemi Logistici" – Livorno
Università di Pisa
monk17@hotmail.com

La garanzia europea dell'indipendenza dei giudici nazionali

di Laura Montanari

Title: The European Protection of National Judges' Independence

Keywords: Independence of the Judiciary; Rule of Law; Poland; Charter of Fundamental Rights of the European Union.

1. – Le riforme adottate negli anni più recenti in Ungheria e in Polonia, com'è noto, hanno messo in discussione uno dei profili essenziali del principio di *rule of law*, quello dell'indipendenza della magistratura. Si tratta di due Paesi in cui il superamento del sistema socialista era avvenuto progressivamente nel tempo e con gli esiti migliori. Ora, invece, è proprio il modello di democrazia costituzionale, nato dall'evoluzione dello Stato liberale e accolto negli anni '90 come unica soluzione possibile, ad essere messo in discussione, con la teorizzazione della c.d. "democrazia illiberale" (per una ricostruzione dell'emergere della formula "democrazia illiberale" v. M.F. Plattner, *Illiberal Democracy and the Struggle on the Right*, in *Journal of Democracy*, 2019, vol. 30, Issue 1, 5 ss.). In Ungheria questo nuovo approccio si sviluppa a partire dalla vittoria del partito conservatore Fidesz (Unione civica ungherese) di Viktor Orbán, insieme ai suoi alleati, nelle elezioni del 2010, con un'ampia maggioranza che ha reso possibile l'adozione di una nuova Costituzione, entrata in vigore nel 2012 (v. A. Di Gregorio, *Hungarian constitutional developments and measures to protect the rule of law in Europe*, in questa *Rivista*, 2019/2, 1465 ss.). In Polonia il punto di passaggio è riconducibile alle elezioni del 2015, che hanno visto la vittoria del partito conservatore Pis (Diritto e giustizia) di Jaroslaw Kaczynski (v. W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019).

In questo contesto, tra gli interventi più significativi delle nuove maggioranze al potere vi sono quelli sul Giudiziario, che hanno riguardato sia le Corti costituzionali che la magistratura comune. È evidente che Corti costituzionali e magistratura comune hanno ruoli e funzioni differenti, ma sono chiamate entrambe a garantire il rispetto della Costituzione e dei diritti che la stessa riconosce. Le riforme, nel loro complesso, esprimono la volontà di limitare l'indipendenza dei giudici, in modo da assicurare una posizione non ostile alle scelte del Governo. Quelle che interessano i giudici costituzionali, in particolare, hanno messo in discussione il ruolo contro-maggioritario delle Corti e di conseguenza la possibilità di svolgere efficacemente il controllo sulla legislazione.

Rispetto ai giudici comuni, a cui si riferiscono le sentenze in commento relative alla Polonia, si possono richiamare due scelte adottate in entrambi i Paesi. La prima è costituita dall'applicazione di un classico strumento di "epurazione" costituito

dall'anticipazione dell'età pensionabile, con effetto retroattivo. Tale tecnica permette un ampio rinnovamento del corpo della magistratura, escludendo le persone più anziane con maggiore esperienza ma soprattutto più indipendenti dalle forze di governo, che possono così procedere a nuove nomine. Tali misure sono servite tra l'altro a colpire, con modalità in parte differenti, le Corti supreme, rispetto alle quali si è ottenuta una significativa modifica della composizione, con la fuoriuscita di alcune "presenze scomode". Nel caso polacco, molte perplessità ha suscitato la previsione secondo cui i giudici che raggiungono il limite di età possono essere autorizzati a rimanere in funzione per ulteriori anni (in pratica sino alla scadenza originaria del loro mandato). La possibilità di prorogare o rinnovare il mandato dei giudici è problematica in quanto può condurre a (o comunque far temere) un condizionamento della loro attività. La seconda riguarda i Consigli di giustizia, cioè gli organi che – per il modello di organizzazione della magistratura più diffuso in Europa e introdotto nella maggior parte dei Paesi dell'Est dopo il crollo del sistema socialista – sono chiamati ad assumere le (o a collaborare alle) decisioni relative allo *status* dei magistrati, al fine di assicurare l'indipendenza del potere giudiziario rispetto al Legislativo e, soprattutto, all'Esecutivo (v. L. Montanari, *L'indipendenza della magistratura e il ruolo dei Consigli di giustizia*, in R. Orrù, A. Ciammariconi, L. Sciannella (cur.), *Il potere giudiziario nell'esperienza continentale: the "most" dangerous branch?*, Napoli, 2011, 9 ss.). In entrambi i Paesi, si è cercato di limitare l'indipendenza e/o il ruolo di questi organi. In Polonia, in particolare, si è previsto che tutti i membri che compongono la *Krajowa Rada Sądowictwa - KRS* (Consiglio nazionale della magistratura), anche quelli togati, siano eletti dal Parlamento.

2. – Le riforme cui si è fatto cenno hanno suscitato la reazione sia del Consiglio d'Europa che dell'Unione europea, che le hanno viste come un attentato ai valori che connotano l'identità europea. Si è aperta così una discussione sul tema dello Stato di diritto, di cui l'indipendenza del Giudiziario costituisce un elemento essenziale, dei suoi contenuti e degli strumenti per tutelarli (v. per tutti U. Villani, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 1, 10 ss. e S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2018, 295 ss.). In questo contesto va segnalato innanzitutto il rapporto della Commissione di Venezia sullo Stato di diritto, che costituisce una fonte di ispirazione anche per l'Unione europea (Venice Commission, *Report on the Rule of Law*, Venice, 25-26.3.2011, CDL-AD(2011)003rev.; nel 2016 la Commissione di Venezia ha ulteriormente precisato i parametri di riferimento adottando una *checklist*: Venice Commission, *Rule of Law Checklist*, Venice, 18.3.2016, CDL-AD(2016)007). Tale documento cerca di offrire una definizione condivisa del principio e tra gli elementi che lo connotano vi è il diritto al giudice e in particolare ad un giudice indipendente.

Anche l'Unione europea ha avviato un'analoga riflessione, cercando di dotarsi – non senza difficoltà – di strumenti adeguati per difendere lo Stato di diritto (v. S. Marinai, *Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, 69 ss.). Un punto di riferimento importante è costituito dalla Comunicazione della Commissione europea del 2014 su *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, dove viene affermato che «Lo Stato di diritto è la spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna» e costituisce «uno dei principi fondanti che discendono dalle tradizioni costituzionali comuni di tutti gli Stati membri dell'UE». Il rispetto, da parte dei Paesi membri, di tale principio è essenziale per assicurare la fiducia reciproca che è una delle basi per «l'ulteriore sviluppo dell'UE come "spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne"» (Comunicazione della Commissione al

Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, Strasburgo, 11.3.2014, COM(2014) 158 final, spec. *Introduzione*, 1. Per un'analisi di questo strumento v., tra i molti, F. Di Dario, *La tutela dei valori dell'UE dopo la prima attivazione del "Nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto"*, in questa *Rivista*, 2016, 203 ss. e M. Daicampi, *I meccanismi di tutela dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea: rassegna di alcuni recenti documenti di portata generale*, in questa *Rivista*, 2016/4. Sul sito della Commissione vi è uno spazio dedicato a "Upholding the Rule of Law", dove sono reperibili i documenti più rilevanti ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law_en.

Quanto ai contenuti, il documento richiama i principi di «[...] **legalità** (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); **certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge**» (grassetto nell'originale). Sul ruolo del Giudiziario, nell'allegato alla lettera (d) si fa riferimento al «controllo giurisdizionale indipendente ed effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali» e si richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia che, sulla base dei principi generali del diritto europeo e della Cedu, afferma il «diritto ad un tribunale indipendente, in particolare indipendente dal potere esecutivo». Ciò si collega al principio della divisione dei poteri, che, pur potendo assumere declinazioni diverse nei singoli Paesi, è considerato essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto.

Il "nuovo quadro" individua un meccanismo per la tutela del principio di *rule of law*, che si aggiunge alla procedura prevista dall'art. 7 TUE con riferimento ai valori riconosciuti dall'art. 2 del TUE. Si tratta di un procedimento improntato al dialogo e alla leale cooperazione, che inizia con una valutazione da parte della Commissione della situazione, frutto di un confronto con lo Stato interessato sulla base di un parere formulato in via riservata. Se non si giunge ad una soluzione e la Commissione ritiene che vi siano «prove oggettive di una minaccia sistemica e che le autorità nazionali in questione non stanno prendendo i provvedimenti idonei a porvi rimedio», la stessa adotta una Raccomandazione in cui vengono indicate: le motivazioni, un termine per l'intervento dello Stato e se necessario anche i provvedimenti che dovrebbero essere adottati. Segue quindi una verifica dell'adempimento della Raccomandazione. Il presupposto perché questa procedura sia efficace, evidentemente, è costituito dal riconoscimento di un comune interesse al rispetto del principio di *rule of law* e dalla disponibilità dello Stato a collaborare con la Commissione.

Nei confronti della Polonia, cui si riferiscono le sentenze in commento, nel 2016 è stato attivato per la prima volta questo meccanismo, in seguito agli interventi sul sistema giudiziario cui si è fatto cenno. La Commissione è giunta a formulare quattro Raccomandazioni, a cui però lo Stato non ha dato seguito, continuando, anzi, ad inasprire i rapporti con la magistratura (si vedano: Raccomandazione (UE) 2016/1374 della Commissione, 27.7.2016, relativa allo Stato di diritto in Polonia; Raccomandazione (UE) 2017/146 della Commissione, 21.12.2016, relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alla raccomandazione (UE) 2016/1374; Raccomandazione (UE) 2017/1520 della Commissione, 26.7.2017, relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374 e (UE) 2017/146; Raccomandazione (UE) 2018/103 della Commissione, 20.12.2017, relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 e (UE) 2017/1520). In questa situazione, contestualmente alla quarta Raccomandazione, il 20 dicembre del 2017 la Commissione ha avviato anche la procedura ex art. 7, par. 1 al fine di far riconoscere "l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto" (V. Commissione europea, *Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in*

Polonia, Bruxelles, 20.12.2017, COM(2017) 835 final). Com'è noto, la norma prevede l'approvazione da parte dei 4/5 del Consiglio e il raggiungimento di un accordo politico così ampio è molto difficile. Ad oggi non si è giunti ad alcuna determinazione, tanto che il Parlamento europeo ha recentemente stigmatizzato la gravità della situazione affermando che: «l'incapacità del Consiglio di applicare efficacemente l'articolo 7 TUE continua a compromettere l'integrità dei valori comuni europei, la fiducia reciproca e la credibilità dell'Unione nel suo complesso» (si veda la *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2020 sulle audizioni in corso a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria* (2020/2513(RSP)), P9_TA-PROV(2020)0014, p.to 3).

La sintetica ricostruzione delle principali tappe della crisi polacca mette in evidenza i limiti degli strumenti “politici” previsti per la tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea e in particolare dello Stato di diritto, a cui va ricondotta la garanzia dell'indipendenza del Giudiziario. In questo contesto, la Commissione ha ritenuto di chiedere l'intervento della Corte di giustizia, avviando nei confronti della Polonia la procedura di infrazione ex art. 258 TFUE; a cui si è aggiunto anche il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali.

3. – Le due sentenze della Grande sezione che si prendono esame sono l'esito l'una di una procedura di infrazione (causa C-192/18) e l'altra di tre rinvii pregiudiziali (cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18): si è scelto di analizzarle insieme in quanto in entrambe la questione di fondo è quella delle garanzie di indipendenza della magistratura a fronte degli interventi del legislatore polacco di cui si è appena dato conto.

La Commissione nel suo ricorso contesta due riforme introdotte dall'art. 13 della legge del 12 luglio 2017, recante modifica della legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari e di talune altre leggi. La prima concerne la fissazione di un diverso limite di età per il pensionamento dei giudici (e dei membri della procura) a seconda che si tratti di uomini o donne, che viene considerata in contrasto con gli obblighi previsti dall'art. 157 TFUE e dagli articoli 5, lett. a) e 9, par. 1, lett. f) della direttiva 2006/54/CE, relativa all'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. La seconda riguarda la riduzione dell'età per il pensionamento dei giudici dei tribunali ordinari e la correlata possibilità per il Ministro della Giustizia di autorizzare o meno la proroga dell'esercizio delle funzioni, che avrebbe determinato la violazione degli obblighi derivanti dall'art. 19, par. 1, c. 2, TUE e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il potere riservato al Ministro, infatti, non sarebbe sorretto da una disciplina idonea ad assicurare che lo stesso non metta a rischio l'indipendenza dei giudici, rendendo questi ultimi soggetti al condizionamento dell'Esecutivo nell'esercizio delle loro funzioni. Non solo, l'operare congiunto della riduzione del limite d'età per il pensionamento e dell'autorizzazione alla proroga costituirebbe una violazione del principio di inamovibilità, che costituisce uno strumento fondamentale per assicurare che i giudici possano agire “*sine spe ac metu*”.

Le questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte suprema prendono in considerazione una pluralità di aspetti collegati all'anticipazione del pensionamento dei magistrati, con riferimento a un giudice della Corte suprema amministrativa (causa C-585) e a due giudici della stessa Corte suprema (cause C-624/18 e C-625/18). Le norme di diritto dell'Unione di cui viene chiesta l'interpretazione in relazione alle riforme introdotte dal legislatore polacco sono gli articoli 2, par. 1 e 9, par. 1 della direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nonché l'art. 2 e l'art. 19, par. 1, c. 2, del TUE; l'art. 267, c. 3, del TFUE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in relazione alle garanzie di indipendenza e imparzialità dei giudici. L'intervento della Corte di giustizia è funzionale ad individuare i criteri per valutare la

rispondenza ai parametri europei della Sezione disciplinare della Corte suprema, collegio di nuova istituzione, che sarebbe chiamato a decidere sulle contestazioni sollevate dai giudici nei procedimenti alla base dei rinvii pregiudiziali (in particolare, mancato accoglimento della richiesta di rimanere in funzione dopo il raggiungimento del limite di età e messa a riposo anticipata sulla base della nuova disciplina).

L'argomentazione di questo quest'ultimo profilo si fonda sulle modalità di scelta dei componenti della nuova Sezione disciplinare, che sono nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della magistratura. In particolare, viene richiamata la riforma che, come si è già segnalato, stabilisce che tutti i membri del Consiglio nazionale della magistratura, anche quelli togati, siano eletti dal Parlamento. Il giudice del rinvio mette innanzitutto in luce la contrarietà di questa soluzione rispetto al modello di Consiglio di giustizia accolto a livello europeo. Viene citata, tra gli altri documenti, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che rispetto ai Consigli di giustizia, cui è dedicato il Capo IV, propone che siano composti almeno per la metà da giudici scelti dai loro pari (cfr. Committee of Ministers, Recommendation CM/Rec(2010)12, *On judges: independence, efficiency and responsibilities*, 17.11.2010). Vi è poi l'analisi della nuova conformazione dell'organo e dell'atteggiamento tenuto dai suoi membri nel primo periodo di attività. Secondo la Corte suprema «[...] tanto le condizioni, segnatamente procedurali, in cui i membri della KRS sono stati selezionati e nominati nel corso del 2018, quanto un esame del modo in cui tale organo, così composto, ha fino ad oggi operato rivelerebbero un assoggettamento della KRS al potere politico e una sua inidoneità a esercitare il suo ruolo costituzionale di vigilare sull'indipendenza degli organi giurisdizionali e dei giudici» (p.to 42).

Il giudice del rinvio si interroga se, alla luce dell'interpretazione delle norme del diritto dell'Unione, è chiamato a disapplicare la disciplina nazionale che riserva la competenza sulle controversie sottoposte al suo esame ad una Sezione che non assicura garanzie di indipendenza e imparzialità conformi allo standard europeo, decidendo direttamente la controversia.

4. – Dalla sintetica ricostruzione delle questioni sottoposte alla Corte, sia nel ricorso per infrazione che nei rinvii pregiudiziali, è evidente che il tema di fondo è costituito dalla garanzia dell'indipendenza del Giudiziario, che si ritiene lesa dalle riforme legislative approvate in Polonia negli ultimi anni. Prima di analizzare i profili di merito, però, è opportuno prendere in considerazione le contestazioni sollevate dal Governo polacco rispetto alla competenza della Corte di giustizia, che offrono alcuni interessanti spunti di riflessione.

Con riferimento al ricorso per infrazione, viene segnalata innanzitutto l'avvenuta modifica della disciplina contestata, che ha fatto venire meno la differenza di età tra uomo e donna quanto al pensionamento e ha sottratto al Ministro della Giustizia il potere di autorizzare la proroga dell'esercizio delle funzioni, attribuendolo al Consiglio nazionale della magistratura. Sul punto, la Corte ribadisce che la situazione va valutata al momento della presentazione del ricorso, senza che si possa tenere conto degli interventi legislativi intervenuti successivamente. Per altro aspetto, il Governo contesta la possibilità di verificare la violazione dell'art. 19 TUE in collegamento con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, in quanto l'organizzazione della magistratura non è materia di competenza dell'Unione.

Con riserva di ritornare su questo aspetto nel prosieguo, meritano di essere richiamate le affermazioni della Corte sul punto: pur riconoscendo che «[...] l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza di questi ultimi», aggiunge che «ciò non toglie che, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri siano tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione

e, in particolare, dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE» (causa C-192/18, p.to 102). L'organizzazione del sistema sovranazionale si caratterizza per una forte integrazione in ambito giurisdizionale, con la conseguenza che «[...] ogni Stato membro deve, a norma dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, segnatamente garantire che gli organi che fanno parte, in quanto 'organi giurisdizionali' nel senso definito dal diritto dell'Unione, del suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione e che, pertanto, possono trovarsi a dover statuire in tale qualità sull'applicazione o sull'interpretazione del diritto dell'Unione, soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva» (*Ivi*, p.to 103). E tra questi vi sono quelli di indipendenza e imparzialità.

Passando a considerare il rinvio pregiudiziale, le controversie da cui ha preso origine riguardano l'applicazione della Direttiva sulla parità di trattamento, e conseguentemente il diritto al ricorso effettivo è collegato ad un caso di applicazione del diritto dell'Unione. Tuttavia nelle more dello svolgimento della causa è intervenuta un'ulteriore riforma, che ha eliminato l'effetto retroattivo dell'abbassamento dell'età pensionabile, che scatterebbe solo per le persone che avevano preso servizio dopo il 1 gennaio 2019, prevedendo che i giudici già messi a riposo siano reintegrati di diritto nei loro rispettivi organi giurisdizionali e disponendo l'archiviazione dei procedimenti pendenti (legge del 21 novembre 2018, che fa seguito agli interventi in via cautelare della Corte di giustizia nella causa per infrazione C-619/18, decisa con la condanna della Polonia il 24.6.2019).

A fronte della richiesta del Governo di riconoscere che le cause non avevano più ragione di proseguire, la Corte di giustizia distingue le diverse questioni. Considera cessata la causa C-585/18, che riguardava la domanda di mantenimento in funzione di un magistrato, non più necessaria a seguito della riforma, nonché la prima questione sollevata nelle cause C-624/18 e C-625/18 legata alla mancata nomina della Sezione disciplinare, successivamente perfezionata, mentre ritiene che vi siano sufficienti ragioni per affrontare la seconda e terza questione, relative alla Sezione disciplinare cui spetterebbe la decisione nelle vicende in oggetto.

La Corte manifesta una significativa apertura rispetto alla procedura di rinvio pregiudiziale, richiamando la propria giurisprudenza che riconosce, da un lato, il ruolo determinante della valutazione del giudice nazionale quanto alla necessità dell'intervento interpretativo, dall'altro, l'importanza di quest'ultimo in relazione alle questioni relative alla competenza degli organi giurisdizionali. In particolare, viene accolta la lettura proposta dalla Corte suprema, secondo cui il problema sollevato non riguarderebbe gli aspetti di merito, su cui sono intervenute le riforme, quanto piuttosto un profilo procedurale relativo propria alla competenza. Il giudice nazionale ha necessità di interpretare il diritto dell'Unione per capire se è chiamato a pronunciarsi in seguito all'eventuale disapplicazione della norma interna che attribuisce la competenza alla Sezione disciplinare.

In questa prospettiva, la Corte di giustizia è chiamata a prendere in considerazione una pluralità di interventi di riforma del legislatore polacco, analizzandoli attraverso il prisma delle garanzie di indipendenza e imparzialità del Giudiziario riconosciute a livello europeo. Come già ricordato, la valutazione della procedura di nomina dei componenti della Sezione disciplinare è l'occasione per riflettere anche sulla nuova conformazione del Consiglio nazionale della magistratura e sulla sua idoneità a svolgere il ruolo di garante dell'indipendenza dei giudici.

5. – Lasciando da parte i profili relativi al tema della parità di trattamento (in particolare al divieto di discriminazione per ragioni di genere o di età), ci si soffermerà in questa sede sull'argomentazione che la Corte sviluppa – usando in buona parte gli stessi termini nelle due decisioni – con riferimento alle garanzie di indipendenza dei giudici.

La motivazione sul punto è molto articolata e prende come riferimento innanzitutto la distinzione tra indipendenza esterna ed interna. Quanto all'indipendenza interna, la Corte propone un'interpretazione che la collega al principio di imparzialità considerandola come «l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi riguardo all'oggetto di quest'ultima». L'indipendenza esterna, che usualmente sta ad indicare l'indipendenza dagli altri poteri dello Stato, viene invece definita in termini generali come l'esigenza «che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, con la conseguenza di essere quindi tutelato dagli interventi o dalle pressioni esterni idonei a compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e a influenzare le loro decisioni». Quanto agli elementi che devono essere valutati, secondo la Corte: «Tali garanzie di indipendenza e di imparzialità presuppongono l'esistenza di regole, relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti» (causa C-192/18, p.ti 108-111 e cause C-585/18, 624/18 e 625/18, p.ti 121-123).

Le affermazioni appena citate sono sostenute dalla Corte attraverso il richiamo ai suoi precedenti; nella sentenza sul procedimento in via pregiudiziale però vi è un ulteriore passaggio, di particolare interesse. Alla luce dell'art. 52, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali – secondo cui «laddove la [presente] Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione [...]» – la Corte prende ampiamente in considerazione anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare, l'obiettivo è quello di «sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47, secondo comma, della Carta assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo» (cause C-585/18, 624/18 e 625/18, p.ti 116-118). Si tratta di una conferma della convergenza dei sistemi di integrazione operanti a livello europeo, in particolare con riferimento ai diritti e alle relative garanzie. Nel caso specifico le argomentazioni dei giudici di Lussemburgo sono rafforzate ed arricchite attraverso il confronto con la Cedu. Si può richiamare, tra i diversi profili, l'esigenza che il giudice non solo sia indipendente, ma anche appaia tale, che la Corte di Strasburgo considera essenziale per «la fiducia stessa che ogni giudice deve ispirare ai singoli in una società democratica» (cause C-585/18, 624/18 e 625/18, p.to 127).

Sulla base di questi parametri la Corte può dunque affrontare le questioni sottoposte al suo esame.

Nel ricorso per infrazione il tema è quello della possibilità di prorogare il mandato del giudice, venuto a cessare dalla funzione per la riduzione dell'età pensionabile. La Corte riconosce astrattamente la legittimità di soluzioni di questo tipo, anche con l'attribuzione della decisione al Ministro della Giustizia, purché siano sorrette da idonee garanzie. La disciplina adottata dalla Polonia, però, non appare adeguata agli standard europei: sono previsti dei criteri troppo generici; la decisione del Ministro comunque non deve essere motivata e non è sindacabile in giudizio; non è fissato un termine, con la conseguenza che vi può essere un lungo periodo di incertezza considerato che la domanda può essere presentata a partire da un anno e sino a sei mesi prima del pensionamento. Tenuto conto di tutti questi elementi, secondo la Corte la disciplina descritta «è idonea a suscitare legittimi dubbi, segnatamente nei singoli, quanto all'impermeabilità dei giudici interessati rispetto a elementi esterni e alla loro neutralità rispetto agli interessi che possano trovarsi contrapposti dinanzi ad essi»

(causa C-192/18, p.to 124). Tra l'altro la soluzione adottata mette in discussione, secondo la Corte, anche un altro principio cardine dell'indipendenza dei magistrati, quello dell'inamovibilità, che com'è noto nasce in epoca liberale proprio per tutelare giudici dagli abusi dell'Esecutivo. Il concorso tra riduzione dell'età per la pensione e il potere del Ministro di autorizzare la proroga delle funzioni determina un meccanismo che può essere utilizzato per colpire i giudici considerati ostili alle scelte della maggioranza. Alla luce di tutte queste considerazioni, la Corte conclude che la Polonia «è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE» (*Ivi*, p.to 136).

Passando ad esaminare le questioni interpretative sollevate dalla Corte suprema, le stesse concernono – come già ricordato – la nuova Sezione disciplinare della Corte suprema, della cui indipendenza il giudice del rinvio dubita. In tale prospettiva viene presa in esame innanzitutto la procedura di nomina dei membri della Sezione, che costituisce uno degli elementi da cui dipende l'indipendenza dei giudici. La legge nazionale prevede la decisione del Presidente della Repubblica, sulla base della proposta formulata dal Consiglio nazionale della magistratura. Anche in questo caso il ragionamento della Corte è molto articolato. Si riconosce che l'attribuzione del potere di nomina dei giudici al Presidente di per sé non implica una situazione di dipendenza, ma è necessario che «i requisiti sostanziali e le modalità procedurali siano tali da non poter suscitare nei singoli dubbi legittimi in merito all'impermeabilità dei giudici interessati rispetto a elementi esterni e alla loro neutralità rispetto agli interessi contrapposti, una volta avvenuta la nomina» (cause C-585/18, 624/18 e 625/18, p.to 134). Come si può notare, la formulazione è la stessa utilizzata rispetto ai provvedimenti di proroga nell'esercizio delle funzioni. Le soluzioni adottate dal legislatore non vanno giudicate in termini astratti, ma verificate nel loro concreto funzionamento per valutare che non creino neppure il dubbio che i magistrati siano condizionati nel loro operare.

964

In questo caso, l'intervento del Consiglio nazionale della magistratura dovrebbe garantire l'indipendenza dei giudici, ma la recente riforma sembra invece aver reso anche quest'organo soggetto alle influenze della maggioranza politica. La Corte precisa, riguardo ai dubbi sollevati dal giudice del rinvio, che «[...] sebbene l'uno o l'altro elemento in tal modo messo in evidenza da detto giudice possa non essere censurabile di per sé e rientrare, in tal caso, nella competenza degli Stati membri e nelle scelte da essi effettuate, la loro combinazione, insieme alle circostanze in cui tali scelte sono state compiute, può invece indurre a dubitare dell'indipendenza di un organo chiamato a partecipare al procedimento di nomina di giudici, e ciò quand'anche, considerando detti elementi separatamente, una conclusione del genere non si imponga». (*Ivi*, p.to 142). E qui la Corte riprende le questioni indicate dal giudice del rinvio, già ricordate al par. 3.

La Corte propone un analogo approccio anche con riferimento in generale alla Sezione disciplinare, chiedendo che il giudice svolga un'analisi complessiva che tenga conto oltre che della procedura di nomina anche di altri elementi, primo fra tutti la circostanza che la creazione dell'organo è avvenuta contestualmente all'introduzione del nuovo limite di età, oggetto a sua volta di forti critiche; che per la sua formazione possono essere scelti solo giudici di nuova nomina; che alla Sezione sono assicurate particolari condizioni di autonomia all'interno della Corte suprema (*Ivi*, p.ti 147-151).

Alla luce di queste considerazioni «pertanto, il giudice del rinvio è chiamato a valutare – pur tenendo conto, se del caso, dei motivi o degli obiettivi specifici che vengano dedotti dinanzi al medesimo per tentare di giustificare talune delle misure in questione – se la combinazione degli elementi menzionati ai punti da 143 a 151 della [presente] sentenza e di qualunque altra circostanza pertinente, debitamente dimostrata, di cui esso venga a conoscenza sia idonea a generare dubbi legittimi, nei singoli, quanto all'impermeabilità della Sezione disciplinare rispetto a elementi esterni e, in particolare, a influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo, e quanto alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti e, pertanto, possa portare

a una mancanza di apparenza d'indipendenza o di imparzialità di detto organo tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare a detti singoli in una società democratica» (*Ivi*, p.to 153). Se così fosse, dovrebbe disapplicare la normativa interna che prevede la competenza della Sezione disciplinare per permettere che la controversia sia decisa da un giudice che risponda ai requisiti di indipendenza e imparzialità.

6. – Entrambe le decisioni – come si è visto – partono dal presupposto del carattere “integrato” del sistema giurisdizionale europeo: i giudici nazionali sono chiamati ad applicare il diritto dell'Unione, nei settori di competenza, in rapporto con la Corte di giustizia, assicurando ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva. Di conseguenza, agli stessi devono essere assicurate garanzie di indipendenza corrispondenti allo standard europeo, così da poter essere riconosciuti come “organi giurisdizionali” ai sensi della normativa sovranazionale. In forza di questa premessa, si giustifica l'applicazione dell'art. 19 TUE, letto in correlazione con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Se dunque l'organizzazione del sistema giurisdizionale è una competenza propria di ciascuno Stato, la stessa non può essere esercitata in modo da violare lo standard di indipendenza riconosciuto a livello europeo. Questo è il presupposto per assicurare la fiducia reciproca tra gli Stati, essenziale per la costruzione dell'Unione come “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (v. la giurisprudenza sul mandato di arresto europeo; rispetto alla Polonia la causa C-216/18-PPU, *LM*, 25.7.2018), ma ancor prima è una sfida per il mantenimento del quadro valoriale su cui si fonda il processo di integrazione sovranazionale.

Nelle motivazioni della Corte viene ricordato l'intrinseco legame tra la garanzia dell'indipendenza del Giudiziario e i valori che connotano l'identità europea. L'art. 19 TUE «concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE»; il principio della tutela giurisdizionale effettiva cui fa riferimento «costituisce infatti un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta» (causa C-192/18, p.ti 98 e 100).

E ancora: «Questo requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto» (cause riunite C-585/18; 624/18; 625/18, p.to 120).

Le sentenze della Corte vanno dunque al cuore del sistema sovranazionale: l'indipendenza del potere giudiziario costituisce un elemento del modello di democrazia accolto in Europa (si può parlare in senso ampio di Europa, comprendendo anche il Consiglio d'Europa) e deve quindi essere difesa contro i tentativi degli Stati membri di metterla in discussione. Questo non significa imporre un modello particolare di organizzazione dei poteri, ma porre dei limiti oltre i quali le scelte degli Stati non possono essere accettate. Del resto, come si è ricordato in apertura di questo lavoro, le riforme della disciplina della magistratura, alcune delle quali prese in considerazione nelle decisioni in commento, hanno determinato un conflitto molto forte tra la Polonia e l'Unione europea, con l'attivazione di tutti gli strumenti previsti per la tutela del principio dello Stato di diritto. Purtroppo, però, gli stessi si sono rivelati inefficaci, con la conseguenza che la Commissione europea ha deciso di coinvolgere la Corte di giustizia attraverso la procedura di infrazione.

Certamente le decisioni di condanna possono avere un impatto giuridico immediato, ma portano con sé il rischio di coinvolgere la Corte in un confronto, politico, che riguarda in sostanza l'identità europea. Nel caso dei rinvii pregiudiziali, la Corte di giustizia può essere l'ultimo baluardo di difesa per l'indipendenza dei giudici nazionali, di cui sostiene (indirettamente) la resistenza a riforme legislative ritenute illegittime. Questa sinergia tra giudici dell'Unione e giudici nazionali è essenziale in un sistema integrato come è quello europeo, ma può rendere ancora più complessa la situazione dei giudici nazionali. È quello che è successo in Polonia, dove, a fronte dell'uso del rinvio pregiudiziale per mettere in discussione le scelte del Legislatore, il Governo ha risposto proponendo un'ulteriore disciplina finalizzata a sanzionare i giudici che svolgano qualsiasi attività che ostacoli il funzionamento del sistema giudiziario o che contestino la validità delle nomine dei magistrati o la legittimità degli organi costituzionali dello Stato (le indicazioni sono tratte da v. P. Marcisz, *Discipline and Punish: New Polish Reforms of the Judiciary*, in *VerfBolg*, 22.12.2019).

Nel titolo di questo lavoro si è ipotizzata una garanzia europea dell'indipendenza dei giudici nazionali ma, quando la crisi concerne le scelte di fondo di un Paese, anche la forza della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo è limitata. È vero che spesso la Corte di giustizia ha anticipato l'evoluzione del diritto dell'Unione, come è stato ad esempio per la tutela dei diritti fondamentali, ma in questo caso il passo in avanti richiesto dalle decisioni analizzate presuppone un cambiamento prima di tutto dell'approccio degli Stati, che devono accettare che il "patrimonio costituzionale europeo" diventi un paradigma veramente condiviso. Negli anni più recenti il riemergere dei nazionalismi e l'incapacità di affrontare unitariamente le diverse crisi che si sono poste all'Unione, di cui quella relativa al fenomeno migratorio è probabilmente la più eclatante, avevano già evidenziato le difficoltà di una tale evoluzione o meglio, in altre parole, dello stesso processo di integrazione. Oggi le vicende legate all'emergenza sanitaria indotta dal COVID-19 ne sono la conferma più drammatica.

Custodia cautelare in carcere, presunzione di innocenza ed onere della prova

di Andrea Perelli

Title: Pre-trial detention, presumption of innocence and burden of proof

Keywords: Pre-trial detention; Presumption of innocence; Burden of proof.

1. – La sentenza in commento ha avuto origine da un rinvio pregiudiziale proposto alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale speciale per i procedimenti penali della Bulgaria (Spetsializiran nakazatelen sad) nell'ambito del processo in cui era imputato DK da parte della Procura specializzata di quel Paese.

In particolare, la domanda verteva sull'interpretazione dell'art. 6 della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, nonché degli artt. 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora innanzi, *breviter*: la Carta).

2. – Il quadro normativo – eurounitario e nazionale – d'interesse può essere così brevemente ricostruito.

Il considerando 16 della direttiva 2016/343 ritiene che la presunzione di innocenza sarebbe violata se dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche o decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza presentassero l'indagato o imputato come colpevole, fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. Pertanto, dovrebbero restare impregiudicate le decisioni preliminari di natura procedurale, adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità, quali le decisioni riguardanti la custodia cautelare in carcere, purché non presentino l'indagato o imputato come colpevole.

Il successivo considerando 22 afferma che l'onere della prova della colpevolezza di indagati e imputati incombe alla pubblica accusa e deve valere la regola *in dubio pro reo*. La presunzione di innocenza risulterebbe violata qualora l'onere della prova fosse trasferito dalla pubblica accusa alla difesa, fatti salvi eventuali poteri di accertamento dei fatti esercitati d'ufficio dal giudice, la sua indipendenza nel valutare la colpevolezza dell'indagato o imputato e il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato.

L'art. 2 della medesima direttiva, rubricato "Ambito di applicazione", dispone la direttiva si applica alle persone fisiche che sono indagate o imputate in un procedimento penale. Si applica a ogni fase del procedimento penale, dal momento in

cui una persona assuma lo *status* d'indagato o imputato e sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se sia o meno colpevole.

L'art. 3 della direttiva, rubricato "Presunzione di innocenza", stabilisce che gli Stati membri assicurano che agli indagati e imputati sia riconosciuta la presunzione di innocenza fino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza.

L'art. 4, § 1, della medesima direttiva, rubricato "Riferimenti in pubblico alla colpevolezza", impone agli Stati membri l'adozione delle misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole, impregiudicati – ovviamente – gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità.

L'art. 6, § 1, della medesima direttiva, rubricato "Onere della prova", impone agli Stati membri di porre l'onere della prova della colpevolezza degli imputati (e degli indagati) in capo alla pubblica accusa, fatto salvo l'eventuale obbligo per il giudice competente di ricercare le prove – a carico ed a discarico – ed il diritto della difesa di produrre nuove prove in conformità al diritto nazionale applicabile. Il § 2 del medesimo articolo richiama la regola in dubio pro reo.

L'art. 270, c. 1, c.p.p. bulgaro (Nakazatelno-protsesualen kodeks) dispone che la domanda di sostituzione della misura coercitiva può essere presentata in qualsiasi momento nel corso del processo. Una nuova domanda relativa alla misura coercitiva può essere proposta dinanzi al giudice competente qualora le circostanze, che avevano determinato l'adozione della misura *de qua*, siano mutate.

Ai sensi dell'art. 270, c.2, c.p.p. bulgaro, su tali domande il Tribunale si pronuncia con ordinanza resa in pubblica udienza.

3. – Il procedimento principale vedeva il signor DK – ricorrente – imputato di appartenenza ad un gruppo criminale organizzato e di omicidio. Nell'ambito del relativo procedimento, in data 11 giugno 2016, il ricorrente veniva sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere ed in data 9 novembre 2017 veniva rinviato a giudizio – per le medesime accuse – dinanzi al Tribunale speciale per i procedimenti penali.

A partire dal 5 febbraio 2018, l'imputato presentava sette diverse domande di revoca della misura cautelare, tutte respinte dai giudici nazionali, con la motivazione che le argomentazioni addotte non erano sufficientemente convinenti ai sensi del diritto nazionale. Nel corso dell'udienza del 4 settembre 2019 DK presentava al Tribunale speciale un'ottava domanda, con il medesimo oggetto.

4. – Così ricostruiti il quadro normativo ed i fatti alla base del rinvio pregiudiziale, il giudice *a quo* chiarisce che il diritto bulgaro prevede che quando un imputato in stato di custodia cautelare viene rinviato a giudizio, il giudice del merito effettua d'ufficio un vaglio sulla misura cautelare stessa e se ne ritiene fondati i presupposti questa si prolunga *sine die*, fino alla sentenza definitiva, non essendo più soggetta ad alcun controllo d'ufficio. Pertanto, la remissione in libertà dell'imputato può avvenire solo a fronte di un'apposita domanda dello stesso, che deve provare la sopravvenienza di nuove circostanze, che ne giustifichino la liberazione.

Il Tribunale – alla luce della ridetta normativa interna e della sua interpretazione fornita dalla giurisprudenza nazionale – afferma di ritenere improbabile che DK possa assolvere al citato onere della prova e dubita della conformità della normativa interna all'art. 6 ed al considerando 22 della direttiva

2016/343, “in quanto tali disposizioni potrebbero essere interpretate nel senso che impongono di far gravare sull'accusa l'onere di provare la fondatezza del mantenimento della persona interessata in custodia cautelare, nonché nel senso che consentono di ammettere presunzioni a favore di detta fondatezza solo se siano ragionevolmente proporzionate allo scopo perseguito e tengano conto dei diritti della difesa”.

Vengono – inoltre – in rilievo gli artt. 6 e 47 della Carta.

In particolare, l'art. 6 corrisponde all'art. 5 della CEDU e tale ultima norma è stata interpretata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo (Sentenza della Corte EDU del 27 agosto 2019, *Magnitskiy e altri contro Russia*) nel senso della contrarietà con tale disposizione di qualsiasi presunzione a favore della legittimità del mantenimento di un imputato in stato di detenzione preventiva.

Il Tribunale rimettente, formula quindi la seguente questione pregiudiziale “Se una normativa nazionale che, nell'ambito della fase del giudizio del procedimento penale, condiziona l'accoglimento della domanda della difesa volta alla revoca della detenzione dell'imputato al verificarsi di un mutamento delle circostanze, sia conforme all'articolo 6 e al considerando 22 della direttiva 2016/343, nonché agli articoli 6 e 47 della [Carta]”.

5. – Il giudice *a quo* ha – inoltre – chiesto che la questione fosse assoggettata alla procedura d'urgenza, ai sensi dell'art. 107 del regolamento di procedura della Corte, rappresentando che dalla soluzione della questione dipendeva la soluzione all'istanza di DK, il quale era privato della libertà personale per quella causa dall'11 giugno 2016.

La Corte, ha accolto l'istanza sulla base di due differenti argomenti:

- I. la direttiva 2016/343 rientra nella materia oggetto del titolo V della terza parte del Trattato FUE, relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia; il ricorso può quindi essere sottoposto al procedimento pregiudiziale d'urgenza;
- II. l'imputato si trovava privato della libertà personale per questa causa e la soluzione della questione pregiudiziale avrebbe potuto avere un effetto diretto sull'istanza *de libertate* presentata dall'imputato medesimo.

6. – Pacifica l'applicazione della direttiva in questione al caso di merito, la Corte ha ritenuto che la stessa abbia perseguito una minima armonizzazione e non possa “*essere interpretata come uno strumento completo ed esaustivo volto a stabilire tutte le condizioni per l'adozione di una decisione sulla custodia cautelare*” (si vedano Sentenza del 19 settembre 2018, *Milev*, C-310/18 punto 47, e Ordinanza del 12 febbraio 2019, *RH*, C-8/19, punto 59).

Pur all'interno di tale contesto, gli artt. 3 e 4 della direttiva impongono che la decisione di un'autorità giudiziaria in merito all'applicazione ad un indagato o imputato di una misura di carcerazione preventiva eviti di presentare il proposto come colpevole.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte (si veda, Sentenza del 19 settembre 2018, *Milev*, C-310/18 punto 48) ha precisato che rimangono disciplinati dai singoli diritti nazionali:

- I. il grado di convincimento che il giudice chiamato ad adottare una siffatta decisione deve nutrire circa l'autore del reato;
- II. le modalità di esame dei diversi elementi di prova;
- III. la portata della motivazione che tale giudice è tenuto a fornire in risposta agli argomenti sottopostigli.

Inoltre, l'art. 6 della direttiva riparte l'onere della prova in merito alla decisione sulla colpevolezza dell'imputato e non anche per gli atti infraprocedimentali; ne

conseguenze che esso fissa due regole (l'onere della prova in capo all'accusa e la regola *in dubio pro reo*) che valgono solamene nell'adozione della decisione conclusiva del processo e quindi non nelle procedure incidentali, riguardanti l'applicazione (e l'eventuale mantenimento) del regime custodiale.

Orbene, così interpretato il quadro normativo eurounitario di riferimento, la Corte precisa che “una decisione giudiziaria il cui unico scopo è l'eventuale mantenimento di un imputato in custodia cautelare ha il solo scopo di accertare se tale persona debba o meno essere rimessa in libertà, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, senza determinare se detta persona sia colpevole del reato di cui è accusata” (punto 35 della sentenza). Ne consegue che la direttiva 2016/343 non si applica alla procedura oggetto del giudizio *a quo* e che la ripartizione dell'onere della prova all'interno di tale procedura è interamente rimessa ai singoli diritti nazionali, in quanto – ad avviso della Corte – siffatta procedura ha natura incidentale rispetto al giudizio di merito e non è tesa a stabilire la colpevolezza dell'imputato, ma solamente a vagliare la sussistenza o meno dei requisiti per il mantenimento dello *status* di detenzione preventiva. Ne consegue, in definitiva, l'inapplicabilità dell'art. 6 della citata direttiva alla procedura in questione.

È appena il caso di notare che siffatto orientamento era già stato adottato dalla Corte con la propria sentenza del del 19 settembre 2018, *Milev* (C-310/18) e ribadita con l'ordinanza del 12 febbraio 2019 – generata anch'essa da un ricorso pregiudiziale proposto da un giudice nazionale bulgaro in relazione alle medesime disposizioni del c.p.p. nazionale – con la quale la Corte ha specificato che l'ultimo periodo del considerando 16 della direttiva *de qua* (“prima di prendere una decisione preliminare di natura procedurale, l'autorità competente potrebbe prima dover verificare che vi siano sufficienti prove a carico dell'indagato o imputato tali da giustificare la decisione e la decisione potrebbe contenere un riferimento a tali elementi”) ha il solo scopo di chiarire il *dictum* dell'art. 4 della medesima direttiva, il quale – con la seconda frase del § 1 – chiarisce che la disposizione lascia impregiudicate le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità. In altri termini, è lo stesso testo della direttiva che precisa che la stessa non può trovare applicazione in relazione alle procedure incidentali riguardanti l'applicazione e/o il mantenimento della custodia cautelare in carcere.

L'inapplicabilità alla procedura nazionale oggetto del giudizio del diritto dell'Unione comporta – ai sensi dell'art. 51, § 1, della Carta (il quale stabilisce che la stessa si applica agli Stati Membri solamente in attuazione del diritto dell'Unione) – l'inapplicabilità alla medesima procedura degli artt. 6 e 47 della Carta.

In definitiva, la procedura nazionale che impone all'imputato detenuto in stato di custodia cautelare di dare la prova del mutamento della situazione di fatto che aveva originariamente determinato l'adozione della misura di carcerazione preventiva, non essendo tesa a stabilire se lo stesso sia innocente o colpevole, è sottratta *ratione materiae* all'ambito di applicazione della direttiva UE n. 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016 ed – in virtù dell'art. 51, § 1, della Carta – all'ambito di applicazione degli artt. 6 e 47 della Carta medesima, rimanendo soggetta solamente al diritto nazionale.

7. – Orbene, così ricostruiti il quadro normativo di riferimento e la sentenza *de qua* occorre effettuare alcune considerazioni.

La direttiva in commento è stata fatta oggetto da parte della Corte di un'interpretazione letterale, che finisce per ridurre sensibilmente la portata applicativa. Invero, l'art. 4, § 1, in punto di ambito di applicazione viene interpretato in senso restrittivo come riferito solo ai giudizi di merito, aventi ad oggetto la

statuizione di colpevolezza o di innocenza dell'imputato, sicché solo in relazione a questi può trovare applicazione il corredo di garanzie disposto dalla direttiva medesima, primo fra tutti il divieto di porre in capo alla difesa l'onere della prova dell'innocenza dell'indagato/imputato e la correlativa applicazione della regola *in dubio pro reo* (art. 6).

Invero, benché la procedura di applicazione della misura cautelare, anche custodiale, abbia certamente natura incidentale rispetto al giudizio di merito, essendo inidonea a dispiegare alcun effetto pregiudizievole sulla decisione finale, tuttavia non può tacersi il rischio che un sistema nazionale come quello dal quale è originato il giudizio adombri il rischio di determinare una detenzione preventiva senza termine, anche maggiore di quanto possa essere in concreto la pena irrogata al termine del giudizio (il diritto bulgaro prevede infatti che il fascicolo di merito sia definito in termini ragionevoli, ogni volta in cui l'imputato sia sottoposto a misura cautelare per quella causa).

Andrea Perelli
Tribunale di Alessandria
Sezione unica penale
ag.perelli@hotmail.it

La disciplina del subappalto dopo la “sentenza tedeschi”: illegittima anche la disposizione che limita al 20% la possibilità di ribassare i prezzi

di Carmine Podda

Title: Subcontracting after the "Tedeschi ruling": illegitimate also the provision that limits to 20% the possibility to lower the prices

Keywords: Public procurement; Subcontracting; Jurisdictional provision.

1. – A poche settimane dalla sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), la Corte di Giustizia Europea si è nuovamente espressa in materia di subappalto con la pronuncia del 27 novembre 2019, causa C-402/18: ancora una volta i giudici comunitari hanno contestato la lettera eccessivamente restrittiva dell'art. 118 del D.Lgs. 163/2006, nei fatti sostanzialmente trasfusa nel nuovo Codice dei Contratti all'art. 105 del D.Lgs. 50/2016.

Nella pronuncia di settembre, cd “sentenza Vitali”, la Corte aveva avuto modo di chiarire come anche la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici - abrogatoria della direttiva 2004/18/CE - osta ad una normativa nazionale che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Sulla scia di tale inequivocabile principio direttivo si pone anche la pronuncia di novembre, cd “sentenza Tedeschi”, che arriva a minare ancor di più la stabilità della disciplina italiana sul subappalto in quanto dichiara la stessa non in linea con le direttive comunitarie nella misura in cui limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

2. – Il tutto trae origine da un ricorso proposto dinanzi al TAR Lazio da una società risultata seconda in graduatoria all'esito di una procedura di gara sopra soglia comunitaria: la ricorrente deduceva al riguardo la duplice violazione della normativa nazionale in materia di subappalto nella misura in cui la quota parte dell'appalto che l'aggiudicatario intendeva subappaltare rappresentava oltre il 30% dell'importo complessivo, ed anche in considerazione del fatto che la stazione appaltante aveva accettato un ribasso della remunerazione corrisposta alle imprese subappaltanti superiore al 20% rispetto ai prezzi unitari di cui all'aggiudicazione.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio accoglieva tale ricorso che veniva appellato dall'aggiudicatario soccombente innanzi al Consiglio di Stato, il quale si vedeva altresì destinatario di appello incidentale da parte del ricorrente vittorioso relativamente alle censure non accolte in primo grado, tra cui quella vertente la

violazione della disposizione del diritto italiano relativa al divieto di subappalto superiore alla soglia del 30%.

I Giudici di Palazzo Spada - nutrendo dubbi sulla compatibilità della normativa italiana con il diritto dell'Unione nella misura in cui la medesima, consentendo un ricorso limitato al subappalto, non sarebbe in linea anzitutto con la direttiva 2004/18 e si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di apertura alla concorrenza e con quello teso a favorire l'accesso agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese – decidevano di sospendere il procedimento e di rinviare alla Corte di Giustizia.

Nello specifico il Giudice del rinvio, con Ordinanza Sez.VI, 11/ 06/ 2018, n.3553, richiedeva se i principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi impedissero l'applicazione di una normativa nazionale secondo la quale il subappalto non potesse superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto e, allo stesso tempo, obbligassero l'affidatario a praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al 20%.

3. – La sentenza comunitaria in questione era particolarmente attesa tra gli addetti ai lavori tenuto conto che la giurisprudenza nazionale, a fronte dello specifico incerto articolato in materia contenuto nel D.Lgs. 163/2006, aveva sollevato diverse criticità e molteplici indirizzi interpretativi poi amplificati dalla CGUE (*infra* sentenza del 14.07.2016 /causa C-406/14, nonché sentenza del 5.04.2017 /causa C-298/15)

Proprio per questo, nel tentativo di chiarire le suddette criticità, il legislatore nazionale ha cercato di dare una prima risposta concreta con il D.L. n. 32/2019 “Decreto Sblocca Cantieri”, che ha aumentato il limite di ricorso al subappalto dal 30% al 50% dell'importo contrattuale, ha eliminato l'obbligo di indicazione in sede di offerta della terna a dei subappaltatori e ha finanche eliminato il divieto di subappalto nei confronti dei concorrenti non risultati aggiudicatari nella medesima procedura di gara.

Tali modifiche normative non sono tuttavia state integralmente convertite: la Legge n. 55/2019 non ha confermato quanto stabilito dal Decreto avendo ridotto dal 50% al 40% la quota subappaltabile (disciplina peraltro transitoria in quanto dichiarata in vigore fino al 31.12.2020) e reintrodotta il divieto di subappalto nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari della medesima gara.

All'esito delle ultime - ancora una volta discutibili - integrazioni normative, e tenuto altresì conto della sopraggiunta “*sentenza Vitali*” (26 settembre 2019, causa C-63/18) che nuovamente ha posto l'accento sui perseveranti profili di illegittimità della disciplina nazionale in materia di subappalto, è intervenuta nel complessivo dibattito anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Dapprima, con Comunicato del Presidente del 23 ottobre 2019, Anac, nel fornire indicazioni per l'aggiornamento del “Bando-tipo n.1” in virtù delle modifiche al Codice apportate dalla legge di conversione del Decreto Sblocca Cantieri, ha individuato le specifiche clausole ivi contenute non conformi alla nuova norma sul subappalto o la cui applicazione è da ritenersi sospesa.

Più di recente, con Atto di Segnalazione del 13 novembre 2019, l'Autorità ha segnalato al Legislatore l'urgenza di intervenire nuovamente alla modifica della disciplina dell'istituto non conforme al diritto UE provvedendo ad una complessiva «compensazione tra i diritti di libertà riconosciuti a livello comunitario e le esigenze nazionali di sostenibilità sociale, ordine e sicurezza pubblica, che sono sempre stati alla base della limitazione all'utilizzo dell'istituto».

Con specifico riferimento al limite percentuale di ricorso al subappalto, Anac ha inoltre rilevato come la Corte di Giustizia, pur ribadendo la non conformità dello stesso al diritto UE, pare non abbia sancito la possibilità per i concorrenti di ricorrere illimitatamente all'istituto.

E ciò sarebbe testimoniato dal fatto che in uno specifico passaggio della “sentenza Vitali” (rimarcato altresì nella successiva “sentenza Tedeschi”), il Giudice comunitario abbia evidenziato come il contrasto al fenomeno dell’infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisca un obiettivo legittimo per il legislatore nazionale giustificante una restrizione alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE.

Tuttavia, va allo stesso modo riconosciuto che, anche ritenendo che una limitazione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione eccessiva è da considerarsi contraria ai principi di libera concorrenza e non discriminazione.

4. – In tale complesso quadro si innesta la sentenza del 27 novembre 2019, causa C-402/18 che rappresenta l’ennesimo richiamo della Corte nei confronti del legislatore nazionale al rispetto delle direttive comunitarie in materia e dunque a sottolineare la illegittimità anche della nuova formulazione dell’articolato in materia di subappalto, come da integrazioni in ultimo apportate al D.Lgs. 50/2016 dalla Legge di Conversione del Decreto Sblocca Cantieri.

Nello specifico, a fronte della domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, la Corte ha in prima battuta argomentato sulla corretta interpretazione delle direttive 2004/18 e 2014/24 e sulla eventualità che esse ostino a una normativa nazionale che limiti al 30% la quota parte dell’appalto che l’offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Secondo i giudici comunitari, obiettivo della direttiva 2004/18 (applicabile nel caso specifico in considerazione della data – 24 dicembre 2015 – del bando di gara) è che l’aggiudicazione degli appalti pubblici avvenga nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione.

La medesima direttiva riconosce ai concorrenti la facoltà di ricorrere al subappalto: nell’ipotesi in cui i documenti di gara impongano agli offerenti di indicare le parti dell’appalto che essi hanno intenzione di subappaltare nonché il nominativo dei subappaltatori, la stazione appaltante ha il diritto, per quanto riguarda l’esecuzione di parti essenziali dell’appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori dei quali non sia stata in grado di verificare le capacità in occasione della valutazione delle offerte (sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562).

Tuttavia non risulta conforme a tale dettame una normativa nazionale che imponesse un rigido quanto astratto limite di ricorso al subappalto: la soglia del 30% risulta dunque incompatibile con la direttiva 2004/18 e con l’obiettivo, ivi contenuto, di garantire nella misura più ampia il principio della concorrenza nonché l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

Su tale aspetto le argomentazioni della Corte risultano ancora una volta trancianti: la suddetta interpretazione, già affermata in diverse precedenti pronunce, non può essere rimessa in discussione dall’argomentazione avanzata dal legislatore italiano secondo cui il limite del 30%, nella sostanza un chiaro tentativo di depotenziamento del ricorso all’istituto del subappalto, sarebbe giustificato dall’intento di scongiurare infiltrazioni criminose.

E ciò in quanto, se è vero che il contrasto al fenomeno dell’infiltrazione mafiosa nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punti 27 e 28), è altrettanto vero che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare nel corso di tutta la procedura i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all’articolo 2 della direttiva 2004/18, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (v., in tal senso,

sentenza del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 23).

Non può dunque ritenersi ammissibile una previsione normativa che vieti in modo generale e astratto il ricorso al subappalto per una quota parte che superi una percentuale fissa dell'importo dell'appalto pubblico di cui trattasi, e ciò, peraltro, indipendentemente dal settore economico interessato dalla commessa o dall'identità dei subappaltatori.

Inoltre, un tale divieto generale non lascia spazio alcuno a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 26 settembre 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

La Corte suggerisce a tal riguardo misure alternative in linea con le direttive comunitarie: obbligare l'offerente a fornire nella fase dell'offerta le identità degli eventuali subappaltatori, in modo da consentire alla stazione appaltante di effettuare le opportune verifiche nei confronti dei soggetti proposti.

Quanto alla seconda parte della questione rimessa, il Consiglio di Stato chiede se la direttiva 2004/18 nonché la direttiva 2014/24 debbano essere interpretati nel senso che esse ostano a una normativa nazionale che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

A tal riguardo il Codice dei Contratti italiano impone di limitare, per tutti gli appalti, i prezzi che possono essere corrisposti ai subappaltatori incaricati di svolgere prestazioni oggetto di una commessa pubblica, non essendo ammesso nei confronti di tali prestazioni un ribasso superiore al 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

Anche in questo caso la Corte osserva come il limite percentuale nazionale sia definito in modo generale e astratto applicandosi a prescindere dal settore economico della commessa ed indipendentemente da qualsiasi valutazione della normativa di settore o dei contratti collettivi in vigore in materia di condizioni di lavoro.

Se è vero che l'obiettivo della tutela dei lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto può, in linea di principio, giustificare limitazioni al ricorso al subappalto, è altrettanto indubbio che siffatte restrizioni possono essere imposte solo purché siano compatibili con il diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 18 settembre 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punto 28 e 31).

Il limite di cui sopra eccede quanto necessario al fine di assicurare ai lavoratori impiegati nel contesto di un subappalto una tutela salariale: la soglia del 20% non lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indistintamente ed indipendentemente dalla normativa di settore e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati.

Peraltro, aggiunge la Corte, il limite in esame non può essere giustificato neppure dall'obiettivo consistente nel voler garantire la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto: trattasi ancora una volta di limite generale, astratto e comunque sproporzionato.

Potrebbe essere a tal riguardo ancora una volta valutata una misura alternativa consistente nel richiedere nella documentazione di gara agli offerenti di indicare la quota parte di appalto che intendono subappaltare prevedendo altresì la possibilità, per l'ente aggiudicatore, di vietare agli offerenti di sostituire subappaltatori qualora lo stesso ente non sia stato in grado di verificare previamente l'identità e l'affidabilità dei nuovi subappaltatori eventualmente proposti (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 57).

Ragion per cui la direttiva 2004/18/CE osta a una normativa nazionale che limita al 30% la quota parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi, ovvero che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

5. – Lo scenario che a questo punto si prospetta lascia dunque perplessi: se è vero che la sentenza in esame si è pronunciata sull'art. 118 del D.Lgs. 163/2006, è altrettanto vero che la stessa riflette i suoi diretti effetti anche sull'articolo 105 del D.Lgs. 50/2016, a sua volta non conforme alla disciplina comunitaria per gli aspetti appena analizzati.

E se le statuizioni della Corte di Giustizia hanno immediata operatività negli ordinamenti interni con il valore di *ius superveniens* (*infra* Cons. Stato Sez. IV, n. 1020/2014 e Cass. civ. Sez. V, n. 22577/2012), si pone dunque la questione della disapplicazione della previsione normativa nazionale non conforme.

A rendere il quadro complessivo ancora più complesso, la giurisprudenza nazionale più recente che, come testimoniato ad esempio dal TAR Lecce, 05.12.2019 n. 1938, che ha interpretato i principi dettati dalla CGUE nel senso che non possa più ritenersi applicabile “a priori” il limite del 30% al subappalto, ma che debba invece essere valutato in concreto se il ricorso al subappalto dichiarato in gara (nel caso specifico più del 90% delle prestazioni oggetto dell'appalto) possa violare i principi di trasparenza, di concorrenza e di proporzionalità.

Una interpretazione giurisprudenziale che non può che confermare la nebulosità generale che avvolge oggi la applicazione della disciplina del subappalto alla luce dei chiari dettami della Corte nei confronti di una previsione normativa ancora una volta fragile e che dunque necessita di un risolutorio intervento del Legislatore nazionale.

Carmine Podda
Avvocato in Firenze
podda2003@libero.it

“Imbrigliamento della mobilità” e disciplinamento nei sistemi di accoglienza. Illegittimità dell’espulsione da un alloggio per comportamenti violenti

di Pier Giuseppe Puggioni

Title: “Bridled Mobility” and Discipline in Reception Systems. Illegitimate expulsion from an accommodation centre due to violent behaviour

Keywords: Immigration law; International protection; Asylum seekers.

1. – Nel corso del tempo, l’evolvere progressivo del processo di integrazione europea va inducendo gli organismi sovranazionali a fare i conti con le più antiche contraddizioni insite nei sistemi giuridici nazionali. Questi, infatti, promuovono la tutela delle prerogative soggettive a vantaggio di ogni essere umano e, tuttavia, non mancano di sviluppare dispositivi atti a garantire l’ubbidienza e costringere la libertà degli individui ‘indisciplinati’. Si può, d’altronde, osservare come tutte le «istituzioni disciplinari», di cui il potere moderno si avvale, definiscano sempre «un certo modo di investimento politico e dettagliato del corpo, una nuova “microfisica” del potere», guadagnando «domini sempre più vasti, come se tendessero a ricoprire l’intero corpo sociale» (M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Torino 1975, 151). Ora, l’impiego di categorie foucaultiane al fine di leggere la condizione del migrante in Europa potrebbe forse apparirci fuori luogo, se la nostra vista si lasciasse ingannare dall’apparenza. Infatti, soltanto la mera apparenza ci porterebbe a separare nettamente i concetti di «disciplina» e «governamentalità» da alcune vicende recentemente poste all’attenzione del supremo giudice dell’Unione, che anzi fanno emergere con forza quella condizione sociologica, comune a tutti i migranti, la quale risiede nel vincolo di «un’unica relazione politica di potere che si dispiega lungo tutto il percorso migratorio» (S. Mezzadra, M. Ricciardi, *introduzione* a Aa. Vv., *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, 2013, 20).

La sentenza *Zubair Haqbin* del 12 novembre 2019, pronunciata dalla Corte di Giustizia nell’ambito della causa C-233/18, si iscrive infatti in quel settore della giurisprudenza europea dedicato al fenomeno migratorio ed al coordinamento dei sistemi di accoglienza. Nell’ambito della controversia, avviata dinanzi al giudice belga, è stato sollevato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, avente a oggetto l’interpretazione di alcune disposizioni contenute nella direttiva 2013/33/UE in relazione alla normativa nazionale adottata in Belgio per dettare il regime dell’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Nell’analizzare il caso nazionale da cui è sorta la questione interpretativa, pare opportuno calarsi nel contenuto normativo della direttiva, che in effetti costituisce il parametro di giudizio e,

non a caso, rappresenta il primo elemento giuridico evocato dalla Corte, secondo lo stile delle proprie sentenze.

La direttiva summenzionata, che abroga e sostituisce la precedente direttiva 2003/9/CE, reca un complesso di «norme relative all'accoglienza dei richiedenti negli Stati membri», tese a porsi quale nuovo parametro (rispetto alle norme minime adottate nel decennio precedente) in relazione al quale valutare l'implementazione della politica europea sull'accoglienza a livello nazionale. In particolare, di tale provvedimento giova rilevare due aspetti in via preliminare, in quanto rivestono particolare importanza con riguardo all'inserimento della direttiva nell'ambito del progetto politico perseguito dall'Unione in questa materia. In primo luogo, è opportuno guardare al *core* della disciplina, imperniata sulla definizione-chiave di «condizioni materiali di accoglienza» (art. 2, lett. g). Si tratta d'una nozione già contenuta, peraltro, nella direttiva del 2003 (art. 2, lett. j), volendosi con tale locuzione alludere a quelle misure garantite dagli Stati membri a favore dei richiedenti asilo (*scil.*, «condizioni di accoglienza»), che in particolare comprendono «alloggio, vitto e vestiario, forniti in natura o in forma di sussidi economici o buoni, o una combinazione delle tre possibilità, nonché un sussidio per le spese giornaliere».

In secondo luogo, la Corte stessa ricorda come il *considerando 25* si preoccupi di stabilire il principio in base al quale gli Stati membri devono contrastare le «possibilità di abuso del sistema di accoglienza» attraverso la specificazione delle «circostanze in cui le condizioni materiali di accoglienza dei richiedenti possono essere ridotte o revocate, pur garantendo nel contempo un livello di vita dignitoso a tutti i richiedenti». Pertanto, è agevole osservare come la garanzia delle misure adottate dall'autorità nazionale di uno Stato membro mostri, fin dal principio, la pervasività del proprio potere nel senso del disciplinamento: tant'è vero che l'art. 20, paragrafo 4, della direttiva consente esplicitamente agli Stati membri di «prevedere sanzioni applicabili alle gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza nonché ai comportamenti gravemente violenti». La disposizione, inoltre, presume – e concede – che la repressione degli abusi avvenga principalmente attraverso la riduzione e la revoca delle condizioni materiali di accoglienza, cercando tuttavia di limitarne la portata alla luce di due principi. Da una parte, vi è la garanzia del «tenore di vita dignitoso» (a cui allude altresì l'art. 20.5 della direttiva), che rinvia all'applicazione dell'art. 1 della Carta di Nizza ed esige, secondo l'interpretazione della Corte, «che l'interessato non si trovi in una situazione di estrema deprivazione materiale che non gli consenta di far fronte ai suoi bisogni più elementari, quali nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio, e che pregiudichi quindi la sua salute fisica o psichica o che lo ponga in uno stato di degrado incompatibile con tale dignità» (v. *Haqbin*, 46). Peraltro, la medesima Corte si era espressa in modo analogo in relazione ad una questione relativa alla richiesta di protezione internazionale, culminata nella pronuncia *Jarvo* del 19 marzo 2019 (C-163/17, punto 92).

Inoltre, come si è detto, la direttiva impone agli Stati membri di «specificare» le circostanze per le quali le condizioni materiali possono essere rese oggetto di provvedimenti limitativi (riduzione o revoca), lasciando intendere come tale potere statale debba rimanere circoscritto a determinate ipotesi, specificate in quantità e qualità dal legislatore. A tal proposito, l'art. 20, paragrafo 1 della direttiva provvede ad elencare tre circostanze – tutte imputabili al «richiedente» – in cui la riduzione o la revoca sono consentite. Ciò si verifica quando il richiedente: a) lasci il luogo di residenza determinato dall'autorità competente senza informare tali autorità, oppure, ove richiesto, senza permesso; b) contravvenga all'obbligo di presentarsi alle autorità o alla richiesta di fornire informazioni o di comparire per un colloquio personale concernente la procedura d'asilo durante un periodo di tempo ragionevole stabilito dal diritto nazionale; c) abbia presentato una domanda reiterata quale definita all'articolo 2, lettera q), della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale. Inoltre, i paragrafi 2 e 3 del

medesimo articolo prevedono le ipotesi ulteriori della mancata richiesta, entro un tempo ragionevole, della protezione internazionale e dell'occultamento di risorse finanziarie. È appena il caso di anticipare che oggetto della questione sottoposta alla Corte sarà proprio la sussunzione di tali misure ablatorie delle condizioni materiali di accoglienza sotto la categoria delle «sanzioni», di cui al paragrafo 4. Fin qui, ad ogni modo, pare indiscutibile la portata sanzionatoria della riduzione e della revoca delle misure di accoglienza.

Una configurazione siffatta del potere dello Stato rispecchia, ancora una volta, la ricerca di una dimensione «governamentale» anche nel rapporto tra sistema di accoglienza e soggetto migrante. Infatti, la *governamentalità* – che ricomprende tutte quelle pratiche di governo tese a coinvolgere gli individui nell'esercizio del potere sovrano – racchiude nel suo seno la razionalità fondante il potere stesso ed insieme il criterio per limitarlo, posto che lo sviluppo razionale del potere porta con sé l'emersione della «critica» alle sue pretese di governo (si tratta della cosiddetta «arte di non essere eccessivamente governati»; cfr. Foucault, *Illuminismo e critica*, Donzelli, Roma 1997, pp. 37-39). Sebbene tale concezione tratteggi un panorama che, tutto sommato, appare positivo nei confronti della libertà individuale, si osserva tuttavia come questo meccanismo presenti una grave insufficienza: infatti, nella misura in cui le prerogative del potere vengono definite da chi esercita di fatto la disciplina, i limiti giuridici rimangono, per così dire, 'esterni' alla «pratica di governo» e non incidono profondamente sulla sua estrinsecazione (cfr. S. Catucci, *Introduzione a Foucault*, Roma-Bari, 2019, 128). La preponderanza di tali limiti giuridici può sorgere laddove si sviluppino – ed è forse questa la direzione in cui procede la giustizia a più livelli nell'Unione europea – efficaci meccanismi di *enforcement* utili a realizzare e concretizzare la posizione normativa dei limiti all'espansione del potere.

2. – Dopo aver svolto un breve tentativo di inquadramento della direttiva in rapporto all'indirizzo politico europeo, occorre volgere lo sguardo ai profili che caratterizzano la vicenda da cui prende le mosse la questione pregiudiziale portata all'attenzione della Corte. Analizzando questi ultimi, risulterà più facile comprendere la configurazione giuridica attribuita dalla legislazione belga al rapporto tra richiedenti asilo e strutture di accoglienza e quali ripercussioni essa abbia avuto nei confronti di Zubair Haqbin, cittadino afgano giunto in Belgio come minore non accompagnato e beneficiario di protezione internazionale.

La vicenda sorge a partire dal provvedimento di esclusione dall'assistenza materiale nel centro di accoglienza di Broechem, emesso nei confronti del giovane Haqbin ad aprile 2016, in seguito al quale il minore afgano ha dovuto trascorrere 15 giorni fuori dall'alloggio, in un parco e poi presso le abitazioni di suoi conoscenti, prima di essere assegnato ad un nuovo centro di accoglienza. Il motivo di tale revoca temporanea dell'alloggio risiederebbe nel comportamento gravemente violento del richiedente, il quale avrebbe istigato e preso parte ad «una rissa tra residenti di varie origini etniche» (così registra sinteticamente la Corte di Giustizia, al punto 18). Il suddetto provvedimento è stato adottato in applicazione dell'art. 45 della legge 12 gennaio 2007 (c.d. legge sull'accoglienza), il cui disposto è significativo, in quanto mette nettamente in luce il carattere punitivo di talune misure.

Il primo comma dell'art. 45 sancisce, infatti, che il beneficiario dell'accoglienza può essere *sanzionato* «in caso di grave violazione del regime e delle regole di funzionamento applicabili alle strutture di accoglienza». Non stupisce, peraltro, l'altra parte dello stesso articolo secondo cui «in nessun caso l'attuazione di una sanzione può avere come effetto la completa soppressione del sostegno materiale concesso in forza della presente legge». A stupire è invece il contenuto della disposizione eccezionale, anteposta alla frase appena riportata, che fa salva «la sanzione di cui al comma 2, punto

7»: quest'ultima (qualificata in tutto e per tutto come 'sanzione') consiste in nientemeno che l'*esclusione temporanea* dal beneficio del sostegno materiale in una struttura di accoglienza, per una durata massima di un mese. Tale sanzione comporta, come effetto ulteriore, «l'impossibilità di beneficiare di qualsiasi altra forma di accoglienza, ad eccezione dell'accesso all'assistenza medica». Nel caso di specie, il provvedimento di esclusione era stato adottato rispettando alla lettera le procedure stabilite dalla legge: si prevede, infatti, che le sanzioni siano inflitte dal responsabile della struttura e successivamente confermate dal direttore generale della «Fedasil» (*Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, ossia l'Agenzia federale per l'accoglienza dei richiedenti asilo in Belgio). Inoltre, la rissa che aveva visto coinvolto il Signor Haqbin sembrava soddisfare tutti i requisiti relativi alla gravità della condotta ed al rischio specifico per la sicurezza nella struttura di accoglienza, per cui evidentemente le autorità federali non hanno avuto dubbi a confermare il provvedimento già adottato e a negare la richiesta di sospensione dello stesso perché il richiedente «non aveva dimostrato di essere costretto a vivere in strada» (*Haqbin*, punto 21).

La controversia avviata dinanzi al giudice nazionale vede quindi Haqbin proporre domanda di annullamento di un provvedimento illegittimo, con conseguente risarcimento del danno, contro la «Fedasil». Il rinvio viene sollevato solamente in secondo grado, dal momento che il primo giudice adito aveva rigettato il ricorso in quanto infondato. La questione portata dinanzi al giudice di Lussemburgo ha per oggetto l'interpretazione dell'art. 20 della direttiva 2013/33 e riguarda, come si è anticipato, il fatto che il paragrafo 4 sembra fare riferimento a sanzioni diverse dalla riduzione e dalla revoca delle condizioni materiali di accoglienza. Tuttavia, secondo il giudice del rinvio, che si rifà alla lettura data alla disposizione dal *Raad van State* (il Consiglio di Stato belga), vi sarebbe spazio per altre interpretazioni, che evidentemente contemplano la possibilità di ricondurre le misure di cui al paragrafo 1 alle sanzioni *ex* paragrafo 4. Le altre questioni pregiudiziali, anch'esse interessanti ai nostri fini, riguardano, da un lato, la facoltà per l'autorità pubblica di soddisfare le esigenze relative al tenore di vita dignitoso limitandosi a fare affidamento sull'assistenza privata, nonché, dall'altro lato, quella di applicare le sanzioni *ex* art. 20, par. 4, ad un minore non accompagnato.

3. – Per poter meglio apprezzare la carica propulsiva impressa dalla direttiva e dalla sentenza della Corte rispetto alle legislazioni nazionali, sembra utile estendere lo sguardo ad altri scenari nazionali in Europa, individuando secondo quale regime normativo altri Stati membri regolino il sistema di accoglienza. Si procederà, dunque, attraverso l'analisi di due ordinamenti di cui quello belga è un parente assai vicino, onde ricavare un quadro (parziale, ma tutto sommato) indicativo della linea di tendenza seguita dai sistemi giuridici nazionali in Europa con riferimento al problema del disciplinamento dei migranti che risiedono nei centri di accoglienza.

In primo luogo, occorre rivolgere l'attenzione allo scenario francese, nell'ambito del quale la legge n. 2007-290, del 5 marzo 2007, fonda il diritto dei richiedenti asilo ad ottenere l'alloggio e la presa in carico (*prise en charge*) da parte delle strutture d'accoglienza, secondo il cosiddetto principio di continuità, sulla base del quale l'accoglienza d'urgenza (*hébergement d'urgence*) viene prolungata, rispetto alla durata inizialmente prevista, finché non si trovi una soluzione adeguata e permanente. Con riferimento al contesto francese, il tema della revoca delle condizioni di accoglienza rispetto a chi benefici della protezione internazionale è disciplinato dalla normativa secondaria e, segnatamente, dalla circolare DGAS/1A/LCE n. 2007-90 del 19 marzo 2007, che interpreta e concretizza le disposizioni della legge con particolare riferimento alla «*fin de prise en charge*». Secondo il testo della circolare, il principio di continuità della 'presa in carico' non esclude che la struttura sia affrancata da tale obbligo in

quattro casi, che includono il deliberato abbandono dell'alloggio da parte del residente, la mancata presentazione di questi nel periodo fissato dal regolamento interno, il rifiuto del mantenimento offerto dalla struttura e, infine, l'azione di comportamenti pericolosi (*comportements dangereux*) nei confronti degli altri residenti o del personale.

Anche in questo emerge la particolare tendenza delle strutture di accoglienza a 'punire' i residenti – per così dire – 'in aggiunta' rispetto alle forze di pubblica sicurezza ed alla giurisdizione. Peraltro, considerazioni analoghe vengono formulate dalla giurisprudenza amministrativa francese, secondo la quale è perfettamente lecita l'esclusione dalla struttura d'accoglienza (*structure d'accueil*) nel caso in cui un residente commetta violazioni gravi e ripetute alle sue obbligazioni («*manquements graves et répétés*», cfr. *Conseil d'État*, 17 marzo 1993, n. 89.572). È dunque possibile apprezzare il carattere fortemente pervasivo della pratica del disciplinamento all'interno degli stabilimenti preposti all'alloggio dei richiedenti asilo. Tali strutture, infatti, operano secondo un ordine giuridico interno, che tuttavia traduce normativamente una relazione di potere essenziale al loro stesso funzionamento; tant'è vero che l'inflizione di quelle sanzioni (l'espulsione, la riduzione o la revoca della 'presa in carico') avviene allorché i residenti violino il regolamento interno (*règlement de fonctionnement*) dello stabilimento (cfr. F. Vialla, *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, Paris, 2012, 350).

Per quanto riguarda, invece, la normativa nazionale italiana, si deve ricordare che il nostro ordinamento ha provveduto a recepire la direttiva 2013/33/UE attraverso il cosiddetto 'decreto accoglienza' (d. lgs. n. 142 del 2015), che prevede «norme relative all'accoglienza dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi richiedenti protezione internazionale nel territorio nazionale» (art. 1, comma 1). Secondo il sistema tratteggiato dalla fonte appena ricordata, a beneficio dei richiedenti asilo sono previsti diversi livelli di misure d'accoglienza, che vanno dai centri di prima accoglienza ai servizi di accoglienza integrata, con la possibilità di rivolgersi, nel caso di insufficienza dell'ordinario sistema, ai centri di accoglienza straordinaria (i cosiddetti C. A. S., di cui all'art. 11).

Orbene, il decreto summenzionato prevede chiare disposizioni in merito alla «revoca delle condizioni di accoglienza» all'art. 23, che attribuisce al prefetto competente il potere di disporre tale provvedimento ablatorio, «con proprio motivato decreto», ove ricorra una delle seguenti cinque ipotesi: *a*) mancata presentazione presso la struttura individuata ovvero abbandono del centro di accoglienza da parte del richiedente, senza preventiva motivata comunicazione alla prefettura; *b*) mancata presentazione del richiedente all'audizione davanti all'organo di esame della domanda; *c*) presentazione di una domanda reiterata ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni; *d*) accertamento della disponibilità da parte del richiedente di mezzi economici sufficienti; *e*) violazione grave o ripetuta (*sic*) delle regole delle strutture in cui è accolto da parte del richiedente asilo, compreso il danneggiamento doloso di beni mobili o immobili, ovvero comportamenti gravemente violenti. Come si vede, l'ipotesi di cui alla *lett. e*) non soltanto riproduce alla lettera la locuzione fatta propria dal diritto francese, ma ulteriormente conferma quella lettura della revoca del beneficio in chiave sanzionatoria e punitiva.

Si può allora concludere, a proposito di questo scorcio comparatistico sulla normativa in materia di accoglienza, affermando l'evidente tendenza degli ordinamenti nazionali europei a legittimare, attraverso il riconoscimento del potere di espulsione, la punizione dei comportamenti violativi della disciplina interna agli stabilimenti, che di tale accoglienza si fanno garanti. La sostanziale omogeneità delle legislazioni qui (pur succintamente) richiamate dimostra che alla legittima necessità di garantire la sicurezza nei centri di accoglienza non ha tuttavia sempre corrisposto, come lamentato nel caso che si sta esaminando, una appropriata tutela dei diritti fondamentali europei.

4. – Dopo aver richiamato sinteticamente la vicenda processuale e pre-processuale che caratterizza il caso del Sig. Haqbin ed avere assunto ulteriore consapevolezza della diffusa tendenza ad un forse eccessivo disciplinamento all'interno dei centri per l'accoglienza dei richiedenti asilo, è possibile impiegare gli strumenti acquisiti per analizzare il contenuto della pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia. Il giudice dell'Unione, infatti, prende in esame il problema impostandolo secondo quanto riferito dal giudice del rinvio: chiedendosi, cioè, se la revoca o la riduzione delle condizioni materiali di accoglienza rappresentino una «sanzione» e, in caso affermativo, a quali condizioni tale sanzione possa venire applicata.

Orbene, la Corte esamina in primo luogo alcune definizioni, tra cui quella di «persona vulnerabile». Quest'ultima categoria, comprensiva dei minori non accompagnati (quale era il Sig. Haqbin al momento del fatto), beneficia in effetti di una speciale considerazione da parte della direttiva 2013/33, che all'art. 17.2 prevede che gli Stati membri garantiscano una qualità di vita «adeguata» (*Haqbin*, punto 34). È evidente come il giudice di Lussemburgo cerchi di argomentare nel senso che tale garanzia di un'adeguata qualità di vita debba tradursi in un trattamento di particolare favore con riferimento alle condizioni materiali di accoglienza *ex art. 20*. Inoltre, la sentenza sottolinea come la previsione di cui al primo paragrafo dell'articolo 20 disponga che, nelle ipotesi contemplate, gli Stati membri possono ridurre o, «*in casi eccezionali debitamente motivati*» (punto 37), revocare tali condizioni materiali. Sicché, può facilmente desumersi l'anticipazione d'una valutazione negativa, operata dalla Corte, in relazione alle norme nazionali che prevedano la revoca quale unica misura applicabile nel caso in cui si verificano le ipotesi di cui ai paragrafi 1, 2 e 3 dell'art. 20 (si veda *supra*, par. 1). La revoca, in ultima analisi, deve rappresentare un'*extrema ratio*, non già la prima misura da adottare per rispondere a quegli specifici comportamenti qualificati dalla norma.

984

Per risolvere la prima questione pregiudiziale, la Corte si mette dunque alla ricerca della *ratio* che fonda le norme della direttiva sull'accoglienza, trovandola nel già ricordato *considerando 25*, dal quale ricava il principio per cui il potere di ridurre o revocare le condizioni materiali di accoglienza può essere esercitato solamente nelle ipotesi «*in cui sussiste un rischio di abuso, da parte dei richiedenti, del sistema di accoglienza*» (punto 44, corsivo aggiunto). Di seguito, si legge che, «come segnatamente fatto presente dalla Commissione, se gli Stati membri hanno la possibilità di adottare misure relative a dette condizioni per tutelarsi da un rischio di abuso del sistema di accoglienza, essi devono, parimenti, avere tale possibilità anche in caso di grave violazione delle regole che disciplinano i centri di accoglienza o di comportamenti particolarmente violenti» (*ibidem*). In ogni caso, a giudizio della Corte le sanzioni adottate per reprimere condotte siffatte (ai sensi dell'art. 20.4) devono, conformemente all'art. 20.5, essere applicate in modo obiettivo, imparziale, dotate di motivazione e proporzionate «alla particolare situazione del richiedente», dovendosi, in ogni caso, «salvaguardare il suo accesso all'assistenza sanitaria e – lo abbiamo già visto – un tenore di vita dignitoso» (punto 45).

Il prosieguo del ragionamento è abbastanza lineare, bastando alla Corte sottolineare come l'imposizione di una sanzione *ex art. 20.4* (per punire comportamenti violenti) consistente nella revoca temporanea delle condizioni materiali di accoglienza relative all'alloggio, al vitto o al vestiario sarebbe *incompatibile* con l'obbligo degli Stati di garantire al richiedente un tenore di vita dignitoso, «giacché lo priverebbe della possibilità di far fronte ai suoi bisogni più elementari» (punto 47), oltre al fatto che una misura sanzionatoria di siffatta entità sarebbe palesemente sproporzionata rispetto alla condotta del richiedente (punto 48). La conclusione della Corte di Giustizia, pertanto, nega che uno Stato membro possa prevedere, «tra le sanzioni che possono essere inflitte ad un richiedente in caso di gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza nonché

di comportamenti gravemente violenti», la revoca – anche temporanea – delle condizioni materiali di accoglienza (punto 56).

Quanto, invece, alle altre questioni pregiudiziali, la sentenza si limita, da un lato, a ribadire che la concessione di un accesso alle condizioni materiali di accoglienza «deve essere assicurato dalle autorità degli Stati membri» (punto 50), i quali non possono, pertanto, espellere i richiedenti dalle strutture pubbliche e fare affidamento sulle attività private. Dall'altro lato, la Corte sottolinea l'obbligo, sussistente in capo agli Stati membri, di tutelare «l'interesse superiore del minore», che dovrebbe costituire «un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri, delle disposizioni della menzionata direttiva concernenti i minori» e delle disposizioni relative alle sanzioni applicabili in casi analoghi a quello dell'*Haqbin* (punti 54 e 56).

In conclusione, la Corte di giustizia cerca di risolvere la questione valutando, in ragione degli elementi del caso principale puntualmente definiti dal giudice del rinvio, la 'sanzione' della revoca su una base di ragionevolezza e proporzionalità. D'altronde, al giudice europeo è chiara la necessità che comportamenti gravemente violenti e pericolosi siano controllati e sanzionati, sebbene una misura tesa ad escludere il richiedente dal sistema di accoglienza non risulti affatto appropriata, all'esito di una valutazione complessiva delle esigenze di sicurezza. La sentenza, dunque, interpreta il diritto europeo al fine di garantire la maggiore tutela possibile dei diritti fondamentali e, al contempo, un bilanciamento ragionevole delle relazioni di potere tra il soggetto richiedente protezione internazionale e gli stabilimenti di accoglienza.

5. – L'esito della pronuncia *Haqbin* è senza dubbio quello di una forte spinta verso la limitazione del potere sanzionatorio in capo alle autorità statali in ordine all'accoglienza dei richiedenti asilo. D'altronde, il caso esaminato mostra come la risoluzione delle questioni pregiudiziali possa valere come efficace strumento di evoluzione per l'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Basti pensare, infatti, alle considerazioni della Commissione – riportate dalla Corte al punto 44 –, dalle quali si evince che l'indirizzo politico europeo procede tendenzialmente nella medesima direzione che abbiamo visto caratterizzare i sistemi giuridici nazionali. Per questi, così come per la Commissione, l'abuso del sistema d'accoglienza ben può essere contrastato attraverso la riduzione o la revoca delle condizioni materiali di accoglienza. La Corte di Giustizia, invece, è di tutt'altro avviso ed argomenta traendo le proprie conclusioni su base 'logica', finendo per imprimere un'ulteriore linea di sviluppo del diritto europeo verso un'ottica di maggiore tutela dei diritti, in conformità tutte quelle istanze riassunte nella Carta dei diritti fondamentali (cfr. punti 4 e 54, che rinviano a varie disposizioni della Carta).

Per il vero, è possibile intravedere una certa presa di posizione 'politica' del giudice dell'Unione, dal momento che nessun procedimento rigorosamente logico imporrebbe una soluzione siffatta in modo univoco. In primo luogo, infatti, la rilevata incompatibilità tra la riduzione o revoca delle condizioni materiali d'accoglienza e l'obbligo di garantire al richiedente tenore di vita dignitoso deriva da una valutazione normativa, non già analitica, delle disposizioni della direttiva. È allora plausibile ritenere che la Corte avanzi un'interpretazione siffatta per arginare una tendenza degli Stati alla deresponsabilizzazione nei confronti dei migranti che richiedono la protezione internazionale. La stessa nozione della «dignità» appare più che altro valutativa, posto che nell'ordine logico del discorso la definizione richiamata si rivela puramente tautologica: l'art. 1 della Carta di Nizza si limita, infatti, ad affermarne l'inviolabilità, mentre nella sentenza *Jarwo* (C-163/17, punto 92, già richiamata) la Corte afferma sostanzialmente che uno Stato non deve cagionare una situazione di estrema deprivazione materiale o di degrado «incompatibile con la dignità umana». D'altra parte, la Corte stessa assume che tale criterio opera quando si abbia a che fare con «una

persona completamente dipendente dall'assistenza pubblica» (*ibidem*), non escludendosi dunque che tale dignità possa essere tutelata tramite il ricorso a strutture private. Quanto appena rilevato rende ancor più evidente il messaggio politico della sentenza *Haqbin*, che invece – come abbiamo visto – nega agli Stati membri la possibilità di sgravarsi dagli obblighi imposti dalla direttiva espellendo il richiedente e limitandosi a fornirgli «un elenco di strutture di accoglienza a cui potrebbe rivolgersi per ivi beneficiare di condizioni materiali di accoglienza equivalenti a quelle che gli sono state revocate» (*Haqbin*, punto 49).

Oltre alle considerazioni di ordine logico riportate poc'anzi, la sentenza lascia trasparire una valutazione normativa (o politica) anche sotto un profilo sostanziale. Infatti, come abbiamo cercato di mostrare nei paragrafi addietro, la riduzione e la revoca delle condizioni materiali d'accoglienza sono misure atte a reprimere una serie di condotte più o meno determinate, per effetto delle quali si produce un abuso del sistema d'accoglienza. Tali provvedimenti, dunque, rivelano un'indiscutibile portata sanzionatoria, che si manifesta con riferimento alle ipotesi contemplate dalla direttiva. Si può pensare ad alcuni esempi particolarmente emblematici, come il caso in cui il richiedente «lasci il luogo di residenza determinato dall'autorità competente senza informare tali autorità [o, comunque, senza permesso]», oppure il caso in cui il richiedente contravvenga «all'obbligo di presentarsi alle autorità o alla richiesta [effettuata dalle autorità per ragioni procedurali]» (art. 20.1, *lett. a e b*). In tutti questi casi, si stabilisce una sostanziale disparità di trattamento tra il migrante che richieda protezione internazionale ed il cittadino comune, dal momento che il provvedimento 'punitivo' di esclusione dall'alloggio previsto per il primo (e solo per il primo) risulta, oltre che sproporzionato, fortemente inibitorio rispetto all'espletazione della libertà di movimento.

Orbene, un rapporto così strutturato tra richiedente e sistema d'accoglienza non sembra in alcun modo presentare buoni auspici per il vicino futuro della mobilità internazionale, per lo meno nella misura in cui il libero esercizio di questo potere nel senso del disciplinamento produce di fatto un «imbrigliamento della mobilità» (Y. Moulier-Boutang, *Dalla schiavitù al lavoro salariato*, Roma 2002, 38). Alcuni autori riferiscono tale concetto al cosiddetto 'lavoro esogeno' (ossia al rapporto di lavoro del migrante), ma – a ben guardare – anche nella relazione con la struttura di accoglienza il richiedente sperimenta una «etero-limitazione della mobilità», per cui egli è sostanzialmente incapace di praticare l'opzione «*exit*» e sollevare la propria «*voice*» proponendo ricorso giurisdizionale (cfr. A. O. Hirschman, *Lealtà, Defezione, Protesta. Rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti e dello Stato*, Milano, 1982). Infatti, la compressione giuridica della possibilità di muoversi è tale per cui alla mancata presentazione di fronte ad una richiesta dell'autorità consegue la chiusura dei cancelli da parte dell'intero sistema di accoglienza.

Alla luce della politica migratoria e di accoglienza dell'Unione europea, la Corte di Giustizia sembra leggere il dispositivo giuridico in un senso sicuramente più liberale. La mobilità nello spazio fisico e sociale rappresenta, infatti, nientemeno che «l'altro nome della libertà» e questa libertà «di andare e venire senza intralci» (Moulier-Boutang, *op. cit.*, 257-260) investe tutta la vita degli uomini, nelle relazioni privati come nel contesto pubblico. Non è un caso, peraltro, che Kant parlasse di «*ospitalità universale*» come portato e insieme condizione di un diritto cosmopolitico e d'una pace perpetua, per lo meno nella misura in cui tale ospitalità assume il contenuto di «un diritto di visita, che spetta a tutti gli uomini, di proporsi come membri della società» (I. Kant, *Per la pace perpetua*, in *Id., Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, 1995, 177). L'imperativo dell'ospitalità comporta dunque che uno «straniero» non venga «trattato ostilmente quando arriva sul suolo di un altro», poiché – afferma il filosofo – gli uomini «non possono disperdersi all'infinito» per via della superficie sferica della Terra e, d'altra parte, «nessuno ha più diritto che un altro a stare

in un luogo di essa» (*ibidem*). Giova sottolineare, ad ulteriore completamento dell'analisi, come una tendenza analoga sia individuabile anche in altre pronunce della stessa Corte, come ad esempio quella sul caso *TB c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* (C-519/18), in cui si afferma che la valutazione, ai fini del ricongiungimento familiare, dell'incapacità di sovvenire alle proprie necessità debba avvenire «tenendo conto della situazione particolare in cui si trovano i rifugiati».

Le valutazioni della Corte di Lussemburgo nella sentenza *Haqbin* danno, in definitiva, l'impressione di cercare un appiglio per scongiurare la pericolosa tendenza delle politiche nazionali, eccessivamente sbilanciate nella direzione della sicurezza e scarsamente dedite alla garanzia dei rapporti interindividuali che hanno per presupposto la mobilità umana, oramai trattata alla stregua di «un bene limitato e suscettibile di essere messo a valore» secondo gli schemi proprietari della modernità (cfr. E. Rigo, *Cittadinanza, migrazioni e ordine territoriale*, in Aa. Vv., *Movimenti indisciplinati*, cit., 136). Il quadro politico dell'Unione europea potrebbe dunque trarre giovamento da talune pronunce che, come questa, tengono in debita considerazione la prospettiva dell'individuo concreto, caratterizzato piuttosto da bisogni e debolezze che da numeri di registro. A parte il dato squisitamente giuridico, nel caso *Haqbin* pare piuttosto sentirsi l'eco di quel saggio insegnamento ai Paesi europei secondo cui sono gli uomini concreti, e non l'Uomo, a vivere sulla terra e ad abitare il mondo (cfr. H. Arendt, *The Human Condition* (1958), Chicago, 1998).

Pier Giuseppe Puggioni
Dip.to di Giurisprudenza
Università di Pisa
piergiuseppe.puggioni@phd.unipi.it

La videosorveglianza nei condomini e la tutela della privacy secondo il diritto UE

di Francesco Santolini

Title: Video surveillance in residential buildings and data protection according to EU law

Keywords: Video surveillance; Data protection; Dir. 95/46/EC and GDPR.

1. – Con sentenza dell'11 dicembre 2019, la Terza Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa circa la compatibilità con la normativa europea in materia di trattamento dei dati personali di una legislazione nazionale che, per finalità di sicurezza degli abitanti, permette l'installazione di un sistema di videosorveglianza nelle parti comuni di un immobile ad uso abitativo anche senza il consenso di alcuni condomini.

Nello specifico, oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale era l'interpretazione della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Come premesso dai giudici di Lussemburgo, la sentenza, tenuto conto della data dei fatti oggetto della controversia, concerne una normativa attualmente abrogata e sostituita, a far data dal 25 maggio 2018, dal regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, più noto come General Data Protection Regulation (GDPR). Interessante sarà quindi esaminare quanto la pronuncia mantenga elementi di rilevanza anche nell'attuale contesto normativo.

Da tenere presente, ai fini di una migliore comprensione di quanto segue, che nella direttiva 95/46/CE si utilizzava la locuzione «responsabile del trattamento» per definire chi «determina le finalità e gli strumenti del trattamento dei dati personali», denominato nel GDPR «titolare del trattamento».

2. – Il caso che ha originato il rinvio pregiudiziale è il seguente. In un immobile sito in una città della Romania la «associazione dei comproprietari» ha deliberato, nell'aprile 2016, l'installazione di telecamere di sorveglianza, che poco tempo dopo, sono state posizionate in vari punti dell'edificio in cui maggiore era il passaggio di persone.

TK, proprietario di uno degli appartamenti e ivi residente, si è opposto all'introduzione della videosorveglianza nel palazzo, sostenendo che essa violasse il diritto al rispetto della vita privata. Dal momento che, nonostante i ripetuti solleciti e finanche il riconoscimento scritto dell'illegittimità dell'installazione da parte dell'assemblea stessa che l'aveva deliberata, il sistema continuava a funzionare, TK ha

adito il Tribunale superiore di Bucarest, affinché ingiungesse la rimozione definitiva delle telecamere.

Dinanzi al giudice di merito, l'attore ha dedotto la violazione sia del diritto al rispetto della vita privata, sancito dal diritto primario e dal diritto derivato dell'UE, sia della normativa nazionale in materia e ha inoltre lamentato l'assunzione, da parte dell'associazione dei comproprietari, della funzione di responsabile del trattamento dei dati personali senza aver seguito l'iter previsto dalla legge.

La parte convenuta ha in primo luogo dato conto del fatto che si era deciso di installare un sistema di sorveglianza per controllare il più efficacemente possibile le entrate e le uscite dall'immobile, a seguito di numerosi atti vandalici nei confronti degli spazi comuni e di furti nelle private abitazioni, e tenuto altresì conto che altre misure, meno invasive, in precedenza adottate non erano riuscite a impedire la commissione degli atti illeciti. Ha inoltre presentato in giudizio documentazione atta a dimostrare la disinstallazione delle videocamere e l'avvenuta cancellazione delle immagini registrate, nonché di aver nel frattempo completato le procedure necessarie per poter assumere le funzioni di responsabile del trattamento dei dati personali.

Il giudice del rinvio ha in primo luogo rilevato che la legge nazionale (l. 677/2001), approvata in attuazione della direttiva 95/46/CE, in via generale prevede che un trattamento di dati personali, come la registrazione di immagini mediante un sistema di videosorveglianza, possa avvenire solo con il consenso esplicito e inequivocabile delle persone interessate. La stessa legge contiene però delle eccezioni, tra le quali il caso in cui il trattamento dei dati sia necessario per la tutela della vita, dell'integrità fisica o della salute delle persone interessate o di altri, ribadita tra l'altro pure dall'Autorità garante della protezione dei dati personali rumena in una propria decisione. Altra disposizione considerata è l'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che sancisce la necessità di un rapporto di proporzionalità tra le finalità che consentono di limitare i diritti e i mezzi utilizzati allo scopo.

Il Tribunale superiore di Bucarest, avendo osservato che il sistema di videosorveglianza oggetto della controversia non appariva avere obiettivi differenti da quelli dichiarati dall'associazione dei comproprietari, cioè la tutela della vita, dell'integrità fisica e della salute dei comproprietari stessi, ha deciso di sollevare varie questioni pregiudiziali di interpretazione aventi ad oggetto disposizioni della direttiva (artt. 6, par. 1 e 7, lett. f) e della Carta dei diritti fondamentali (artt. 8 e 52) pertinenti con il caso di specie, onde verificare la compatibilità con esse della normativa nazionale.

3. – La Corte di giustizia, effettuata una ricognizione delle varie disposizioni normative di diritto primario e derivato delle quali è stata chiesta la corretta interpretazione, ha in primo luogo affermato che con le questioni poste, da esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio ha in sostanza chiesto se gli artt. 6, par. 1, lett. c) (che stabilisce che i dati personali debbono essere «adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati») e 7, lett. f) (che prescrive che il trattamento dei dati personali può essere effettuato quando «è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1») della direttiva 95/46/CE, letti alla luce degli artt. 7 (che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 8 (concernente la protezione dei dati personali) della CDF dell'UE, siano da interpretare in senso ostativo a «disposizioni nazionali, le quali autorizzino la messa in opera di un sistema di videosorveglianza, come il sistema controverso nel procedimento principale, installato nelle parti comuni di un immobile ad uso abitativo, al fine di perseguire legittimi interessi consistenti nell'assicurare la sicurezza e la tutela delle persone e dei beni, senza il consenso delle persone interessate».

I giudici di Lussemburgo hanno quindi proceduto a fornire al giudice del rinvio i criteri per inquadrare normativamente i fatti oggetto della controversia, ricordando che, ai sensi dell'art. 3, par. 1 della direttiva 95/46/CE e come risulta dalla propria giurisprudenza (Corte giust. UE, sent. 11 dicembre 2014, *Ryneš*, C-212/13, pt. 25) un sistema di videosorveglianza mediante telecamere costituisce un trattamento di dati personali automatizzato, e quindi ricade nel campo di applicazione della direttiva, qualora permetta di registrare e stoccare dati personali, quali per esempio immagini che consentano di identificare persone.

La Corte ha poi rammentato che qualsiasi trattamento di dati personali per essere considerato legittimo deve sia essere conforme ai principi relativi alla qualità dei dati, di cui all'art. 6 della direttiva, sia rientrare in uno dei casi, previsti in modo esaustivo e tassativo dall'art. 7 della direttiva, per cui è legittimo trattare dati personali (cfr. da ultimo Corte giust. UE, sent. 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, pt. 71), senza che vi sia possibilità per gli Stati membri di estendere la portata di detti principi o aggiungerne di nuovi (Corte giust. UE, sent. 19 ottobre 2016, *Breyer*, C-582/14, pt. 57).

Con riferimento alla normativa applicabile alla fattispecie controversa, la Corte ha rilevato che un trattamento dati è lecito, in conformità al principio di cui alla lett. f) dell'art. 7 della direttiva, quando esso i) persegue un interesse legittimo del responsabile del trattamento o dei terzi a cui vengono comunicati i dati, ii) è necessario per la realizzazione di detto interesse e iii) su quest'ultimo non prevalgono diritti e libertà delle persone interessate dalla protezione dei dati (cfr. anche Corte giust. UE, sent. 04 maggio 2017, *Rīgas satiksme*, C-13/16, pt. 28), senza che occorra il consenso della persona interessata.

Entrando in modo più specifico nel caso da cui è scaturito il rinvio, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto qualificabile come legittimo interesse l'obiettivo – di protezione dei beni, della vita e della salute dei comproprietari – perseguito dall'associazione degli stessi, responsabile del trattamento, e che quindi sia soddisfatta la prima condizione prevista dall'art. 7, lett. f) della direttiva (cfr. anche Corte giust. UE, sent. *Ryneš* cit., pt. 34). In risposta a una delle questioni poste dal giudice del rinvio, hanno poi rilevato che, come anche fatto valere da alcuni Governi nazionali e dalla Commissione, il legittimo interesse deve essere esistente e attuale al momento del trattamento, senza però spingersi fino a richiedere che in passato sia già stato arrecato un pregiudizio alla sicurezza dei beni e delle persone, e che, nel caso di specie, le pregresse vicende di furti e atti vandalici soddisfano il requisito richiesto.

Con riferimento alla seconda condizione, la Corte ha ricordato che le deroghe e le restrizioni al principio della tutela dei dati personali debbono avvenire nei limiti dello stretto necessario (cfr. da ultimo Corte giust. UE, sent. *Rīgas satiksme* cit., pt. 30) e che, pertanto, il giudice del rinvio deve verificare che gli obiettivi legittimamente perseguiti mediante la videosorveglianza non possano essere raggiunti con mezzi altrettanto efficaci ma meno pregiudizievole per i diritti al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali; inoltre occorre considerare il criterio di stretta necessità unitamente a quello della minimizzazione dei dati, di cui all'art. 6, par. 1, lett. c) della direttiva, secondo il quale i dati personali devono essere «adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o vengono successivamente trattati». Relativamente al caso di specie, appaiono rispettati i due elementi, perché da un lato misure di sicurezza meno invasive precedentemente messe in atto si erano rivelate insufficienti e dall'altro la videosorveglianza è limitata ad alcune parti comuni e agli accessi dell'immobile; si è però evidenziata la necessità che il responsabile del trattamento imposti secondo i parametri citati le concrete modalità di funzionamento dei dispositivi di videosorveglianza.

Circa la terza condizione prevista dalla lett. f) dell'art. 7 della direttiva, i giudici di Lussemburgo hanno rammentato la necessità che sulla base delle circostanze concrete venga fatta una ponderazione degli opposti diritti e interessi in gioco, senza

che sia possibile stabilire a priori l'esclusione generalizzata di alcune categorie di dati dal trattamento (Corte giust. UE, sent. Breyer cit., pt. 62). Da una parte occorre tener conto della gravità del pregiudizio ai diritti e alle libertà delle persone interessate – per la cui valutazione si devono considerare la natura dei dati personali, le tipologie del trattamento, con specifico riferimento al numero di soggetti che possono avere accesso e alle concrete modalità dello stesso e le ragionevoli aspettative dell'interessato in merito alla possibilità o meno che abbia luogo un trattamento – e dall'altra l'importanza dei legittimi interessi perseguiti mediante il trattamento.

4. – In conclusione, la Corte di giustizia ha affermato che «l'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), e l'articolo 7, lettera f), 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, letti alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a disposizioni nazionali, le quali autorizzino la messa in opera di un sistema di videosorveglianza, come il sistema controverso nel procedimento principale installato nelle parti comuni di un immobile ad uso abitativo, al fine di perseguire legittimi interessi consistenti nel garantire la sicurezza e la tutela delle persone e dei beni, senza il consenso delle persone interessate, qualora il trattamento di dati personali effettuato mediante il sistema di videosorveglianza in parola soddisfi le condizioni enunciate nel succitato articolo 7, lettera f), aspetto questo la cui verifica incombe al giudice del rinvio».

5. – Come già evidenziato da altri autori, la tematica della tutela dei dati personali ha assunto nell'Unione europea una portata strategica (cfr., per esempio, A. Corra, *Dati personali: un cantiere aperto e in continua evoluzione*, in questa Rivista, 1/2018, 211 ss.). Già a partire dagli anni '90 l'UE ha regolamentato i vari aspetti della materia mediante fonti di diritto derivato (tra cui si ricordano, oltre alla già menzionata direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati; il regolamento CE n. 45/2001 sul trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari; la direttiva 2002/58/CE sull'e-privacy, modificata nel 2009; la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati, dichiarata successivamente invalida) e, come visto sopra, finanche introducendo nella Carta dei diritti fondamentali, all'art. 8, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale. Contestualmente, la crescente richiesta di protezione dei dati combinata con un'evoluzione tecnologica sempre più pervasiva ha indotto la Corte a pronunciarsi ripetutamente sull'argomento, giungendo a più di dieci sentenze nel biennio 2014-2015. Da ultimo il 27 aprile 2016 sono stati approvati due atti normativi, entrambi del Parlamento europeo e del Consiglio: il già noto e citato regolamento UE 2016/679, entrato in vigore nel maggio 2018, che ha abrogato la direttiva 95/46/CE, e la direttiva UE 2016/680, relativa al trattamento dei dati personali a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali (che ha abrogato la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio).

Tra le altre cose, i giudici di Lussemburgo molto spesso, come nella sentenza in esame, mettono in stretta connessione il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 CDFUE) con quello al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 7 CDFUE).

La tematica della videosorveglianza è, inoltre, quanto mai attuale, non solo in ambito strettamente UE: non può non citarsi, sia pure senza addentrarsi ad esaminarla, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 ottobre 2019 (ricorsi n. 1874/13 e 8567/13, Lopez Ribalda e altri c. Spagna) in merito alle riprese sul luogo di lavoro, la quale, nonostante riguardi una fattispecie differente da quella che oggi qui si commenta, contiene degli utili spunti. La pronuncia – che si inserisce nel nutrito filone

giurisprudenziale riguardante la compatibilità dei controlli a distanza, mediante l'utilizzo della tecnologia, sui lavoratori con l'art. 8 della CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare (ex multis: sentt. Corte EDU 9 gennaio 2018, López Ribalda c. Spagna n. 1; 18 novembre 2017, Antović e Mirković c. Montenegro; 5 settembre 2017, Bărbulescu c. Romania; 5 ottobre 2010, Köpke c. Germania) – è significativa nella parte in cui ribadisce varie esigenze: che si operi un bilanciamento degli interessi concorrenti, nel caso di specie il diritto al rispetto della vita privata dei lavoratori e la possibilità, per il datore di lavoro, di proteggere i propri beni e l'efficienza dell'azienda; che i mezzi approntati siano proporzionati e appropriati rispetto agli obiettivi perseguiti; che vengano ben circoscritte le modalità di effettuazione della videosorveglianza e della successiva fruizione delle immagini registrate.

Inoltre, giova osservare, in una prospettiva più ampia, che la fattispecie oggetto della sentenza in esame non riguarda esclusivamente la protezione dei dati personali e della vita privata, ma concerne la sempre avvertita esigenza di bilanciamento tra riservatezza e sicurezza, entrambi interessi meritevoli di tutela ma spesso confliggenti.

Si può quindi a ragione sostenere che la pronuncia della Corte di giustizia si occupi di questioni di significativa importanza e rilevanza nel momento presente.

6. – Si evidenzia che i principi relativi in generale al trattamento dei dati personali e quelli concernenti nello specifico la sua liceità elencati nella direttiva sono stati trasfusi anche nel GDPR e, quindi, i ragionamenti svolti nella sentenza in esame preservano una loro attualità anche sotto la vigenza della nuova normativa. Nonostante la sentenza non abbia trattato tale aspetto, essendosi occupata solo delle questioni relative alla legittimazione del trattamento, occorre ricordare che, ovviamente, anche per la videosorveglianza si applicano le disposizioni circa l'informativa da fornire agli interessati e i diritti degli stessi.

Esaminando nello specifico i profili giuridici rilevanti, la Corte di giustizia ha ribadito in modo molto chiaro e preciso, come risulta dall'esposizione di cui sopra, con quali modalità sia possibile installare nei condomini un sistema di videosorveglianza nel rispetto delle disposizioni UE in materia di tutela dei dati personali, le quali vanno lette anche alla luce del diritto al rispetto della vita privata. In particolare, l'attenzione si è focalizzata sulla corretta interpretazione della condizione di cui all'art. 7, lett. f) della direttiva 95/46/CE, che, ricordiamo, prescrive – analogamente a quanto attualmente stabilito dall'art. 6, par. 1, lett. f) del GDPR – che il trattamento dei dati personali può essere effettuato quando «è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1».

Per ritenere lecita la videosorveglianza nelle parti comuni dei condomini si è confermata la necessità di verificare nel concreto la contemporanea sussistenza di tre elementi: la legittimità dell'interesse perseguito da chi mette in atto il trattamento, la circostanza che i legittimi interessi di cui sopra non possano essere realizzati con misure meno invasive, l'adeguato temperamento degli interessi prefissati con i diritti degli altri soggetti coinvolti, tenuto conto di tutte le circostanze del caso.

L'intervento della Corte, tra l'altro su una fattispecie fattuale piuttosto diffusa nel vivere quotidiano dei cittadini europei, è quanto mai utile – e ancor di più in un contesto normativo come quello antecedente al GDPR e oggetto della sentenza, in cui in ogni Stato vigeva una differente normativa nazionale di recepimento della direttiva – per assicurare in modo uniforme la corretta interpretazione e attuazione da parte degli operatori del diritto delle disposizioni sovranazionali e garantire i diritti fondamentali su cui esse si fondano.

7. – Ai fini di una più completa analisi della materia e in continuità sia sostanziale sia cronologica con quanto disposto dalla sentenza, è di qualche utilità dar conto di profili che nel momento attuale stanno interessando i cittadini e gli Stati dell'Unione europea.

In primo luogo, occorre focalizzarsi su alcune novità del GDPR: l'introduzione del principio c.d. di «accountability» o «responsabilizzazione» che grava sul titolare del trattamento, che, ai sensi dell'art. 5, par. 2, è competente per il rispetto dei principi applicabili al trattamento e deve essere in grado di provarlo, cioè di dare evidenza dell'efficacia delle misure adottate; i principi di «data protection by design e by default» di cui all'art. 25; l'obbligo, contenuto nell'art. 35, di effettuare una «valutazione d'impatto sulla protezione dei dati» quando il trattamento prevede l'uso di nuove tecnologie e può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità; una formulazione della disposizione riguardante la sicurezza del trattamento (art. 32) maggiormente estensiva e articolata rispetto a quella analoga contenuta nella direttiva (art. 17).

Tutti questi argomenti sono rilevanti per l'installazione di un sistema di videosorveglianza e andranno nel futuro tenuti in adeguata considerazione.

In secondo luogo, entrando ancor più nello specifico, troveranno applicazione le «Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices». Esse, dopo essere state approvate in una prima versione il 10 luglio 2019 e sottoposte a consultazione pubblica fino al successivo 9 settembre, il 29 gennaio scorso sono state adottate in via definitiva dal Comitato europeo per la protezione dei dati, il quale, come noto, è un organismo dell'Unione, dotato di personalità giuridica, istituito e disciplinato dal capo VII, sezione 3 (artt. 68-76) del GDPR, è composto dalla figura di vertice di un'autorità di controllo per ciascuno Stato membro e dal garante europeo della protezione dei dati, o dai rispettivi rappresentanti e ha il compito di garantire l'applicazione coerente del regolamento, attraverso attività di monitoraggio, consulenza, adozione di linee guida, raccomandazioni e migliori prassi, redazione di pareri e relazioni annuali.

994

Le linee guida costituiscono il primo documento europeo che applica i principi del GDPR al trattamento dei dati effettuati tramite riprese video. Esse tengono conto del fatto che l'installazione di sistemi di videosorveglianza può essere utile per soddisfare esigenze di sicurezza ma anche comportare che i dati raccolti vengano utilizzati per differenti e meno gradite finalità (per esempio, controllo dei lavoratori, marketing) e che tali rischi sono amplificati dall'evoluzione tecnologica. Non c'è dubbio che emergano significativi problemi di tutela della privacy e della vita privata, i quali rendono opportuno avvalersi della videosorveglianza in via residuale, solo se non esistono altri mezzi per raggiungere lo scopo.

Le linee guida prevedono circostanze nelle quali non trova applicazione il GDPR: situazioni in cui la videosorveglianza, per le sue caratteristiche, non consente l'identificazione dei soggetti (telecamere finte o riprese effettuate a eccessiva distanza o con modalità particolari) e i casi di c.d. «esenzione domestica» («household exception»), cioè video realizzati in ambito familiare e fruibili solo in quel contesto, senza diffusione a un numero indeterminato di persone, o riguardanti solo la propria proprietà privata, senza estensione neanche parziale a spazi pubblici o di altri privati.

Per quanto riguarda la legittimazione al trattamento dei dati, non è sufficiente che ci si riferisca genericamente a esigenze di sicurezza, ma occorre indicare precisamente quale delle condizioni di liceità del trattamento di cui all'art. 6, par. 1 del GDPR sussista, tenendo a mente che il consenso dell'interessato può essere invocato solo in casi eccezionali e comunque deve essere prestato in modo libero ed esplicito. Il legittimo interesse, che risulta essere la situazione maggiormente ricorrente nella prassi, deve essere sempre reale e attuale. Prima dell'installazione, è obbligatorio dimostrare che il sistema di videosorveglianza sia idoneo a raggiungere l'obiettivo perseguito e a ciò necessario, potendo essere scelto solo se detto scopo non può ragionevolmente essere realizzato con altri mezzi meno restrittivi dei diritti e delle

libertà individuali. Comunque la videosorveglianza deve limitarsi, dal punto di vista spazio-temporale, al minimo indispensabile.

Le linee guida affermano inoltre l'obbligatorietà di un bilanciamento tra gli interessi coinvolti, per esempio tra la protezione di persone e beni da una parte e i diritti dei soggetti i cui dati vengono trattati dall'altra. Il bilanciamento deve avvenire caso per caso e non in astratto e tener conto di vari elementi: la tipologia e il quantitativo dei dati trattati, la portata spazio-temporale, la natura e le finalità del trattamento, la ragionevole prevedibilità di essere ripresi in quelle circostanze.

Qualsiasi diffusione ad altri soggetti delle videoriprese effettuate necessita di una propria legittimazione ai sensi dell'art. 6 del GDPR, con alcune agevolazioni nel caso in cui lo scopo perseguito sia il medesimo. L'accesso da parte delle forze di pubblica sicurezza generalmente ha un suo autonomo fondamento giustificativo ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. c) del GDPR.

Se la videoregistrazione comporta il trattamento di dati sensibili trova applicazione l'art. 9 GDPR.

Le linee guida prevedono poi in capo agli interessati i diritti di accesso, cancellazione e opposizione; stabiliscono obblighi di trasparenza e informazione, compresa la disciplina dei segnali di avvertimento e delle ulteriori informazioni da rendere disponibili, ai sensi degli artt. 12 e seguenti del GDPR; impongono una conservazione delle immagini registrate limitatamente al tempo strettamente necessario alle finalità perseguite, prevedendo la necessità di motivazione nel caso si ecceda le 72 ore e indicando, a titolo esemplificativo, per le riprese introdotte per fronteggiare atti di vandalismo o furti nei confronti di proprietà di dimensioni contenute, una durata di 24 ore, salvo situazioni eccezionali. Infine, le linee guida evidenziano l'esigenza di adottare misure tecniche e organizzative adeguate a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, come previsto dall'art. 32 del GDPR, di rispettare i principi di «data protection by design e by default» di cui all'art. 25 del GDPR e di procedere alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati («data protection impact assessment») quando ricorrono le condizioni e secondo le modalità di cui all'art. 35 del GDPR.

Questa breve esposizione delle novità nel frattempo intervenute sull'argomento è utile sia a riprova dell'avvertita necessità di una regolamentazione uniforme su tutto il territorio dell'Unione della materia della videosorveglianza che tenga in adeguata considerazione le esigenze di tutela della privacy sia a dimostrare l'attualità delle considerazioni svolte dalla Corte di giustizia al proposito. Come già evidenziato, l'Unione europea tramite i suoi organi, legislativi e giurisdizionali, è da tempo impegnata a garantire la protezione dei dati personali, che costituisce un vero e proprio diritto dei cittadini, e ad approntare e incrementare gli strumenti più idonei allo scopo, quanto mai necessari in un mondo interconnesso in cui la tecnologia è sempre più pervasiva. Nello stesso tempo, nel concreto vivere quotidiano è costantemente necessario un contemperamento tra questo importante diritto e altri diritti e interessi, parimenti meritevoli di tutela, come delinato nella sentenza in esame.

Francesco Santolini
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Genova
fra.santolini@gmail.com

Se gli Stati membri tornano Stati nazione: frontiere e immigrazione al vaglio della Corte di giustizia

di *Claudia Sartoretti*

Title: If member States return to be nation-States: borders and immigration under scrutiny by the European Court of Justice

Keywords: Internal/external borders; Immigration; Schengen area.

1. – Lungi dall'apparire un concetto anacronistico, una sorta di reminiscenza arcaica, la frontiera, nell'odierno mondo globalizzato, si è contraddistinta per la sua straordinaria resilienza e capacità, al tempo stesso, di rimodularsi, sfumarsi, rigenerarsi.

Non una semplice traccia astratta, ma una vera e propria istituzione iscritta nel diritto e dotata di forza strutturante, causa di conflitti e allo stesso fonte inesauribile di innumerevoli negoziazioni, trattati e decisioni. (Cfr., sull'argomento, *ex multis*, M. Foucher, *Frontières: rejet, attachement, obsession*, in *Pouvoirs*, n.2, 2018, 5 ss.).

Dal punto di vista giuridico le frontiere assumono rilievo nell'ambito internazionale, ma non va certo trascurata la funzione che il concetto di *limes* svolge anche a livello costituzionale là ove esso, per definizione, rimanda ad una porzione di territorio sulla quale uno Stato esercita il suo potere. Non è infatti un caso che numerose Costituzioni, secondo una prospettiva comparata, si occupino espressamente della questione "frontiere" evidenziando come la loro conservazione continui a rappresentare un fattore determinante per lo Stato e per la sua sovranità. Così, ad esempio, la Costituzione dell'Honduras che consacra un intero capitolo - capitolo II, artt. 9-14 - al territorio precisando i confini rispetto agli altri Stati e richiamando gli accordi su cui essi si fondano, e altrettanto dicasi anche per le Costituzioni serba, ucraina, peruviana e russa che hanno codificato al loro interno la nozione di frontiere, precisandone i tratti distintivi - esse sono considerate inviolabili - e precisandone la loro allocazione.

Come è noto, il concetto di ordinamento statale che ereditiamo dalla storia moderna si fonda sull'esercizio di un potere originario e indipendente sopra un territorio definito da frontiere a beneficio della vita di una comunità costituita dai cittadini, chiamati a esercitare i propri diritti e adempiere i propri doveri. (Cfr., fra gli altri, S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016). Questi aspetti sono però apparsi per certi versi in fluida evoluzione, grazie innanzitutto alla presenza di istituzioni internazionali come, ad esempio, l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO) o l'Unione Europea, che disciplinano materie tradizionalmente rientranti nella sfera della sovranità statale, con la conseguente limitazione di quest'ultima. La nascita di organismi internazionali come l'ONU o l'UE può essere interpretata come un primo segnale di una sottesa volontà di creare, ad un certo punto,

un mondo in cui la sovranità e i confini degli Stati avrebbero dovuto contare sempre meno, nella prospettiva di arrivare ad una pace comune e alla tutela universale dei diritti umani. In quest'ottica gli ordinamenti nazionali hanno progressivamente individuato (come nel caso italiano dell'art. 11 Cost. o in quello francese del punto 15 del Preambolo alla Costituzione del 1946 o, ancora, in quello tedesco dell'art. 24 della *Grundgesetz*) o introdotto *ex novo* (come è accaduto in Belgio, la cui Costituzione, caratterizzata da una impostazione ottocentesca, affermava all'art. 25 (oggi art. 33, dopo la nuova numerazione realizzata nel 1993) che «tutti i poteri emanano dalla Nazione»; soltanto nel 1970 è stato inserito un nuovo art. 25-bis (oggi art. 34) secondo il quale «L'esercizio di determinati poteri può essere attribuito da un trattato o da una legge ad istituzioni di diritto internazionale pubblico») a livello costituzionale dei meccanismi volti a legittimare limitazioni della sovranità dello Stato a vantaggio di enti sovranazionali.

Ad influire notevolmente sulla riconfigurazione dei confini statali non è stato però soltanto lo sviluppo di forme di potere disgiunte dal territorio ma anche la proliferazione del commercio internazionale, delle comunicazioni di massa, di internet oltre all'espansione del settore dei trasporti che ha certamente facilitato i continui spostamenti di persone, da un paese all'altro, da un continente all'altro. Secondo il geografo indiano Parag Khanna (P. Khanna, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, trad. it., Roma, 2016, 43) staremmo addirittura assistendo ad una rivoluzione in cui «il mondo fondato sul mosaico interstatale sta cedendo terreno» e sta entrando in una nuova era, quella della «connettività globale».

Se però da una parte si rivendica la fluidità, la porosità delle frontiere, quando non si arriva addirittura anche a decretarne la fine, dall'altra la sovranità territoriale sembra ancora esprimere tutta la sua forza nelle frontiere allorché si trova a dover regolare o talvolta fermare i flussi migratori. Come un Giano bifronte, il mondo odierno pare così mostrare un duplice volto, da un lato quello “globale” caratterizzato dall'apertura e dall'indebolimento dei confini di fronte alle esigenze dettate dal commercio internazionale e dalle nuove comunicazioni, dall'altro quello più propriamente westphaliano che in nome della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico invoca la chiusura ed il rafforzamento delle frontiere statali. (Si rammenti il caso francese che a seguito degli attentati terroristici del 13 novembre 2015 ha visto introdurre lo stato d'eccezione accompagnato dalla sospensione di Schengen e dal ripristino di serrati e ininterrotti controlli alle frontiere del paese). Negli ultimi anni l'aumento massiccio di migrazioni provenienti da contesti extraeuropei ha contribuito ulteriormente e in modo notevole ad irrigidire i controlli alle frontiere spingendo numerosi paesi quasi a riappropriarsi della gestione completa dei propri confini addirittura mediante la costruzione fisica di muri in cemento o l'introduzione di imponenti reti sorvegliate. (Si tratta di atti essenzialmente unilaterali che – come osserva A. Novosselef, *Les murs de séparation, une somme de contradictions*, in *Pouvoirs*, n.2, 2018, 113 ss. – vanno distinti anche dal concetto di frontiera, il quale rimanda piuttosto ad una linea di demarcazione territoriale riconosciuta da ambedue i versanti). La barriera tra il Messico e gli Stati Uniti, ad esempio, costruita in alcune parti del confine tra Messico e Stati Uniti all'inizio degli anni '90, è stata eretta con lo scopo esplicito di fermare i *migrantes* irregolari, anche se, paradossalmente, questa barriera, una delle più controllate e sorvegliate al mondo, non ha impedito che il confine tra i due Stati venisse attraversato, anche in modo irregolare. (Per Z. Bauman, *Nascono sui confini le nuove identità*, in *Corriere della Sera*, 24 maggio 2009, 24-25, «i muri sono, per principio, valicabili - anche se le guardie da entrambi i lati hanno scopi opposti e cercano di rendere l'osmosi (la permeabilità e penetrabilità dei confini) asimmetrica»). Nel continente europeo è sufficiente segnalare il caso ungherese che ha visto la costruzione di una barriera di filo spinato al confine con la Serbia, un'iniziativa, questa, intrapresa anche dal Governo macedone per bloccare i migranti in viaggio sulla c.d. rotta balcanica al confine con la Grecia; analoga soluzione è stata

adottata al confine tra la Turchia e la Grecia, mentre sin dal 1990 va segnalata l'introduzione in Spagna di una barriera per proteggere le *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla. (S. Mezzadra, *Confini, migrazioni, cittadinanza*, in *Scienza & Politica*, 2004, 82 ss., riporta quanto osservato già nel 2004 dagli organizzatori del Festival della filosofia svoltosi a Modena il 17 settembre di quel medesimo anno, e cioè che il sogno di uno spazio totalmente fluido e attraversabile sia invero l'ultima utopia del Ventesimo secolo e che «uno dei risultati più immediati dei movimenti e delle interconnessioni globali pare consistere piuttosto in una proliferazione di confini, sistemi di sicurezza, *checkpoints*, frontiere fisiche e virtuali»).

Con particolare riferimento all'Europa, sappiamo che l'avvio del percorso di integrazione europea e lo sviluppo del diritto dell'Unione hanno certamente contribuito a mettere in discussione la nozione di frontiera come elemento essenziale della sovranità dello Stato e rispetto delle sue competenze, inaugurando un cammino destinato a concludersi con l'affermazione di una nuova concezione di "frontiera unica europea", quale luogo di sovranità condivisa in cui i confini non sono più funzionali alla (mera) tutela della sicurezza nazionale, ma si configurano come strumenti di difesa del territorio unico europeo e dello spazio comune di libera circolazione. (Cfr., M. Benlolo Carabot, *La transformation de la notion de frontière dans l'Union européenne*, in *Pouvoirs*, n.2, 2018, 65 ss., osserva come la frontiera nel quadro dell'UE costituisca principalmente un luogo di scambio, piuttosto che di cesura). Non a caso la disciplina dell'immigrazione – regolare e irregolare – si rinviene per gran parte nel diritto dell'Unione Europea piuttosto che nei singoli ordinamenti nazionali, a conferma dell'intento originario di abolire i controlli alle frontiere interne allo scopo di dare origine ad una nuova politica comune in materia di controllo delle frontiere esterne. Ciò nondimeno, come è stato osservato (E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, Torino, 2016, 84) le frontiere europee, al di là dei "buoni propositi" iniziali, si sono prevalentemente limitate a sovrapporsi senza riuscire invero a fondersi completamente, come dimostra il fatto che ancora oggi si assiste allo scontro fra il diritto "degli spazi" e quello dei diritti dell'uomo (cfr., sul punto, *ex multis*, L. Callejon-Sereni, *La redefinition des frontières par les droits de l'Homme*, in M. Fatin-Rouge Stéfanini, E. Mehdi, *La frontière revisitée*, Varenne, 2016, 125 ss.), ovvero fra libertà di migrare e universalismo dei diritti umani, da una parte, e sicurezza e ordine pubblico dei singoli Stati dall'altra. (M. Paz, *The Law of Walls*, in *Eur. J. Int'l L.*, n. 2, 2017, 601 ss., ma spec., 604, osserva che «A notion of basic human rights demands a porous border, at least with respect to process rights, and constructing a wall interferes with this demand»).

Si sta sostanzialmente assistendo ad una rinascita dei confini in seno all'Europa, come emerge da una rapida analisi comparativa che vede, oltre ai muri fisici a cui si è sopra accennato, Austria, Danimarca, Francia, Germania e Svezia (oltre alla Norvegia, che non fa parte dell'UE ma rientra nell'area Schengen) erigere barriere virtuali, attraverso la sospensione dal 2015 della libera circolazione e l'introduzione di controlli straordinari alle frontiere interne all'Unione.

L'Unione, come è noto, ha mirato ad evitare il più possibile i controlli alle frontiere interne, sostituendoli con un'azione di controllo e di sorveglianza all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne, ma pur promuovendo una unione sempre più solida e stretta ponendo al centro della propria azione la persona con l'istituzione della cittadinanza dell'Unione e di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, non ha tuttavia mai posto in discussione «la competenza degli Stati membri riguardo alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto internazionale» (art. 77, par. 4, TFUE) Gli Stati membri, nelle pieghe dei testi dei trattati internazionali, hanno così finito per trovare una sorta di legittimazione per eventuali politiche di regolamentazione del fenomeno migratorio restrittive e finalizzate ad inquadrare i flussi migratori entro gli schemi dell'emergenza securitaria. (C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo: Carenze strutturali e*

antagonismo tra gli Stati membri, in *Quad. cost.*, n. 2, 2018, 361 ss., osserva criticamente come in materia di immigrazione e, nella fattispecie, in materia di controlli alle frontiere e diritto d'asilo, l'Europa tenda a riprodurre invero dinamiche analoghe a quelle dell'epoca in cui l'immigrazione e l'asilo erano ancora politiche di cooperazione internazionale tra gli Stati europei, con il risultato essa appare spesso agire come strumento per la realizzazione di politiche e di obiettivi nazionali, anziché come un'organizzazione sovranazionale che persegue finalità ed obiettivi propri, nell'interesse dei popoli europei).

Frontiere esterne e frontiere interne tornano così a confrontarsi: le prime modellate sull'ideale unico di garantire la libera circolazione di merci, capitali, servizi e persone all'interno di uno spazio "inclusivo" – quello appunto europeo – in cui si privilegiano scambio e mobilità interstatale (in tal senso, come risulta dagli stessi accordi di Schengen, la frontiera esterna dell'Unione viene a configurarsi come una linea di demarcazione rafforzata e spostata ai confini europei allo scopo precipuo di compensare l'eliminazione delle frontiere tra gli Stati membri); le seconde (le frontiere degli Stati membri e *tra* gli Stati membri) caratterizzate piuttosto da una propensione esclusiva e fondate invece su un concetto di ambito spaziale che coincide con quello di territorio dello Stato, chiuso e sovrano. I due concetti non paiono assimilabili, l'abolizione dei controlli alle frontiere interne presuppone infatti in linea di principio un rafforzamento degli stessi alle frontiere esterne e viceversa. Nello specifico, la creazione del confine/frontiera d'Europa richiede necessariamente che la costruzione della frontiera esterna e la trasformazione di quella interna si intreccino e interagiscano fra loro, facilitando da una parte l'attraversamento dei confini nazionali che dividono fra loro i paesi membri dell'UE e dall'altro delegando a quelli esterni il compito di stabilire una demarcazione tra un "dentro" e un "fuori".

Le frontiere interne, come limite politico interstatale, continuano dunque ad esistere, ma vengono affiancate dalla costruzione, esclusivamente normativa, della frontiera "esterna", la quale, svincolata dal legame con la territorialità, si sovrappone alle frontiere statali, risultando funzionale alla creazione di uno spazio che, al tempo stesso, circonda l'ambito di azione di un ordinamento sovranazionale non sovrano e priva i confini nazionali della loro principale funzione di controllo.

Le frontiere europee – è stato sottolineato (così, G. Lepesant, *La gestion des frontières dans le projet d'élargissement oriental de l'Union européenne*, in V. Rey, T. Saint-Julien (dir.), *Territoires d'Europe. La différence en partage*, Lyon, 2005, 245 ss.) – devono inoltre "fare sistema" affinché i limiti interni e quelli esterni siano interdipendenti e i confini esterni dell'Unione europea vengano gestiti secondo gli stessi standard – a est come a ovest (J. Nelles, Olivier Walther, *Changing European borders: from separation to interface? An introduction*, in *Journal of Urban Research* (Online), 6, 2011): non sempre la stessa gestione delle frontiere esterne risulta invece omogenea, finendo talvolta per essere affidata ai singoli Stati membri nei cui territori i tratti di confine esterni trovano collocazione geografica. (Per gli Stati la cui frontiera è anche frontiera esterna dell'Unione, lo spazio frontaliero viene, infatti, a svolgere una funzione ambivalente e risponde a due ordinamenti distinti – quello nazionale e quello europeo – in base ai rispettivi ambiti di competenza. Sul punto, cfr., D. Rrushi, *La questione delle frontiere dell'Unione europea tra sovranità statale e universalismo dei diritti fondamentali. Lo spazio dell'Europa unita e i suoi riflessi sul principio di cittadinanza*, Granada, 2014, *passim*).

Non a caso si è parlato criticamente di "ambiguità" delle frontiere esterne che seppur elette a luoghi di sovranità condivisa, e – come tali – soggette alla regolamentazione di competenza dell'Unione, sovente sono apparse piuttosto come aree subordinate al pieno esercizio della sovranità statale in cui gli Stati frontalieri esercitano i poteri di controllo loro riconosciuti nel proprio interesse nazionale, allo scopo cioè di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza domestica. Un aspetto, questo che – come la chiusura delle frontiere interne dell'Unione per mano dei singoli

ordinamenti nazionali, preoccupati per i sempre maggiori flussi immigratori che si riversano nel Vecchio Continente – pone numerosi interrogativi sull'efficacia ed efficienza degli strumenti messi in atto a livello europeo (a cominciare dalla stessa Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne dell'Unione (FRONTEX)) per istituire concretamente un valido ed effettivo sistema di gestione integrato e condiviso delle frontiere esterne in cui sicurezza e libertà di circolazione riescano a trovare un punto di equilibrio stabile e non soggetto alle contingenze fattuali e politiche del momento. (Cfr., C. Siccardi, Tesi di dottorato in Diritto costituzionale, *Migrazioni e confine le sfide del costituzionalismo moderno*, discussa il 31.01.2019 presso l'Università degli Studi di Milano e pubblicata nell'archivio nazionale della ricerca (AIR)).

L'irruzione dell'interesse nazionale nello spazio unico europeo è palpabile; la circostanza che vede la responsabilità nel controllo delle frontiere comuni ricadere sovente in modo pressoché esclusivo sui paesi frontalieri (non sempre capaci di assolvere l'arduo compito richiesto loro di coniugare l'azione nazionale con la volontà europea) e l'ampio margine di discrezionalità di cui sembrano godere sempre più le autorità domestiche nel dominio dei propri confini interni hanno inevitabilmente messo a dura prova lo spirito unitario e solidale dell'UE, giustificando, nel concreto, il ricorso a strumenti securitari nazionali e l'adozione di politiche statali sempre più repressive che rischiano di compromettere la protezione dei diritti fondamentali. (F. Duque, *La membrana europea*, in M. Ponzi, D. Gentili (cur.), *Soglie. Per una nuova teoria dello spazio*, Sesto San Giovanni, 2012, 107 ss., ma spec., 124, osserva che per «centrare la sorte dell'Europa» è necessario che gli Stati membri dell'UE cedano buona parte della loro sovranità, ma questa solidale concessione deve essere resa possibile grazie a una coesione avvolgente, che impedisca tanto l'irrigidimento e il restringimento interni quanto il salasso esterno»).

2. – A cogliere tutta la criticità del quadro appena tratteggiato e a mettere in evidenza la conflittualità odierna fra l'ideale europeo dell'assorbimento della territorialità nazionale nel più largo spazio europeo di diritto ed il richiamo sempre più forte al localismo (*rectius*, allo Stato nazionale), è la sentenza del 21 marzo 2019 (Corte giust., grande Sezione, sent. 21-3-2019, C-444/17, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abdelaziz Arib*) in commento, con la quale la Corte di giustizia è intervenuta in materia di frontiere, cercando innanzitutto di chiarire il significato dei termini "frontiera interna" e "frontiera esterna" e di spiegare perché essi non siano fra loro comparabili.

A chiedere l'intervento del giudice europeo è la *Cour de cassation* francese che in data 12 luglio 2017 ha rivolto alla Corte di giustizia domanda di pronuncia pregiudiziale sul caso di un cittadino marocchino, precedentemente destinatario di un provvedimento di allontanamento dal territorio francese notificatogli il 10 agosto 2013, che, trovandosi a bordo di un pullman proveniente dal Marocco, veniva sottoposto a controllo nel territorio francese, in prossimità della frontiera che separa Francia e Spagna. Il controllo avveniva in virtù del ripristino temporaneo, in Francia, del controllo di frontiera alle frontiere interne comuni a quest'ultima e ad altri Stati membri facenti parte dello spazio Schengen.

Sospettato di essere entrato illegalmente nel territorio francese (reato previsto all'articolo L. 621-2 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, (CESEDA)), il sig. Arib veniva sottoposto a fermo di polizia e, il giorno successivo, il *Préfet des Pyrénées-Orientales* adottava nei suoi confronti un decreto recante l'obbligo di lasciare il territorio francese, ordinandone il trattenimento amministrativo. Successivamente, con ordinanza del 21 giugno 2016, il *Juge des libertés et de la détention* del *Tribunal de grande instance de Perpignan* annullava il fermo di polizia cui era stato sottoposto il sig. Arib e il successivo procedimento, compreso il trattenimento

amministrativo del medesimo, con la motivazione che la misura adottata non poteva essere eseguita poiché il diretto interessato è un cittadino di un Paese terzo in situazione irregolare che ha attraversato una frontiera interna (quella tra la Francia e la Spagna) e come tale deve essergli applicata la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, ai sensi della quale, in circostanze come quelle del caso di specie, non può essere applicata alcuna pena detentiva. La *Cour d'appel de Montpellier* confermava la decisione di primo grado ed il *Préfet des Pyrénées-Orientales* proponeva allora ricorso per Cassazione facendo valere, in particolare, che in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, uno Stato membro può, in via eccezionale (e ai sensi della disciplina del codice frontiere Schengen), ripristinare il controllo alle sue frontiere interne, con la conseguente parziale disapplicazione della direttiva 2008/115/CE e l'adozione di procedure di rimpatrio nazionali semplificate ai sensi dell'art.2, paragrafo 2, lettera a) della medesima. Secondo il Prefetto, inoltre, poiché le misure di tutela previste da tale direttiva non sono in tal caso applicabili, una persona entrata irregolarmente in Francia può essere controllata, conformemente alle disposizioni di cui all'articolo 78-2, nono comma, del codice di procedura penale e, qualora si trovi in una situazione irregolare, può incorrere in una pena detentiva ed essere quindi sottoposta a fermo di polizia.

Il giudice del rinvio, chiamato a pronunciarsi sulla questione, rammenta innanzitutto che la direttiva 2008/115/CE impone agli Stati membri di adottare una decisione di allontanamento nei confronti di qualunque cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio sia irregolare, e prevede che il medesimo possa essere trattenuto soltanto al fine di preparare il suo rimpatrio o effettuare il suo allontanamento e a condizione che non possa essere efficacemente applicata alcuna misura sufficiente, ma meno coercitiva. Visto il ripristino di frontiere interne, la *Cour de cassation* si interroga però sulla effettiva possibilità di estendere l'applicazione della normativa europea (comprese le sue eccezioni di cui all'art.2, paragrafo 2, lettera a)) anche al caso di specie e segnatamente anche ai controlli effettuati al confine franco-spagnolo. Il giudice di ultima istanza francese si domanda cioè se sia possibile equiparare i controlli ripristinati ad una frontiera interna di uno Stato membro con quelli svolti ad una frontiera esterna: la questione è piuttosto complessa e verte sulla corretta interpretazione da dare a testi europei; l'organo giurisdizionale francese opta pertanto per sospendere il procedimento e rimettere la soluzione del problema alla Corte di giustizia europea.

3. – Nell'area Schengen, gli Stati firmatari hanno – come è noto – abolito i controlli sui movimenti transfrontalieri alle loro frontiere interne e li hanno trasferiti su una frontiera esterna comune, in cui i controlli d'ingresso sono effettuati secondo procedure identiche. Si applicano norme comuni relative alle condizioni di ingresso, nel settore dei visti per soggiorni di breve durata, per le domande di asilo nonché per le procedure di controllo dei valichi di frontiera. Dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, l'*acquis* di Schengen è stato incorporato nel corpus legislativo dell'Unione: le regole non sono più stabilite convenzionalmente tra i membri, ma sono adottate attraverso la procedura legislativa ordinaria.

Come emerge dalla descrizione del contesto normativo di riferimento fatta dalla Corte di giustizia, l'attraversamento delle frontiere e il controllo delle medesime sono dunque disciplinati dal regolamento UE del 9 marzo 2016, n.399 (il quale istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)), che all'art.22 prevede espressamente: «Le frontiere interne possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità». La normativa offre, tuttavia, agli Stati membri la possibilità, in circostanze

eccezionali, di ripristinare temporaneamente il controllo alle loro frontiere interne, stabilendo all'art. 32 che in tal caso devono applicarsi «*mutatis mutandis* le pertinenti disposizioni sulle frontiere esterne». Il campo di applicazione di questa frase non era mai stato specificato, in particolare per quanto riguarda la qualificazione della frontiera interessata. Infatti, sebbene i due concetti di frontiere esterne e interne siano definiti con precisione dal codice stesso, le conseguenze giuridiche risultanti dalla reintroduzione temporanea dei controlli sono rimaste parzialmente non chiare, per quanto riguarda la natura delle frontiere stesse. La Corte, nella sentenza in commento, ha così il merito di aver chiarito la portata dell'art. 32 precisando innanzitutto che esso «non intende in alcun modo derogare alle norme e procedure comuni stabilite dalla direttiva rimpatri» (punto 64). A tale scopo il giudice europeo richiama la sua precedente giurisprudenza, da cui emerge che le fattispecie che giustificano deroghe alla disciplina comune dettata dalla direttiva "rimpatri" sono esclusivamente quelle di cui all'articolo 2 par. 2 lett. a) della stessa, le quali «si riferiscono esclusivamente all'attraversamento di una frontiera *esterna* di uno Stato membro» non consentendo pertanto «agli Stati membri di sottrarre cittadini di paesi terzi che versino in situazione di irregolare soggiorno all'ambito di applicazione di detta direttiva a motivo del loro irregolare ingresso attraverso una frontiera interna» (punto 47).

Più specificatamente, in base al paragrafo 2, lettera a) dell'art. 2 della direttiva 2008/115/CE, gli Stati membri possono decidere di non applicare la medesima normativa ai cittadini di paesi terzi «sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro».

Il signor Arib potrebbe allora rientrare nella eccezione di cui sopra? Sulla scia di una precedente pronuncia (Corte giust., grande Sezione, sent. 7-6-2016, C-47/15, *Sélina Affum c. Préfet du Pas de Calais e Procureur général de la Cour d'appel de Douai*), la Corte di giustizia ribadisce che anche per il caso qui in esame l'art.2 della direttiva rimpatri vada riferito «esclusivamente all'attraversamento di una frontiera esterna (...) e quindi non riguardi l'attraversamento di una frontiera comune agli Stati membri che fanno parte dell'area Schengen» (punto 45). Il caso del signor Arib, pertanto, non appare riconducibile alla fattispecie prevista dall'art. 2, paragrafo 2, lett a) summenzionato, poiché l'interessato, pur trovandosi in una situazione di soggiorno irregolare, è stato intercettato allorché tentava di oltrepassare un confine interno (quello appunto che divide la Francia dalla Spagna) e non una frontiera esterna.

Quale deroga all'ambito di applicazione della direttiva 2008/115/CE, l'eccezione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della medesima, deve d'altra parte essere interpretata in modo restrittivo. Così come formulata, tale disposizione non lascerebbe infatti margini per un'interpretazione diversa da quella che si ricava dal senso fatto palese dalle parole: essa si riferisce solo ed esclusivamente ai cittadini di paesi terzi che si trovano presso una "frontiera esterna" di uno Stato membro. Non si fa alcuna menzione in merito alla possibilità di equiparare tale situazione a quella di un cittadino di paesi terzi che si trovi ad una frontiera interna sulla quale sono stati ripristinati i controlli di frontiera in forza dell'articolo 25 del codice frontiere Schengen, o nelle immediate vicinanze di tale frontiera interna, e ciò anche se, alla data di adozione della presente direttiva, gli articoli 23 e 28 del regolamento n. 562/2006 (regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 che istituisce il codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) successivamente modificato dal regolamento n.399/2016) prevedevano già, da un lato, che gli Stati membri potessero ripristinare, a titolo eccezionale, il controllo di frontiera alle loro frontiere interne in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna e, dall'altro, che, in un caso del genere,

le disposizioni pertinenti di tale regolamento relative alle frontiere esterne fossero applicabili *mutatis mutandis*. Come ricorda l'avvocato generale nelle sue conclusioni, non bisogna infatti ipotizzare che in forza di tale disposizione, necessariamente «l'espressione frontiera esterna sostituisca integralmente l'espressione frontiera interna ai fini del codice frontiere Schengen o di altri strumenti giuridici come la direttiva 2008/15» (Conclusioni, punto 50). Il titolo III del codice frontiere Schengen – osserva ancora l'avvocato generale – disciplina le frontiere interne; la regola generale, che costituisce la ragion d'essere e la disposizione chiave di tale codice, è formulata, nel titolo III, all'articolo 22: le frontiere interne possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone. Oltre all'assenza del controllo di frontiera alle frontiere interne, il titolo III del codice frontiere Schengen (capo I – articoli da 22 a 24) tratta del ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne (capo II – articoli da 25 a 35). È in tale contesto che l'articolo 32 del codice frontiere Schengen prevede che in caso di ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne, si applicano *mutatis mutandis* le pertinenti disposizioni del titolo II. La disposizione in parola, quindi, si riferisce chiaramente alle altre disposizioni del codice frontiere Schengen. La direttiva 2008/115/CE non vi è affatto menzionata! Allo stesso tempo il testo dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115/CE è chiaro: tale disposizione parla effettivamente di una frontiera *esterna*. E se gli Stati membri si avvalgono di tale facoltà – spiega esaurientemente l'avvocato generale (Conclusioni punto 55) – prevista all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115, optando per non applicare questo provvedimento ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sul territorio di uno Stato membro è irregolare, è perché è molto più facile rimpatriare un cittadino di un Paese terzo da una frontiera esterna. Tuttavia, «la situazione di un cittadino di un paese terzo che si trova già all'interno dello spazio Schengen si distingue nettamente dalla fattispecie di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115». (Conclusioni punto 57)

1004

La Corte accoglie le osservazioni dell'avvocato generale e conferma così nella sua decisione finale la necessità di un'interpretazione letterale (e restrittiva) dell'ambito di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115/CE che appare, d'altra parte, suffragata anche dall'analisi del contesto di tale disposizione e, in particolare, da una lettura sistematica del codice frontiere Schengen. Di per sé, la direttiva non contiene, infatti, alcuna definizione delle espressioni “frontiera interna” o “frontiera esterna”, tuttavia, essa menziona più volte il codice frontiere Schengen in cui viene ampiamente precisato il contenuto dei due concetti, lasciando – secondo il giudice europeo – trasparire in modo inequivocabile l'inequivalenza dei medesimi.

Non solo. In virtù dell'art. 2 del codice frontiere Schengen – fa notare ancora la Corte – le nozioni di “frontiere interne” e di “frontiere esterne” appaiono escludersi a vicenda (Sentenza punto 62).

Ne consegue pertanto che le misure adottate dagli Stati membri al fine di garantire un'efficace sorveglianza delle frontiere, «non possano avere l'effetto di modificare gli obblighi degli Stati membri derivanti dalla direttiva rimpatri» (Sentenza punto 65).

4. – La decisione ivi annotata, benché essenzialmente strutturata attorno alle possibili esenzioni dall'applicazione della direttiva rimpatri, permette di far luce sull'ambito di applicazione delle disposizioni del codice frontiere Schengen in caso di reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne, chiarendo in modo netto la distinzione tra frontiere interne e frontiere esterne e ribadendo di fatto il carattere essenziale della libera circolazione delle persone nelle aree delimitate da confini interni.

La presente sentenza rammenta che, conformemente a quanto previsto dal codice Schengen che istituisce norme comuni per il ripristino temporaneo del controllo di

frontiera alle frontiere interne in circostanze eccezionali, la libera circolazione delle persone resta un principio fondamentale dell'Unione, la *raison d'être* del processo di integrazione europea, dal quale ogni deroga in nome del valore della sicurezza deve essere interpretata in modo restrittivo. Come ci ricorda l'avvocato generale Szpunar, «non vi è alcuna differenza tra un'intercettazione vicino al confine franco-spagnolo e un'intercettazione su *avenue des Champs-Élysées*» (Conclusioni punto 4) e la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne non possono pertanto rimettere in discussione tale assunto. (Si veda, anche una precedente decisione (Corte giust., sent., 21.6.2017, C-9/16, *A.*) in cui la Corte di giustizia europea è stata interpellata da un giudice tedesco in merito alla compatibilità di una misura nazionale con la regola di diritto primario e derivato UE che vieta i controlli alle frontiere interne. In questa occasione, il giudice europeo ha sottolineato che al fine di garantire che le misure di polizia non coincidano con le verifiche alle frontiere che il diritto UE proibisce non si richiede tanto che l'obiettivo da raggiungere sia per forza diverso dal prevenire o impedire l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato membro interessato (o di prevenire determinati reati), quanto, piuttosto, che la normativa nazionale circoscriva dettagliatamente i poteri degli agenti di polizia incaricati di effettuare i controlli).

Il progressivo sviluppo dell'integrazione europea, sia in termini di incremento delle sue competenze rispetto ai settori funzionali di governo del territorio, che in termini di numero dei suoi Stati membri, è stato storicamente accompagnato dallo svolgimento di due processi tra loro sincronici e inversamente proporzionali: la destrutturazione delle frontiere interne all'UE – le frontiere degli Stati membri – e la strutturazione delle frontiere esterne dell'Unione – le frontiere tra l'UE e i paesi terzi. Dalla decisione in esame emerge invece come – anche in conseguenza del dibattito pubblico degli ultimi anni sulla necessità di garantire la sicurezza delle frontiere esterne – si sia finito per trascurare l'ideale della realizzazione di un regime pieno ed effettivo di libera circolazione nei territori dei paesi membri. Certamente la fragilità degli strumenti adottati per garantire la solidarietà agli Stati di confine nella gestione della frontiera esterna ha finito per giocare un ruolo importante nel “risvegliare” il potere del singolo ordinamento sulle frontiere, anche e *a fortiori* in aperta polemica contro la gestione europea delle frontiere e dei flussi migratori. (F. Zorzi Giustiniani, *Da Frontex alla guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in cit., 527. Sulla proposta, cfr., J. Rijpma, *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2016). Gli Stati non di confine hanno infatti riattivato i controlli alle frontiere al cospetto della debolezza del controllo alle frontiere esterne, il quale è percepito come una minaccia alla loro sicurezza nazionale; allo stesso tempo, gli Stati sulla frontiera esterna, a causa dell'insufficienza di uno sforzo comune nella gestione delle frontiere esterne intervengono al di fuori o in violazione delle norme europee, talvolta con azioni “dimostrative”, al fine di spingere l'Unione e gli altri Stati membri ad assumersi effettivamente la gestione condivisa delle frontiere, come richiesto dai Trattati. Tutto ciò ha finito per generare una sorta di circolo vizioso che è arrivato a sviluppare in seno a numerosi Stati europei istanze nazionaliste e sovraniste intente a propagandare l'inutilità, o addirittura la pericolosità, di una cessione di sovranità agli organismi europei, rivendicando il ruolo delle frontiere come strumento non solo di demarcazione territoriale, ma anche di *markers of identity*, e cioè di elemento di differenziazione identitaria di una nazione oltre che mezzo di promozione e protezione degli interessi della comunità nazionale, la sicurezza *in primis*.

La sentenza della Corte appare in questo contesto come un tentativo di riaffermare, al contrario, l'esistenza di uno spazio comune europeo, quale spazio funzionale e non geografico, svincolato da identità storiche escludenti ma permeabile, aperto al pluralismo e all'interculturalità, fondato sull'intreccio e l'interdipendenza di molteplici sovranità statuali insistenti sul medesimo ambito geografico. La conclusione

a cui addivene la Corte (allorché stabilisce di fatto che uno Stato non possa fare appello ad una situazione di minaccia grave per l'ordine pubblico o per la sicurezza interna per giustificare la deroga ad una normativa europea comune e che, in ogni caso, qualunque limitazione alla libertà in parola debba essere interpretata in maniera restrittiva) sembra voler rilanciare l'idea di un modello di spazialità politica fondato su una più estesa integrazione economica e culturale, imperniato sulle quattro libertà di circolazione (delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali) e sulla conseguente eliminazione delle barriere e delle frontiere interne (art. 28 TUE).

Ma perché ciò sia possibile occorre che l'intento europeista si accompagni ad una concreta politica comune in materia di asilo, visti e rifugiati oltre ad un'efficace condivisione di doveri di accoglienza e di solidarietà da parte di tutti gli Stati membri, una sorta di "comunitarizzazione" – come è stato osservato (cfr., G. Scaccia, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *AIC*, n.3, 2017, 1 ss., ma spec., 37) – delle politiche di immigrazione e nella fattispecie di accoglienza fondata in modo reale «su una visione comune di Europa, e non riflesso di tatticismi e di egoismi nazionali». Osserva l'avvocato generale nelle sue conclusioni (punti 58 e 59), che gli Stati membri non devono tutelare in linea di principio gli stessi interessi giuridici alle frontiere esterne e a quelle interne. Uno Stato membro che, in forza del codice frontiere Schengen, è incaricato di controllare le frontiere esterne di tale spazio agisce nell'interesse di tutti gli Stati membri dello spazio Schengen, mentre, uno Stato membro che decide di ripristinare i controlli alle frontiere interne agisce, al contrario, nel proprio interesse.

Tutto questo sembra invero oggi mancare: non vi è uno sforzo condiviso nella gestione e nella sorveglianza dei movimenti dei cittadini provenienti da Stati terzi in corrispondenza delle frontiere esterne (e il dramma che si sta consumando in questi giorni al confine greco ne è un esempio). I paesi frontalieri sono tenuti a garantire un livello «efficace, elevato, uniforme» dei suddetti controlli e, in particolare, ad assicurare la sicurezza delle frontiere nell'interesse di tutti gli Stati partecipanti allo spazio Schengen (v., F. Pirola, *Frontiere "interne" e frontiere "esterne" pari non sono: i nuovi muri europei all'esame della Corte di giustizia* in *Dirittifondamentali.it*, n.1, 2019) ed i controlli ai confini interni dovrebbero costituire un'eccezione temporanea alle norme di Schengen, mentre gli Stati paiono averne sovente abusato, prorogando il mantenimento delle frontiere oltre i limiti consentiti di due anni. Comportamenti, questi, che destano una certa preoccupazione sulla tenuta complessiva del sistema Schengen, anche recentemente peraltro messo a dura prova per la scelta di numerosi paesi di chiudere i confini nazionali a causa dell'emergenza sanitaria Coronavirus che l'Europa sta vivendo. Le serrate attuate in ordine sparso tra gli ordinamenti dell'area Schengen cui si è assistito per contenere le migrazioni (e a cui si sta nuovamente assistendo, questa volta per ragioni sanitarie) nascondono, ad avviso di chi scrive, un'incrinatura molto profonda, frutto di uno scetticismo diffuso dettato – come è stato evidenziato in un recente articolo del quotidiano *La Repubblica* (S. Folli, *C'era una volta l'Europa*, in *La Repubblica*, 16 marzo 2020) – dalla presa di coscienza dell'incapacità della politica di «mostrarsi all'altezza della sua missione (...) arrendendosi alla burocrazia».

D'altra parte anche la recente tragedia dei profughi che si sta consumando al confine greco-turco dimostra l'insufficienza di una politica immigratoria europea e conferma l'impressione che per l'Europa (intesa sia come UE che come continente) l'immigrazione rappresenti di fatto un qualcosa che coinvolge soltanto i paesi di approdo. La scelta delle istituzioni europee tende ormai ad andare nella direzione di chiedere agli Stati estranei all'UE ubicati lungo le rotte dei migranti di operare per impedire il loro attraversamento verso il Vecchio continente. In altre parole, quelle stesse funzioni su cui, a partire dal trattato di Amsterdam, l'Unione ha voluto affermare la propria competenza, vengono "esternalizzate" a paesi terzi come la Turchia, al fine di fermare i flussi migratori, ciò che ha contribuito inevitabilmente

a mettere a rischio il sistema Schengen. Ciò che a tutt'oggi manca è una risposta da parte dei 27 Stati membri in merito ad una maggiore apertura dei canali regolari di ingresso o ad una maggiore gestione a livello europeo del diritto d'asilo. E la frontiera esterna da *common border* torna piuttosto ad identificarsi con la somma dei confini degli Stati.

In questi giorni, anche con l'emergenza sanitaria (e conseguentemente economica e sociale) che si sta vivendo, si avverte un "collasso" della solidarietà intraeuropea che inevitabilmente porta a domandarci se, allora, quell'ambizioso progetto che la convenzione di Schengen auspicava perseguire di abolire i confini sia ancora credibile, se sia cioè ancora possibile parlare di un destino comune che abbracci tanta parte del continente (quella che ha aderito all'UE) e sia realistico confidare ancora in uno spirito di solidarietà tra popoli diversi come era nel progetto originario di creare una unione di Stati europea. Si avverte, infatti, in modo sempre più evidente una sorta di «incongruenza» (L'espressione è di D. Rrushi, *La questione delle frontiere dell'Unione europea tra sovranità statale e universalismo dei diritti fondamentali*, cit., 112) nella gestione della frontiera dovute alla permanente contraddizione vissuta dagli Stati membri, divisi tra la difesa del proprio territorio e la garanzia della sicurezza alla propria cittadinanza da una parte e il riconoscimento e l'accettazione concreta di uno spazio europeo in costruzione che appare pressoché privo di coesione identitaria e di certezza di durata.

Nelle recenti settimane, nel tentativo di contenere la pandemia da Covid-19, la Commissione UE ha dettato alcune linee guida sulla reintroduzione di controlli alle frontiere interne alla zona Schengen, raccomandando però i paesi membri di applicare le nuove regole sui controlli alle frontiere in modo "proporzionato e coordinato". Quello a cui invece si è assistito è un ripristino unilaterale e disordinato delle frontiere che rischia di minare le quattro libertà fondamentali dell'UE – la circolazione di merci, servizi, capitali e persone – cancellando con un colpo di spugna la zona Schengen. Il tentativo delle istituzioni europee di 'governare' gli istinti isolazionisti dei singoli Stati, salvaguardando perlomeno la libertà di movimento delle merci nel mercato unico, non sembra purtroppo aver avuto esito soddisfacente. Come è stato scritto (A. Villafranca, *Europa blindata*, 17 marzo 2020, consultabile all'indirizzo web www.ispionline.it): in un'Europa già spaventata e divisa, è bastato di fatto un virus «per ripristinare muri e confini che riportano ad altri tempi storici!».

Tornando alla decisione in oggetto, ci si domanda quali potranno allora essere le ricadute della pronuncia in commento sui singoli ordinamenti? Negli accordi di Schengen si riconosce formalmente la frontiera esterna dell'Unione, la frontiera rafforzata e spostata ai confini europei per compensare l'eliminazione delle frontiere tra gli Stati. Chiarendo le relazioni tra il Codice Schengen e la direttiva "rimpatrio", il giudice europeo ha così chiarito che gli effetti della reintroduzione dei controlli alle frontiere interne «dovrebbero rimanere eccezionali» aggiungendo che, come ogni deroga alla libera circolazione delle persone, anche l'art. 2, paragrafo 2, lett.a) della direttiva rimpatri debba essere interpretato in modo restrittivo.

Sicuramente la decisione della Corte contribuisce a fugare i dubbi interpretativi sorti in merito all'applicazione della direttiva rimpatri, chiarendo la portata delle sue norme in combinato disposto con il codice frontiere Schengen. Alcune perplessità, ad avviso di chi scrive, tuttavia restano e non in merito al contenuto chiaro e lucido della decisione in cui il giudice europeo una volta per tutte, in modo perentorio e inequivocabile, dichiara la non equiparabilità delle frontiere interne ed esterne, quanto piuttosto sulla effettiva capacità che il più ampio messaggio che la Corte lancia possa avere effettivo seguito all'interno di ciascun ordinamento nazionale. Il timore, in buona sostanza, è che lo sforzo della Corte di preservare lo spazio di libertà sicurezza e giustizia (espressamente richiamato nel sommario della decisione) risulti vanificato dalla ricerca affannata messa in atto dai

singoli Stati di una nuova formulazione della propria sovranità da rinvenirsi proprio nella frontiera nazionale, e ciò a dispetto e in aperta contraddizione con i faticosi tentativi messi finora in atto per realizzare l'unità territoriale dell'Europa, un'unità che si realizza però solo dando una certa consistenza normativa e prima ancora politica a uno spazio pubblico comune.

Claudia Sartoretti,
Dip.to di Management
Università degli Studi di Torino
claudia.sartoretti@unito.it

Hernández vs. Argentina: the right to health of detainees in the Inter-American system

di Chiara Cardinali

Title: Hernández vs. Argentina: il diritto alla salute dei detenuti nel Sistema interamericano

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; right to health; Right to personal integrity.

1. – The Inter-American Court of Human Rights (hereinafter the Court) released the judgment in the case “Hernández vs. Argentina” on 22 November 2019.

The case pertains to José Luis Hernández’s conviction and detention, the detention’s conditions and the lack of access to healthcare.

While he was detained, he suffered permanent neurological damage, complete loss of vision in one eye, permanent partial impairment to the use of one arm and memory loss.

The Court ruled that the State of Argentina violated, in relation to the obligation stated in Article 1, § 1, ACHR, Hernández’s right to personal integrity (art. 5, § 1 and 5, § 2, ACHR), the right to health (art. 26 ACHR), the right to personal liberty (art. 7, § 1 and 7, § 3, ACHR), the right to the presumption of innocence (art. 8, § 2, ACHR) and the right to judicial protection (art. 25, § 2, ACHR).

2. – José Luis Hernández was arrested on 7 February 1989 for attempted robbery which was then requalified as aggravated robbery due to the use of a firearm. (§24-25)

He was placed in mandatory pretrial detention and he was deprived of his liberty for a year and a half by being held at a police station.

On 28 September 1990 he was convicted and sentenced to five years in prison, which was reduced to two years and eight months on appeal. Ultimately, he was given conditional freedom. In total, he was deprived of his personal liberty for a period of two years and three months. (§ 26)

The day he was arrested and transferred to the *Comisaría de Monte Grande* he was seen by a doctor. According to the *Informe del Médico de Policía*, he appeared lucid and “self-psychically located”, without signs of intoxication and the examination of the body surface did not indicate any recent traumatic injuries. (§ 27)

During his detention at the *Comisaría de Monte Grande*, Hernández started to show symptoms of various diseases. (§85)

His mother, on two different occasions, filed complaints to the judge who was in charge of the case: on 6 July 1989, she reported that Hernandez was exhibiting severe symptoms of flu and that he also suffered from a serious ear infection which needed

medical treatment (§85) and on 1 August 1990 she also reported that he was enduring a severe headache and needed to be transferred to a medical facility.

After the second complaint, Hernández was initially transferred to the *Unidad Carcelaria* and then he was admitted at the Hospital San Juan de Dios de la Plata because of acute meningitis due to T.B.C. (§ 86)

During the time he was detained he received adequate medical assistance in the hospitals of *San Juan de Dios*, *Alejandro Kron* and at *Unidad Carceraria*, except that on three occasions (on 29 August 1990, 27 September 1990 and 24 October 1990) when he could not be admitted due to the unavailability of rooms.

3. – On 30 June 1998, the representatives of the alleged victim submitted the initial petition in front of the Commission that adopted the Informe de *Fondo* No.96/17 on September 2017. (§ 2)

The Inter-American Commission found that the State violated Hernández's right to personal integrity and his right to not to be subjected to cruel, inhuman, or degrading treatment. It concluded that José Luis Hernández could not effectively have access to his right to health; it also found that the victim's right to personal liberty and the right to be presumed innocent were violated because he was placed in a mandatory pre-trial detention, which is incompatible with Inter-American standards. Finally, it found that Hernández's mother's right to personal integrity was also violated.

The Commission solicited the State to comply with the recommendations contained in the *Fondo* within two months. The State never gave any update on the implementations of the solicited measures. (§2)

For such reason, on 8 February 2018, the Commission brought the case before the Inter-American Court of Human Rights. (§2)

1010

4. – The present case concerns many human rights violations, such as the right to personal integrity or the right to be presumed innocent. Nevertheless, this paper will only focus on the violation of José Luis Hernández's right to health, since it is the Court itself, as stated in paragraph 62, that identified this question as the core juridical issue to deal with in deciding the case at stake.

According to the Inter-American Commission, the State has two main obligations deriving from international law concerning the health status of those who are deprived of their personal liberty: 1) the State has to provide adequate medical assistance in order to achieve a comprehensive medical diagnosis (ECOSOC, *Minimum Rules for the treatment of prisoners*, Resolution 663 C (XXIV), 31-06-1957 and Resolution 2076 (LXII), 13-05-1977), and 2) the State has to provide adequate medical treatment, respecting the principle of equivalence (European Committee for the Prevention of torture and inhumane and degrading treatment, *Third General Report of Activities*, 1-12-1992). Such principle consists of assuring that detained people receive the same medical assistance they would receive if they were free. (Inter-American Commission, *Informe de Fondo n. 96/17*, Caso n. 12818, 5-09-2017)

In relation to the present case, the Commission stressed that in many instances the Argentinian authorities failed to grant Hernández adequate medical assistance for a prolonged and unjustified period of time. (§51)

Considering the symptoms Hernández was showing, the State should have adopted all the necessary measures to establish a clear clinical picture and to arrange an appropriate medical treatment for the meningitis, in accordance with the above-mentioned equivalence principle. (§ 51)

The State of Argentina, for its own part, asserted that there were not sufficient elements to determine that Hernández state of health was affected before 10 July 1990 and that no complaint was filed in front of the judge of the case before that date. Only

after 2 August 1990 the judge was informed that Hernández was diagnosed with a possible meningitis. The State claimed that from that moment on Hernández received constant medical assistance in one of the most prestigious hospitals in the State. (§53)

For the State there was no connection among the diseases that occurred in July 1989 and those that appeared in August 1990 or, at least, there was no medical report supporting a potential link. (§ 53)

Also the Inter-American Court, despite the different arguments of the Commission and of the State of Argentina, warned that the main problem of the case at stake concerned the violation of Hernández right of health. (§ 51)

Even if neither the Commission nor the State claimed the violation of art. 26 of the IACHR, for the principle *iura novit curia*, the Court solemnly expressed that it would have ruled on the violation of the right to health. (§ 54)

Initially, the Court recognized the right to personal integrity (art. 5 IACHR) of all individuals and then of the people deprived of their personal liberty. It stated that the State holds a “special guarantor position” towards the detainees who are subjected to a strict domain of the prison authorities. (§56) (IACHR, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú, 19-01-1955[Fondo] §60)

Since art. 5 § 1 e § 2 of the Convention provides that every person deprived of personal liberty should live in conditions that are respectful of human dignity, the Court concluded that such provision entails the State duty to safeguard their health and welfare. (IACHR, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, 2-09-2004, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], §159)

It clearly appears that personal integrity is strictly linked with medical assistance and the failure to provide such assistance results in a violation of art. 5 of the Inter-American Convention. (IACHR, Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, 7-09-2004 [Fondo, Reparaciones y Costas] § 117)

Nevertheless the violation of the right to health can be seen as a violation of the right to personal integrity, the Inter-American Court noticed that one of the main juridical problems of the case at stake concerned the extent of the right to health which was intended as an autonomous right deriving from art. 26 of the American Convention. (§ 62) The Court based its reasoning on the case-law inaugurated by the decision issued in the case *Lagos del Campo vs. Perú* (IACHR, Caso Lagos del Campo vs. Perú, 31-08-2017, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] § 141-150, 154], and followed by the case *Poblete Vilches y otro vs. Chile* (IACHR, Caso Poblete Vilches y otro Vs. Chile, 8-03-2018, [Fondo, Reparaciones y Costas], §103).

The Inter-American Convention should have been interpreted as it contained economic, social, cultural and environmental rights (the so-called ESC rights) in its catalogue of protected rights. Such inclusion derives from the norms recognized in the “*Carta de la Organización de los Estados Americanos*” (now on, OAS Charter) and from the rule set forth in art. 29 of the Inter-American Convention itself. (§62)

Following a systematic, evolutionary and teleological interpretation based on art. 29 of the IACHR, the Court used to reference the national and international *corpus iuris* in order to give consistency to the rights protected by art. 26 of the Convention. (§62)

In the case at stake, the Court took the following steps: first, it analysed the existence of the right to health as an autonomous right and also examined its substance, then it considered if Hernández right to health was violated. (§63)

In summation, it is important to stress that initially the Court’s attitude was to identify the right to health as contained in the right to personal integrity stated in art. 5 of the Inter-American Convention (IACHR, Caso Tibi Vs. Ecuador, 7-09-2004, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] and Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador, 22-11-2007 [Fondo, Reparaciones y Costas]), then the Court in 2017/2018 started to change its jurisprudence and in the decision of the cases *Lagos del Campo vs. Perú* and *Poblete Vilches y otro vs. Chile* affirmed the justiciability of the right to health

autonomously and not in relation to the right to personal integrity. To nowadays, since this case law is not consolidated yet, in the OAS system the right to health on the one hand can be considered as to be protected *per se*, but at the same time it can still be treated as a facet of the right to personal integrity, in accordance with the previous jurisprudence.

5. – The Court took the task of establishing whether or not the right to health should be considered as an autonomous and justiciable right in the Inter-American system.

The starting point was represented by art. 26 of the IACHR, which requires the States Parties “to adopt measures, both internally and through international cooperation, especially those of an economic and technical nature, with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires.” The clear reference to the OAS Charter is a key factor in order to identify the rights covered by art. 26 IACHR, using an interpretative approach. (§64)

To reach the progressive development stated in art. 26 of the IACHR, the States have to achieve some basic goals. Among these goals the Court recalled, there are art. 34. i) and l) of the OAS Charter which concerns the “defence of the human potential through the extension and application of the modern medical science expertise” and the “urban conditions that make possible to have a dignified, productive and healthy life”. Finally, the Court also remembered that art. 45 of the OAS Charter made a reference to “the development of an efficient social security policy”. (§64)

According to the Court, the OAS Charter contained sufficiently specific references to establish the existence of the right to health. Consequently, the Court concluded that art. 26 of the IACHR, through its allusion to the OAS Charter, definitely enshrined the right to health. (IACHR, Caso Poblete Vilches y otro Vs. Chile, 8-03-2018, [*Fondo, Reparaciones y Costas*], §106)

Then, the Court took the further step of assessing whether or not the right to health also encompassed the right to health of persons deprived of their personal liberty in the light of the international *corpus iuris*. (§65) It is this passage that represents the very novelty in the Court’s jurisprudence.

The conjunction of the principle of the international accountability of a State for the violation of the rights contained in the Inter-American Convention (art. 1 § 1 and § 2, IACHR) with art. 29 of the IACHR and art. 31 of the Vienna Convention allowed the Court to use the international principles and standards as a special legislation to be applied in a complementary way in order to define the content of the right to health. (§ 65-66)

Indeed, art. 29 indexed “Restrictions Regarding Interpretation” contains the *pro persona* principle which allowed the Court to read the right and obligations contained in the Convention in the light of the relevant human rights norms and treaties. (IACHR, Caso Muelle Flores vs. Perú, 6-03-2019 [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*] §176).

The Court recognized that there was a widespread consensus among the OAS States regarding the existence of the right to health which is solemnly affirmed in various Constitutions and internal laws. (§75) At the same time the Court pointed out that the right to health was also recognized by art. XI of the American Declaration, by art. 10 of the Protocol of San Salvador, by art. 35 of the Universal Declaration of Human Rights, and by art. 12 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. (§70-74)

In conclusion, in the case at stake, the Court ruled that health is a fundamental human right, essential for the exercise of other rights and that every human being has the right to enjoy the highest level of health that allows one to live decently, not only without disorders and diseases, but in a state of physical, mental and social wellness. (IACHR, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, 8-03-2018, [*Fondo, Reparaciones y Costas*], §118)

However, the judgment presents a contradiction among its *corpus* and its dispositive part. In fact, the Court in the *corpus* of the judgment expressly assessed the autonomous and essential nature of the right to health but in the dispositive part it affirmed its violation in connection to the right to personal integrity, as if they were inter-dependent.

6. – The Court did not reach the above-mentioned outcome unanimously.

In fact, judge Pazmiño issued a partial dissenting opinion on the second “*punto resolutivo*” of the judgment which stated that Hernández’s personal integrity had been violated; also judges Vio Grossi and Humberto Antonio Sierra Porto issued partial dissenting opinions on the third “*punto resolutivo*” of the judgment, which established the violation of the right to personal integrity and the right to health.

He recognized that the judgment in Hernández consolidated the thesis adopted by the Inter-American Court in the case *Lagos del Campo vs. Perú* (IACHR, Caso Lagos del Campo vs. Perú, 31-08-2017 [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*]), according to which the economic, social, cultural and environmental rights (ESC rights) are justiciable in front of the Court through art. 26 of the Inter-American Convention.

In his partial dissenting opinion, he recalled that before 2017 the Court never ruled directly on the violation of art. 26 of the Convention but stated the interdependence of the ESC rights with the civil and political rights, affirming the State responsibility only when the second group of rights was violated. Then the Court inverted its praxis and started analysing the violation of ESC right autonomously and affirmed the State accountability for the violation of art. 26 in relation to art. 1 § 1 of the Convention. Indeed, for him the judgment contradicted itself: in fact, the Court affirmed the violation of the right to health, but together with the violation of the right to personal integrity. From the judgment it emerged that the violation of the right to health was not autonomous, but only existed if considered in connection with the violation of the right to personal integrity.

Therefore, considering that the Court concluded that the right to health is an autonomous and justiciable right under art. 26 of the Inter-American Convention, Pazmiño, righteously, wondered why the violation of such right was not declared in a separate “*punto resolutivo*” of the judgment, as already done in the cases *Poblete Vilche* and *Cuscul Pivaral*.

Since the Court jurisprudence had already overcome the question concerning the connection and interdependence of civil and political rights with ESC rights as the only way to affirm the violation of the latter, he underlined that it was unnecessary to reiterate the violation of the right to personal integrity in connection to the right to health, when the violation of the right to personal integrity was already stated in the previous “*punto resolutivo*”.

Vio Grossi, by his own part, issued a partial dissenting opinion concerning the third “*punto resolutivo*” which declared the violation of the right to personal integrity and the right to health.

He stressed that the function of the Inter-American Court is to provide justice in the human rights field in conformity with the law, particularly with the Inter-American Convention. The Court did not have to be a human rights promoter and defender, since

it was the Commission that was invested with this task. Therefore, the role of the Court was to resolve disputes and not to be a human rights activist.

In relation to the interpretation of art. 26, he suggested that the circumstance that Part I of the Inter-American Convention made a reference to the “Protected rights” it was not sufficient to deduce that the Economic Social and Cultural rights mentioned in art. 26 are justiciable in front of the Inter-American Court.

Since the Convention made a clear distinction among civil and political rights and economic social and cultural rights, the right to health was not a right “*reconocido*” in the Convention and for this reason should not have been protected. Only civil and political rights enjoyed the system of protection set forth in the Convention. So, he claimed that in order to make the ESC rights justiciable in front of the Inter-American Court, it would have been necessary to enhance a complementary Protocol that provided for their protection.

He also underlined that he was not denying the existence of the right to health, but only that the question concerning its violation could not be submitted and decided by the Court. It seemed not inconvenient that the organ entitled with judicial competence acquired a creative function. In the light of the principle of the separation of powers, the Court should not have extended its competence and declare the violation of rights not clearly stated in the Convention.

Finally, Antonio Sierra Porto in his partial dissenting opinion highlighted the contradictions and logical inconsistencies that affected the theory of the direct and autonomous justiciability of the ESC rights, inaugurated in the case *Lagos del Campo Vs. Perú*.

He stressed that no normative reference could be found in order to establish that ESC rights could be analysed by the Inter-American Court. Indeed, in the OAS Charter, the references in art 34 i), 1) and 45 did not have a sufficient degree of specificity to conclude that a concrete right to health exists. They constituted simple and generic declaration that did not permit one to attest the existence of a right to health in the international legal framework. Moreover art. 10 of the Protocol of San Salvador envisages the right to health, so it was not possible to derive this right from the OAS Charter.

He then criticized the interpretation of art. 29 of the Convention by affirming that, even if the Court warned that it would have used the international legislation in a complementary manner, ultimately, it was used to give art. 26 a content, which clearly this disposition did not entail. In fact, starting from the *Lagos del Campo vs. Perú* judgment, the Court used art. 26 as a “*carta en blanco*” in order to transfer obligations established in other treaties into the Convention, but such interpretation was not sustainable since the Court lacked competence with regard to these obligations.

From the analysis of the previous cases decided by the Court, like the case *Poblete Vilches vs. Chile* and the case *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, and that of the present judgment, emerged an intimate connection between the violations of the right to personal integrity and the right to health. So, it appeared difficult to discern where the obligations regarding each right started and finished. The obligation concerning the right to health had a “*sentido practico una vez que se reflejan en el análisis del artículo 5*”.

Therefore, the violation of the right to health was only relevant when it resulted in a violation of art. 5 of the IACHR.

For him, the right thesis was to analyse the right to health in its individual dimension, in relation to those civil and political rights that could be affected, like the right to personal integrity in the present case, and in its “progressive” dimension in relation to the sufficiency of the health services provided by the State.

According to him, the expression used in the “*punto resolutivos*” of the judgment, which strictly linked the violation of the right to health to the violation of the right to personal integrity, was reasonable. At the same time, the fact that the judgment

reiterated the violation of the right to personal integrity in two different “*punto resolutivos*” did not appear acceptable. From such reiteration, he concluded that the analysis of art. 26 appeared to be useless since in the end, the Court had to necessarily refer to the violation of the right to personal integrity.

It is also interesting to recall the concurrent opinion of Judge Pérez Manrique. He rejected the first thesis according to which the analysis of the violation of ESC rights had to be necessarily conducted in relation to the rights stated in art. 3 and 25 of the Convention; he also rejected the second thesis according to which the Court was competent to hear cases in relation to the violations of ESC rights as autonomous rights that derive from the OAS Charter. He embraced a third thesis, known as “*conexidad-simultaneidad*”, according to which the analysis of the violation of the ESC rights should have been admitted only when there was a strict connection among them and the civil and political rights.

He emphasized that this was the path walked by the European Court of Human Rights: indeed art. 2 (right to life), art. 3 (prohibition of torture) and art. 14 (non-discrimination) of the European Human Rights Convention represent key dispositions used in order to assess the right to health that otherwise would not be justiciable.

Lastly, Judge Ferrer in his “*voto razonado*” concluded that *Hernández vs. Argentina* should have been considered as a leading case, since it was the first case in which the Inter-American Court, in the context of person deprived of personal liberty, directly upheld the violation of the right to health, from an individual prospective, and the consequent accountability of the State.

7. – In the light of the different opinions provided by the San José Court judges, it seems necessary to make some considerations.

Without digging into the question of whether or not the Court ruled fairly in relation to the right to health and personal integrity, which has been diffusely analysed in the previous paragraphs, our intention is to reflect on whether or not the Court has respected the boundaries of its jurisdictional competence in ruling about the violation of the right to health.

The premise is that, on the one hand, there is no disposition that enshrines the right to health in the Inter-American Convention, and on the other hand, there is art. 10 of the Protocol of San Salvador that establishes the right to health.

Starting from the case *Lagos do Campo vs. Perú*, the Court has tried to find a normative reference in order to extend its jurisdictional competence over this right.

It found that art. 26 of the Inter-American Convention was a key disposition. (Christian Courtis, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 665-667)

However, art. 26 poses some interpretative problems, since it does not explicitly identify the rights to which it is referred, but realizes a cross reference to the economic, social and cultural rights contained in the OAS Charter. After identifying such norms, the next step is to determine “*cuales son lo derechos que se derivan*”. (Christian Courtis, *Convención Americana...*, p.665)

Thus, it is art. 26 of the Convention that gives the “status of rights” to the normative references of the OAS Charter, transforming public policy principles and objectives in rights.

In doing so, the interpreter has to refer to international instruments like the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights or the Protocol of San Salvador or the American Declaration. (Christian Courtis, *Convención Americana...*, p. 666)

Through this process, the Inter-American Court has recognized the right to social security, the right to health and the workers' rights as economic, social and cultural rights deriving from the OAS Charter.

The fact that a right is inferred by the Court through the above-mentioned process, it does not resolve the problem of determining the content of the right. In fact, in the majority of the cases, the reference contained in the OAS Charter was only sufficient to identify and name a right, but for determining the actual content of the right, it was necessary to invoke dispositions contained in other human rights instruments. (Christian Courtis, *Convención Americana...*, p. 666)

The core question is whether the obligations entailed in art. 1 of the Inter-American Convention can be referred to the right derived from art. 26 IACHR. Art. 1 and 2 are the very initial dispositions of the Convention. As such, there is no reason to distinguish among their application to the rights affirmed in Chapter I (Civil and Political Rights) and Chapter III (Economic, Social and Cultural rights).

Art. 1 clearly establishes that “the Member States undertake to respect the rights and liberties recognized in the Convention”, without any distinction among Chapter I and Chapter III.

If some doubts arise, it is necessary to refer to art. 29 of the Inter-American Convention which establishes the principle of interpretation *pro persona*, meaning that, as stated in art. 29 d) of IACHR, it is not allowed to interpret the Convention in a sense that excludes or limits the effect of the American Declaration. (Christian Courtis, *Convención Americana...*, p. 669).

Therefore, it appears that one plausible path, which is the one chosen by the Court in the present case, is to assess the existence of the right to health through art. 26.

This approach has been criticized, as it results by the above-mentioned dissenting opinions.

In fact, it could seem that the Court tried to overcome the limits of its jurisdictional competence, adopting an extensive approach.

As pointed out before, on the other hand, the right to health is clearly established in the Protocol of San Salvador.

The Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador) was adopted on November 17, 1988 and ratified by Argentina in 2003.

As stated in the Preamble, such Protocol considers “the close relationship that exists between economic, social and cultural rights, and civil and political rights, in that the different categories of rights constitute an indivisible whole based on the recognition of the dignity of the human person, for which reason both require permanent protection and promotion”.

Article 10 of the Protocol of San Salvador enshrines the right to health as “the enjoyment of the highest level of physical, mental and social well-being”. In order to ensure the exercise of the right to health, the States Parties agree to recognize health as a public good and, particularly, to adopt a number of measures to ensure that right.

In order to achieve this aim, the States have to grant, among other things, the “extension of the benefits of health services to all individuals subject to the State's jurisdiction” (art. 10, § 2 lett.d), Protocol of San Salvador). The right to health of people deprived of their personal liberty should be linked to this provision.

Accordingly, it is pacific that an OAS instrument recognizes the right to health.

The problem, however, concerns the justiciability of this right. In fact, art. 19 of the Protocol of San Salvador, indexed “Means of Protection”, states that “any instance in which the rights established in paragraph a) of Article 8 and in Article 13 are violated by action directly attributable to a State Party to this Protocol may give rise, through participation of the Inter-American Commission on Human Rights and, when

applicable, of the Inter-American Court of Human Rights, to application of the system of individual petitions governed by Article 44 through 51 and 61 through 69 of the American Convention on Human Rights.”

On this ground, only the right to education and trade union rights are expressively given protection through the recourse to the Inter-American Court.

Therefore, the Protocol of San Salvador recognizes that only the above-mentioned rights are justiciable in front of the Court. Thus, the right to health, as intended by the OAS State, could not be actioned in front of the Court. (Oscar Parra Vera, *La protección del derecho a la salud a través de Casos Contenciosos ante el Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos*, 2013, p.765)

According to my opinion, the attempt of the Court to extend its jurisdiction to include the right to health may appear as an unduly overcoming of the jurisdictional limits set forth in art. 19 of the Protocol.

Indeed, the text of the Protocol is very clear on the part in which provides for the jurisdiction of the Court. So, the Court itself, through the praxis of the interpretation of art. 26 of the IACHR, may seem to betray the intention of the American States that drafted the Protocol of San Salvador. The Court recalled the existence of the Protocol of San Salvador and used it as a complementary source to define the content of the right to health, without mentioning art. 19 of the same Protocol.

However, the Protocol is dated back to 1988. The Court, now in 2018, perhaps may have felt forced to adopt an evolutive approach and extend its jurisdiction to the right to health, whose protection would otherwise be ineffective. Thus, from this perspective, the Court cannot be blamed to have used the Protocol as an interpretative tool, without respecting the boundaries of art. 19 of the same Protocol.

It is true that the separation of powers should be respected, but it is also undeniable that the Court has a key role in pointing out loopholes in the positive law, such as the lack of a disposition that provides for the justiciability of the right to health.

For this reason, it may be desirable that the OAS States, conscious of this shortcoming, undertake a revision of the Protocol of San Salvador in order to dispel any doubt on the actionability of the right to health in front of the Inter-American Court. It should not be necessary to use of art. 26 of the IACHR, which results into a weak and questionable tool for safeguarding the ESC rights.

Verily, the same Court in the “*punto resolutivos*” appears to be aware of this problem. In fact, even if affirming the justiciability of the right to health as an autonomous right in the *corpus of the judgment*, in the end, instead of assessing the violation of the right to health *per se*, it preferred to affirm the violation of the right to health in conjunction with the right to personal integrity, so as not to overstep the boundaries of its jurisdiction.

8. – It may also be interesting to briefly analyse how the other regional human rights system have dealt with the problem of the justiciability of the Economic, Social and Cultural Rights, in particular of the right to health.

A reference to the right to health is absent in the European Convention on Human Rights. However, the European Court was inevitably called upon to consider cases having a socio-economic dimension. In cases where the right to health was concerned, it found that the relevant normative references were represented by art. 2, which entails the right to life, in order to affirm the violation of such right, as in the cases *Cyprus vs. Turkey*, *Senturk vs. Turkey*, *Asiye Genc vs Turkey*, *Aydogdu vs Turkey*. It also referenced other provisions such as art. 3 in *M.S. vs. the United Kingdom*, art. 5 in *Stanev vs. Bulgaria* and art. 8 in *Glass vs. the United Kingdom* and *Tysiac vs. Poland*.

Accordingly, the European Court of Human Rights approach is to not consider the right to life autonomously, but to establish its violation as a result of the violation of other rights as the right to life, the right to personal liberty or the right to respect for private and family life.

On the other hand, as far as the African Human Rights system is concerned, art. 16 of the African Charter expressly recognizes the right to health, stating that “every individual shall have the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health”. Consequently, since the African Court on Human and People’s Rights has jurisdiction over the Charter (*ratione materiae* competence), the right to health is actionable before the African Court in a direct and autonomous manner, without the need to be linked to the violation of civil and political rights.

9. – In accordance with art. 63, par. 1 of the Convention, the San José Court provided for adequate remedies, since the violation of an international obligation entails the obligation to grant an appropriate reparation. (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 21-7-1989, [*Reparaciones y costas*]).

First of all, the Court ordered the State to publish a summary of the judgment of the Court and the judgment itself and to pay 20.000 dollars to San Martín Hernández, as a beneficiary, in order to compensate for the material damage suffered by José Luis Hernández. It also established that the State should inform the tribunal of the measures taken in order to conform to the present judgment, especially in order to prevent TBC and similar diseases among the detainees and to treat those who were affected by TBC and should adopt a suitable legislation to improve the conditions of the prison facilities in the province of Buenos Aires, in order to make them compatible with the human rights standards. The Court declared it would monitor the compliance with the present judgment.

The case of *Montesinos Mejía vs. Ecuador*: reflection upon the right to personal liberty in the IACHR's jurisprudence

di Manfredi Marciante

Title: The case of Montesinos Mejía vs. Ecuador: reflection upon the right to personal liberty in the IACHR's jurisprudence

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Right to personal liberty; "Cyclon operation"; Arbitrary arrest.

1. – On January 27th, 2020, the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter as "The Court" or "The Inter-American Court") issued a judgement declaring unanimously the State of Ecuador (hereinafter "Ecuador", "The State" or the Ecuadorian State") responsible for the violation of the right to personal liberty, to the presumption of innocence and to judicial protection, enshrined in art. 7, § 1, § 2, § 4, § 5, in art. 8 § 2 and 24 of the American Convention on Human Rights (hereinafter as "ACHR", "the Convention" or "the American Convention"), in relation to art. 1, § 1 of the above mentioned Convention.

At the same time, the State was held responsible for the violation of arts. 7, § 1, § 3, § 6 of the ACHR, in conjunction with arts. 1 § 1 and 2, in prejudice to Mario Alfonso Montesinos Mejía (hereinafter "the victim" or "Mr. Montesinos"). Moreover, the Court asserted that Ecuador violated Mr. Montesinos's right to personal integrity, provided for in art. 5 of the ACHR and in arts. 1, 6 and 8 of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, (hereinafter "IACPT") and the judicial guarantees contained in art. 8 § 1, 8 § 2 b), c), d) and e) and art. 8 § 3 of the ACHR.

Lastly, the Court concluded that the State was not responsible for the violation of the right not to be tried twice for the same facts and for the principle of legality and non-retroactivity, respectively established in arts. 8 § 4 and 9 of the ACHR.

2. – In the case at stake, the sequence of the events which have led to the decision issued by the Inter-American Court are complicated. For these reasons, it seems appropriate to firstly underline that the analyzed judgement concerns a series of violations made in the context of a drug trafficking in Ecuador. Indeed, in 1992 the Anti-Drug Intelligence Service of the Ecuadorian National Police (*Servicio de Inteligencia Antidrogas de la Policía Nacional del Ecuador*) launched the Operation "Cyclone", with the aim of dismantling a drug trafficking organization in the South American State.

The operation involved the arrest of several persons allegedly linked to the narco-traffic organization, including Mr. Mario Alfonso Montesinos Mejía – a former

member of the Ecuadorian Army – arrested in 1992 by police agents in the City of Quito (Ecuador). The same day he was arrested, the officers kept him inside the police vehicle for approximately two hours, confiscating various weapons located inside his home. Few days later, Mr. Montesinos gave its statement without a legal representative to the National Directorate of Investigation (*Dirección Nacional de Investigaciones*), where he clarified he was administering the weapons for someone else.

Following his arrest, he was held in a cell measuring approximately 11 square meters with other thirteen detainees and – one month after being arrested – he reported that twenty-five members of the National Police Intervention and Rescue Group had beaten him and other detainees, while they were in the courtyard of the Quito Regiment No. 2 detention center. Succeeding his complaints, he was transferred to the Social Rehabilitation Centre: throughout the transfer, his eyes and mouth were covered with adhesive tape and his hands tied behind his back. While in the place of detention, he claimed to have been held *incommunicado* (i.e. with no possibility of making or receiving any communications from the prison facility) and isolated from the date of his arrest (June 21st, 1992) until July 28th, 1992.

Because of the ongoing situation, in 1996 Mr. Montesinos filed a petition for *habeas corpus* with the Mayor of the Quito Metropolitan District, in which he alleged he had been subject to inhuman and degrading treatment and been held in prison for fifty months without judgement. The application for *habeas corpus* was declared inadmissible, therefore Mr. Montesinos's representative appealed the Mayor's decision to the Ecuador's Court of Constitutional Guarantees (*Tribunal de Garantías Constitucionales*). One month later, the Supreme Court ruled in favor of the applicant, granting *habeas corpus* and ordering his immediate release. Since the previous decision had not been complied with, in 1998 Mr. Montesinos lodged a second *habeas corpus* with the Mayor of Quito who – for the second time – declared the writ inadmissible. Once again, Mr. Montesinos's lawyer appealed the decision to the Constitutional Court, which ruled in favor of Mr. Montesinos, ordering his immediate release, also considering that the time spent in pretrial detention was unreasonable.

3. – With regard to the specific proceedings before the domestic courts, Mr. Montesinos was accused of different and related crimes, respectively concerning: the crime of illicit enrichment; the crime of conversion and transfer of property; and the crime of front running (i.e. carried out activities as a front man for a criminal organization). With regard to the first two asserted crimes, the Fourth Chamber of Judges of the Superior Court of Justice of Quito issued two orders to dismiss in favor of Mr. Montesinos.

As far as the last alleged crime, on 9 September 2003, the Deputy Chief Justice of the Quito Superior Court issued a judgement of acquittal at first instance in favor of Mr. Montesinos. The Office of the State Procurator-General and the Public Prosecutor's Office lodged an appeal against the decision and on September 8, 2008, the First Specialized Criminal, Transit and Collusion Chamber of the Quito Superior Court of Justice sentenced Mr. Montesinos to 10 years' imprisonment and a fine of six times the minimum living wage for the crime of "*testaferrismo*". Mr. Montesinos lodged an appeal in Cassation against the aforementioned sentence, which was rejected on August 2010 by the First Chamber of the National Court of Justice, on the basis that the evidence presented warranted that the defendants should be deemed as the author and accomplices of the crime of *testaferrismo*.

On September 29th, 2010, Mr. Montesinos filed an extraordinary action for protection against the sentence issued on August 31st, 2010. On January 18th, 2011, the Constitutional Court ruled that the appeal was inadmissible, because the allegations of the defendants were focused on the facts or acts that gave rise to the criminal proceedings, over which it had no jurisdiction to rule.

4. – In accordance with articles 51 and 61 of the American Convention, the case was submitted to the jurisdiction of the Court by the Inter-American Commission on Human Rights (“the Commission” or “the Inter-American Commission”). The Commission claimed that the Ecuadorian State violated the rights to personal integrity, personal liberty, judicial guarantees and judicial protection to the detriment of Mr. Mario Montesinos Mejía (cfr. IACHR, Report No. 131/17, Case 11.678, *Admissibility and Merits*, Mario Montesinos Mejía, Ecuador, October 25, 2017).

For the purpose of this analysis, it seems interesting to examine the argumentations submitted in the preliminary objections by the Ecuadorian State. In its brief of response (October 6th, 2018) the State raised four preliminary objections to the Court, claiming: *i*) the Inter-American Court does not have jurisdiction over violations of treaties and Conventions ratified after the date of the alleged violation, since Ecuador signed the IACPT in 1986 and ratified it in 1999 and the facts took place in 1992, noting in any case that the acts of torture are of an immediate effect, therefore no responsibility could be established retroactively; *ii*) the lack of exhaustion of local remedies, since at the date of submission of the initial petition to the Commission the domestic remedies had not yet been exhausted in the three criminal proceedings against the alleged victim; *iii*) the incompetence *ratione materiae* of the Court due to the subject matter, specifying that the petitioner used the Inter-American System as a “Court of Appeal” or “fourth instance Court” with respect to the criminal proceedings against him for the crime of “testaferrismo”; lastly, *iv*) due to the delay of the proceedings before the Commission, the State had difficulties in preparing its defense, since it was forced to modify its exceptions considering the factual changes within the proceedings, indicating that the passage of time without solving the case generates legal uncertainty for the parties. Remarkably, the preliminary objections of the State government were totally dismissed by the Court.

Considering the first objection, the Inter-American Court noteworthy recalled the principle of non-retroactivity – as codified in art. 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331) – explaining that it may take cognizance only of acts or facts that have taken place after the date of entry into force of a treaty against the State who caused the human rights violations (Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7-9-2004, [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*] § 61; Corte IDH, *Caso Terrones Silva et al. vs. Peru*, 26-09-2018, [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*], § 33. For a specific evaluation of art. 28 VCLT, see Von Derken, *Article 28. Non-retroactivity of treaties*, in *Vienna Convention on the Law of Treaties a Commentary*, Second Edition, (eds.) Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, page from 507 to 520). That being sad, despite the Court confirmed the lack of jurisdiction to rule on the alleged torture in the light of the IACPT, in any case it considered and sanctioned the aforementioned violation according to art. 5 of the ACHR. Moreover, recalling its previous jurisprudence on the matter (Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, 8-7-2004, [*Fondo, Reparaciones y Costas*], § 196; *Caso Tibi Vs. Ecuador*, § 62; *Caso J Vs. Perú*, 27-11-2013, [*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*], § 21; *Caso Terrones Silva y otros Vs. Perú*, § 34) the Court endorsed the plea of both the Commission and the representative, claiming that it does have temporary jurisdiction to analyze the alleged violation of arts. 1, 6 and 8 IACPT with respect to the alleged failure to investigate the facts occurred after 1999 (*i.e.* after the IACPT entered into force in Ecuador).

Dealing with the alleged non exhaustion of local remedies, the Court first stated that the latter is a generally recognized principle of international law (Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 26-6-1987, [*Excepciones Preliminares*], § 85; *Caso López Soto y otros vs. Argentina*, 25-11-2019, [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*], § 20). On the basis of its previous case-law, the Court recalled an evaluation that

could be considered as a “preliminary objection test” in order to analyze an alleged failure to comply with this mandatory requirement: first, the exception should be considered as a defense available to the State; second, the exception must be presented in a timely manner by State, specifying the remedies it considers have not been exhausted; and lastly, the Court has stated that the State presenting the exception must specify the domestic remedies that are effective and have not yet been exhausted (this “preliminary objection test” or quoting the words of the Court “*pautas claras*” [“clear guidelines”] are a clear elaboration of the IACTHR jurisprudence, cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, [Excepciones Preliminares] § 88; *Caso López Soto y otros Vs. Argentina*, § 21).

As far as the third complaint is concerned, the Court reiterated that one of the characteristics of international jurisdiction is its adjuvant and complementary nature. Keeping in mind the clear above-mentioned considerations, the IACHR repeatedly held that – in order for the preliminary objection of fourth instance to be applicable – it is necessary that the applicant seek a review of a judgment of a national court on the basis of an incorrect assessment concerning the evidence, facts or domestic law, without alleging that there has been a violation of the international treaties over which the Court has jurisdiction (Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26-11-2010, [Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], § 18; *Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela*, 19-11-2019, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], § 20). However, when the San José judges assess the fulfilment of certain international obligations, they have the power to investigate if there may be an intrinsic interrelationship between the analysis of international law and domestic law. In fact, the determination of whether or not the actions of judicial organs constitute directly a violation of the State’s international obligations may lead to the need to examine the respective domestic processes to establish their compatibility with the American Convention (Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, 19-11-1999, [Fondo], § 222; *Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela*, § 21). In the case at stake, the Court founds that the allegations made by Mr. Montesinos’s representative concerns the violation of the alleged victim’s rights within the criminal justice administration system, which would have resulted in arbitrary detention, acts of torture and *incommunicado* detention. That being said, the Inter-American Court reminds that its duty does not consist in a “fourth instance of judicial review”, nor does it examine the evaluation of evidence carried out by national judges. The Court, on an exceptional basis, have the authority to decide on the content of judicial decisions that manifestly violate the American Convention and, consequently, implies the international responsibility of the State. For this reason, the Court rejected this preliminary objection, also considering that the assessment of whether the proceedings and the judgment violated the provisions of the Convention is a question of substance.

The last objection, mainly regarding the length of procedure before the Commission, raised a particular and interesting point of view of the Court. Indeed, the San Jose judges firstly remind that the issue concerning the legality of the procedure before the Commission is applicable only when the existence of a serious error prejudicial to the State’s right to defense is established, justifying the inadmissibility of a case submitted to the Court (Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 24-11-2006, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], § 66; *Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador*, 1-9-2016, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], § 39). In the light of the above, the Court finds appropriate to scrutinize whether the proceedings before the Commission caused any violation to the State’s right to defense. In doing so, although the IACHR ascertained that the proceeding before the Commission lasted more than twenty-one years, the argument raised by the State Government – mainly focusing on the difficulties for the State’s defense strategy leading to a modification of the initially proposed exceptions on admissibility, due to the changed factual relationship – did not

raise a specific ground in relation to the inadmissibility of the case at stake (§ 39). In order to justify the dismissal, the Inter-American Court clarify that: on one hand, the passage of time has meant that the State has had to modify its defense strategy in the matter of preliminary objections, so it does not imply that a serious error has occurred, preventing it from exercising its right to defense before the Commission or the Court; on the other hand, the time elapsed in the processing of the case before the Commission fundamentally harms the alleged victims, whose right of access to Inter-American justice is affected, thus confirming the argument raised by Mr. Montesinos's representative.

5. – Once dismissed the preliminary objections raised by the State Government, the Inter-American Court addressed the legal consideration made by both parties in the following order.

First, the Court found that – in accordance with the regulations in force in Ecuador at the time of the events – a court order was required to arrest a person, except for arrest in *flagrante delicto*. In the absence of a judicial order determining the detention of Mr. Montesinos and the absence of *flagrante delicto* in his arrest, the IACHR concluded that his apprehension was illegal, which is therefore a violation of Article 7 § 2 of the American Convention on Human Rights. Similarly, the Court warned that there is no formal justification or reasoning from the judicial authority to order Mr. Montesinos' detention on remand, nor was the order for pretrial detention reviewed during the time he spent as a detainee. For that reason, the order for Mr. Montesinos' preventive detention was arbitrary and, consequently, in violation of Articles 7, § 1 and § 3 of the ACHR. Furthermore, since Mr. Montesinos was not formally notified of the charges against him – until the issuance of the order for the prosecution of the crime of conspiracy on November 18, 1992 – the Court decided that Ecuador had violated Article 7 § 4 of the American Convention to his detriment.

The Court also concluded that the period of six years and two months during which Mr. Montesinos was in preemptive detention was unreasonable, excessive and in violation of Articles 7 § 1) and § 5 of the Convention. On the legal consideration concerning the reasonable time limit for pre-trial detention, the Court warned that Mr. Montesinos received differentiated treatment as a result of the application of article 114 *bis* of the Ecuador Criminal Code, which limited the enjoyment of the remedy of *habeas corpus* for crimes related to drug trafficking. In this regard, the Court noted that the automatic exclusion of the benefit of release, solely on the basis of the specific crime with which Mr. Montesinos was charged – without any explanation being provided as to the specific purpose for which the difference in treatment was sought, its appropriateness, necessity, proportionality and, furthermore, without taking into account the personal circumstances of the accused – violated the right to equality before the law, established in Article 24, in relation to Articles 1 §1, 2, 7 § 5 and § 6 of the same instrument, to the detriment of Mr. Mario Montesinos.

Moreover, in the context of the right to appeal to a judge related to the legality of detention, the Court declared the violation of Article 7 § 6 of the Convention on the basis of two different reasons: first, the San José judges noted that at the time of the facts the remedy of *habeas corpus* in Ecuador was at the first instance recognized as an administrative and not as judicial remedy, thus violating the right to an effective remedy according to art. 7, § 6 ACHR; second, because of the lack of effectiveness of the Resolution of October 30, 1996, which ordered the release of Mr. Montesinos, since it has been proven that Mr. Montesinos was detained for approximately six years and two months without being sentenced (he was only released in 1998, § 132).

Likewise, the Court considered that Mr. Montesinos' presumption of innocence enshrined in art. 8 § 2 ACHR had been violated because the illegal detention, the lack

of justification and review of the order for preventive detention and the unreasonable prolongation of his deprivation of liberty were equivalent to an anticipated sentence. In addition, the State did not produce any evidence that would make possible to determine the state of health and conditions of detention of Mr. Montesinos during the more than six years he was deprived of his liberty.

On the basis of these facts, in conjunction with the factual and legal findings made by the Court in the judgment in the *Suárez Rosero case* regarding the treatment received during his detention, the IACHR established that the conditions of detention and treatment – to which Mr. Montesinos was subjected – represented cruel, inhuman and degrading treatment. Therefore, the San José judges concluded that Ecuador violated Articles 5§ 1 and § 2 of the Inter-American Convention. Also, the Court concluded that the failure to investigate the torture and ill-treatment denounced resulted in the violation of Articles 1, 6 and 8 of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, affecting Mr. Montesinos.

Lastly, the Inter-American Court found that the state authorities did not act with the due diligence and the duty of celerity that Mr. Montesinos' deprivation of liberty demanded. In the Court's reasoning, the above-mentioned violations led the criminal proceedings against him exceeded a reasonable time frame. In addition, it was proven that Mr. Montesinos gave his presumptive and even investigative statements without having a lawyer. Similarly, Mr. Montesinos was held *incommunicado* for 38 days from his arrest, which, in the view of the Inter-American Court, is sufficient evidence that he was not able to prepare his defense properly, since he did not have the legal assistance of a public defender or obtain a lawyer of his choice with whom he could communicate freely and privately. The Court also noted that Mr. Montesinos' presumptive statements were obtained under constraint but were not deprived of evidentiary value. For these reasons, the Court declared a violation of Articles 8 § 1, § 2 (b), (c), (d) and (e) and 8 § 3 of the Convention to the detriment of Mr. Montesinos.

1024

6. – The judgment under consideration seems relevant because it offers different legal evaluation. Although there are several violations in the case at stake, this analysis will focus on the violation of the right to personal liberty, enshrined in article 7 of the Convention.

As a matter of fact, the Court's case law regarding arbitrary arrests and detentions has now assumed – within the OAS system – a real and continuous endorsement by the Inter-American Commission and by the Inter-American Court of Human Rights. Indeed, it should be noted that the Commission clearly established that article 7 concerns:

“[C]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria [...]” (See *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas* (2008), General Provision, OEA/Ser.L/V/II.131 doc. 26).

Moreover, the Inter-American Court indicated that there is no need – as a mandatory requirement – of a specific duration of deprivation, since it could comprise a short-term period (Corte IDH, *Caso Torres Millacura et al. vs. Argentina*, 26-8-2011, [*Fondo, Reparaciones y Costas*] § 76), or a modest suspension for identification for several days (Corte IDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, [*Fondo, Reparaciones y Costas*], § 63) and

clearly include extensive terms of pretrial detention and post-conviction custody (Corte IDH, *Acosta Calderón vs. Ecuador*, 24-6-2006, [*Fondo, Reparaciones y Costas*], § 50).

As previously noted, this case is part of the countless cases of violation of fundamental rights of South American citizens, forced to suffer violations by the government's public security authorities. As well known, the situation of instability created in Latin America between the 1970s and 1990s led to a series of convictions aimed at ascertaining the violation of international obligations by the member states of the OAS. Frequently, the police operations concerned restrictions on the freedom of individuals who sometimes opposed a totalitarian regime (see, in this sense, the various cases decided by the Court following the famous "Condor" operation, see J.P. McSherry, *Predatory States: Operation Condor and covert war in Latin America*, eds. Rowman and Littlefield, 2005, p.3) or concerned individuals – as in the present case – who were suspected of having entered into direct and/or indirect relations with drug trafficking groups. Therefore, regardless of the reasoning on the basis of which the right to personal liberty was strongly limited, it seems that the case law of the Inter-American Court is a strong condemnation of the States' conduct aimed at limiting the fundamental guarantees of the individual. Indeed, It seems interesting to point out that the crime of "testaferrismo" (meaning appearing as a "front" in commercial transactions, for an in-depth analysis see J. C. Sandoval Pérez, "Los sujetos activos en el delito de Testaferrismo", in *Fundamentos y principios del derecho y sus aplicaciones*, 2019) has already been tackled previously within the IACHR against Ecuador (cfr. *Ruth del Rosario Garcés Valladares vs. Ecuador*, 13-4-199, Report N. 64/99, § 2).

In fact, the general considerations made by the Court (cfr. § 93 to § 99) are interesting from two main points of view: on one hand, there is a consolidation of the provisions aimed at protecting the right to personal freedom and this is corroborated by the abundant and sometimes corresponding case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR), when specifically ruling on art. 5 of the European Convention of Human Rights (cfr. Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, art. 5); on the other hand, it seems relevant the reference the Court made by linking articles 7 and 8 ACHR, which seems to guarantee even more effective protection to persons who are subject to restrictions in their personal sphere.

Indeed, the Inter-American Court has often clarified that the main content of art. 7 ACHR is the protection of liberty of individual against any arbitrary or illegal interference by the State (Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, 2-9-2004, [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*], § 223; *Caso Romero Feris vs. Argentina*, 15-10-2019, [*Fondo, Reparaciones y Costas*] § 76). The Inter-American Court's case law has made it clear that Article 7 provides two specific forms of protection, one general and one specific, where the first one can be found in the first paragraph, the second in paragraphs 2 to 7 (Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21-11-2007, [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*] § 51; *Caso Romero Feris vs. Argentina*, § 76). In any event, it seems interesting to note that the IDH Court has ruled that any infringement concerning paragraphs 2 to 7 will necessarily concern a breach of paragraph 1 (Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, § 54; and *Caso Romero Feris vs. Argentina*, § 76). Preliminarily and more generally, it should be pointed out that all articles which can be identified in conventional instruments concerning the right to liberty and personal security (See, for example, UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, art. 9; Organization of African Unity (OAU), *African Charter on Human and Peoples' Rights* ("Banjul Charter"), 27 June 1981, art. 6) are subject in general to both positive and negative obligations (See, on the specific ECHR point of view, P. Pustorino, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Cacucci Editore – Bari, 2019, p. 139), which specify two different types of guarantees – of a substantive and

procedural nature respectively – which States must respect in order not to incur an international violation: (1) its procedures and reasons must be established by law, and (2) the detention or arrest cannot be arbitrary. Such discipline can be found in Article 7 § 2 of the ACHR, where the Court found that the reservation of law must necessarily be accompanied by the principle of criminality, which obliges States to establish, as concretely as possible and “in advance”, the “causes” and “conditions” of the deprivation of physical liberty. In addition, it requires their application with strict adherence to the procedures objectively defined in the law (Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, § 57; and *Caso Romero Feris vs. Argentina*, § 77). Article 7 § 2 of the Convention thus automatically refers to domestic legislation and any requirement – established in domestic law – that is not complied with when a person is deprived of his or her liberty will make such deprivation illegal and contrary to the American Convention (Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, § 57; and *Caso Romero Feris vs. Argentina*, § 77). It is also interesting to examine in more detail the concept of arbitrariness set out in Article 7 § 3. Indeed, the Court has established that no one may be subjected to detention or imprisonment for causes and methods that – even when qualified as legal – may be deemed incompatible with respect for the fundamental rights of the individual because they are, among other things, unreasonable, unpredictable, or lack proportionality (Corte IDH, *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*, 21-1-1994, [Fondo, Reparaciones y Costas] § 47; *Caso Romero Feris vs. Argentina*, § 91). Moreover, it has considered that the domestic law, the applicable procedure and the corresponding express or implied general principles are, in themselves, required to be compatible with the Convention. Thus, the concept of “arbitrariness” should not be equated with “contrary to law” but rather be interpreted more broadly to include elements of impropriety, injustice and unpredictability (Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, § 92; and *Caso Romero Feris vs. Argentina*, § 91). By contrast, the European Convention’s approach is narrower: it lists acceptable scenarios for the deprivation of liberty and omits the open-ended principle of arbitrariness (cfr. *European Convention*, art. 5 § 1).

1026

Subsequently on this particular analysis, it is interesting to note the link that the San José courts make between the guarantees provided for in article 7 and article 8 of the Inter-American Convention. Firstly, the Court notes that in the present case since pretrial detention is a non-punitive precautionary measure (Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12-11-1997, [Fondo] § 70; *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 29-5-2014, [Fondo, Reparaciones y Costas] § 354), keeping a person deprived of liberty beyond a reasonable time for the fulfilment of the purposes justifying his or her detention would, in fact, amount to an early penalty (Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* § 77; *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, § 311), which would violate not only the right to personal liberty but also the presumption of innocence provided for in article 8.2 of the Convention. Secondly, the Court makes a subsequent link between the right to personal liberty and judicial guarantees concerns the time of procedural proceedings, in case a person is deprived of liberty. Thus, the Court stated that the principle of ‘reasonable time’ referred to in Articles 7 § 5 and 8 § 1 of the American Convention is intended to prevent the accused from remaining under indictment for a long time and to ensure that the indictment is decided promptly (Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* § 70).

7. – More deeply in the analysis of the relevant legal findings, in the present case the Court make an interesting “division” of the sequence of facts against Mr. Montesinos, making a sort of differentiation of all the particulars that led to the violation of Article 7.

For this reason, it seems relevant to investigate the sequence established by the Court’s specifically related to art. 7: (i) the arrest and detention of Mr. Montesinos; (ii)

the continuation of the pretrial detention and its temporary reasonableness (§ 100). The differentiations on the timing allow an in-depth analysis of the case law relating to Article 7.

As for the period of initial detention, the Court first recalls the relevant regulations at the time the event occurred (Cfr. art. 19.17 Ecuador Constitution and arts. 172, 174 of Ecuador's 1983 Code of Criminal Procedure), specifying that a court order was required to detain a person, unless he or she had been apprehended in *flagrante delicto* (Previously stated by the Inter-American Court in the case *Tibi vs. Ecuador*, § 103). Bearing in mind the above mentioned regulations in force at the time of the initial detention, the Court considered that, in the absence of a warrant for Mr. Montesinos's arrest and the absence of *flagrante delicto*, it is clear that his arrest was illegal, in violation of Ecuadorian law, and therefore in violation of Article 7 § 2 of the American Convention on Human Rights (§ 105).

For what concerns the "pretrial detention" the Court first noted that, in order for the measure of deprivation of liberty not become arbitrary, art. 7 § 3 must meet five necessary and interrelated different conditions (§ 109). These conditions are the result of a progressive and constant analysis of the IACHR jurisprudence, mainly regarding an effort each State have to make.

First, there must be sufficient evidence to give reasonable grounds for believing that an unlawful act has occurred and that the person subjected to the proceedings may have participated in it (Corte IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, 21-9-2006, [*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*], § 90; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, §§ 101, 103).

Secondly, the purpose of deprivation must be consistent with the Inter-American Convention (Corte IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, § 90; *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, 28-11-2018, [*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*] § 251).

Thirdly, the measure must be taken in a manner consistent with the purposes for which it was intended: to ensure that the accused person will not impede the proceedings or evade justice (Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* § 77; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, § 170; *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, 30-6-2015, [*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*] § 250; *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, § 250).

Fourth, that the measures are appropriate, necessary and strictly proportional (Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, 22-11-2005, [*Fondo, Reparaciones y Costas*], § 197; *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, § 251).

Lastly, that the decision imposing them contains sufficient reasoning to allow an assessment of whether they comply with the conditions set out (Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25-11-2005, [*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*], § 128; *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, § 251).

On the basis of these assumptions, the Court recalled the reasoning made in the *Herrera Espinoza* case, where the Court declared that the provision contained in art. 177 of the Ecuador's Code of Criminal Procedure violated art. 2 of the ACHR. Since the article authorized the judicial authority to order pretrial detention only on the basis of evidence of the existence of an offence punishable by deprivation of liberty and the presumption of responsibility of the accused, the IACHR noted that:

"[d]ejaba en manos del juez la decisión sobre la prisión preventiva solo con base en la apreciación de "indicios" respecto a la existencia de un delito y su autoría, sin considerar el carácter excepcional de la misma, ni su uso a partir de una necesidad estricta, y ante la posibilidad de que el acusado entorpezca el proceso o pudiera eludir a la justicia. [...] Esta determinación de privación preventiva de la libertad en forma automática a partir del tipo de delito perseguido penalmente, resulta contraria a [...] pautas [convencionales], que

mandan a acreditar, en cada caso concreto, que la detención sea estrictamente necesaria y tenga como fin asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. [...] En razón de lo expuesto, este Tribunal constat[ó] que [el] artículo [...] 177 [...] result[ó] contrario [...] al estándar internacional establecido en su jurisprudencia constante respecto de la prisión preventiva” (Corte IDH, *Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*, 1-9-2016, [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*], §§§ 148, 149 and 150).

Keeping in mind the established jurisprudence on this very specific matter, the San José judges noted that there is no formal justification or reasoning on the part of the judicial authority for ordering the detention of Mr. Montesinos. Not even in the November 1992 trial orders is there any justification for keeping the alleged victim in pretrial detention or any reasoning to explain the need to do so from the time of his initial detention. Although the offences for which he was accused, provided for in the Narcotic Substances Act, were considered serious, the lack of arguments and motivation for keeping him in pretrial detention violated the Convention (§ 113). For these reasons, the Court concluded that the preventative detention order issued against Mr. Montesinos was arbitrary and, consequently, contravened articles 7 § 1, § 3 of the Convention, in relation to Articles 1 §1 and 2.

8. – In conclusion, the Court ordered the State, as reparation measures: i) to publish the Judgment of the Inter-American Court and its summary; ii) to initiate the investigation necessary to determine, judge, and, if appropriate, punish those responsible for the cruel, inhuman, and degrading treatment established in this Judgment, as well as the torture denounced by Mr. Montesinos in 1996; iii) to provide free, immediate, adequate and effective psychological and psychiatric treatment required by Mr. Montesinos, with prior informed consent and for the time necessary, including the provision of free medication; iv) to pay the amount set in the judgment for non-pecuniary damage and costs.

Indeed, according to the provision enshrined in art. 63 § 1 of the ACHR, the Court clarified that any violation of an international obligation producing damages to an individual, entails the duty to make adequate reparation, also recalling that this provision reflects a customary rule that constitutes one of the fundamental principles of contemporary international law on State responsibility (Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 21-7-1989, [*Reparaciones y Costas*], § 25; *Caso Jenkins vs. Argentina*, 26-11-2019. [*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*], § 122).

Among the different passages in the reparation measures, it is possible to deeply analyzed two different relevant observations made by the Court, concerning respectively the investigation of the facts of torture and the rehabilitation measures to the detriment of Mr. Montesinos.

As far as the investigation for the facts of torture, the Court declared that the State failed to comply with its duty to investigate the allegations of torture and cruel, inhuman, and degrading treatment of Mr. Montesinos (§ 160). In this regard, the Court assesses the normative and institutional advances implemented in recent years by Ecuador (§ 149). Without prejudice to the foregoing, the Court provides that Ecuador shall, within a reasonable time, initiate the investigation necessary to determine, judge and, if appropriate, punish those responsible for the cruel, inhuman and degrading treatment established in this judgment, as well as the torture denounced by Mr. Montesinos in 1996.

Lastly, for what concerns the rehabilitation measures, the Court notes that it was proven in this case that Mr. Montesinos was a victim of cruel, inhuman and degrading treatment. Likewise, from the evidence provided and the statements of his next of kin

before the Court, it can be seen that Mr. Montesinos suffers from a series of ailments as a consequence of the six years he was deprived of his liberty. Although it takes into consideration the State's explanation that Mr. Montesinos can access medical care provided by the Social Security Institute of the Ecuadorian Armed Forces, the Court considers that the State must provide the psychological and psychiatric treatment requested by Mr. Montesinos immediately, adequately, and effectively, free of charge, with prior informed consent and for the time necessary, including the provision of free medication. Similarly, the respective treatments must be provided in a timely and differentiated manner, as far as possible, at the facility closest to his place of residence in Ecuador, for as long as is necessary. To that end, the victim has a period of six months from the date of notification of this Judgment to request such treatment from the State.

Manfredi Marciante
Dipartimento di Giurisprudenza
Università LUISS Guido Carli
mmarciante@luiss.it

El asunto *Jean de Dieu Ndajigimana* y el genocidio ruandés: jugando a dos bandas entre el Mecanismo Residual y la Corte Africana

di María del Ángel Iglesias

Title: The *Jean de Dieu Ndajigimana* Case and the Rwandan genocide

Keywords: African Court of Human and People's Rights; Genocide; International Residual Mechanism for Criminal Tribunals.

1. – El asunto objeto de estas líneas tiene interés más allá de lo estatuido por la Corte Africana de Derechos Humanos y del Pueblos (en adelante CAfDHP) en el asunto 024/2019, *Ordonnange portant Mesures Provisoires, Jean De Dieu Ndajigimana c. Republique-Unie de Tanzanie*. Nos referimos al diálogo efectuado y comenzado por el Mecanismo Residual al que nos referiremos seguidamente y el tribunal, cuyo dictum era esperado por aquél antes de decidir sobre la puesta en libertad de Ndajigimana y en el que Mecanismo se apoya para pronunciar el suyo. En el escenario del asunto, la tragedia que asoló Rwanda en 1994.

El genocidio ruandés ha sido sin duda uno de los más crueles sucesos ocurridos en África en el pasado siglo. La depuración de las responsabilidades de los culpables, aún no finalizada, no ha sido sin embargo obstáculo para que el país se haya repuesto de forma diríamos ejemplar. Si el odio devino en matanza entre las dos principales etnias de país, hutus y tutsis hoy se dice: “todos somos ruandeses”.

2. – El enjuiciamiento y castigo de los responsables ha tenido lugar tanto a nivel internacional como a nivel nacional y local, mediante los tribunales Gacaca, tan denostados como alabados por la doctrina. Creemos sin embargo que estos han sido necesarios y pese a los defectos que pudieran haber tenido, en general han sido percibidos por los ruandeses como una forma de impartición de justicia que se acomoda mucho más a sus tradiciones y costumbres.

Internacionalmente, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas creó mediante Resolución número 955 de 8 de noviembre de 1994, el Tribunal Internacional para Ruanda con sede en Arusha, Tanzania, que condenó a más de sesenta personas por el crimen de genocidio perpetrado en Ruanda, siendo además el primer tribunal que consideró la violación como genocidio en el asunto *Akayesu* y el primer tribunal también en condenar a un medio de comunicación internacional por incitación al odio. Pero la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (RCSNU) no se adaptó a las peticiones efectuadas por Ruanda por lo que el tribunal recibió críticas no sólo por la falta de medios materiales de que disponía sino porque el periodo a enjuiciar dejaría

fuera el precedente tan importante en aras al justo enjuiciamiento de todos los causantes del genocidio. Así se entiende que surgiera la necesidad de complementar la labor del TPIR con los procedimientos nacionales y los Gacaca.

Mediante Resolución núm. 2256 de 31 de diciembre de 2015 se dio por finalizada su labor sin haber podido completar la misma (al igual que el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia) al estar aún en búsqueda y captura varios sospechosos por lo que se creó el Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales (en adelante y para este trabajo, el Mecanismo Internacional o IRMCT en siglas en inglés o MICT en francés) mediante la Resolución 1966 de 22 de diciembre 2010. Entre aquellos, Jean de Dieu Ndajigimana maestro y director de escuela en la región de Gisenyi, en particular en las escuelas de Kiloji y Bwitereke.

3. – Como señalábamos arriba, el asunto Jean de Dieu Ndajigimana de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tiene esa particularidad de estar ligado estrechamente al expediente *Affaire n° MICT-18-116* del Mecanismo Internacional llamado a ejercer las funciones residuales de los Tribunales Penales y que confirmó con fecha 24 de agosto de 2018 acta de acusación contra Ndajigimana por presión o alternativamente, incitación a otros a presionar a los testigos protegidos a fin de obtener la absolución de Augustin Ndirabatswe en la etapa de apelación tanto en el TPIR como en el Mécanisme. Por ello se había ordenado a Ruanda la búsqueda, detención y puesta a disposición del acusado a fin de conducirlo a la División del Mecanismo en Arusha, Tanzania. Su detención se produjo el 3 de septiembre de 2018.

4. – Dado el tiempo transcurrido (175 días) desde que fuera ingresado en prisión, el demandante solicitó ante ambos órganos (CAfDHP y Mecanismo Internacional) su puesta en libertad en Ruanda o, como alternativa, en un centro de acogida del IRMCT en Tanzania hasta que se determinaran los cargos en su contra.

Si bien parece que pudiera estar prohibido en derecho internacional tratar la cuestión de su liberación ante diferentes órganos, no hay norma alguna en esta rama del derecho de los derechos humanos que impida a un sujeto acudir a más de una instancia si bien debe comunicarse este hecho detalladamente. (De hecho, en los formularios en el marco del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas podemos comprobar cómo ha de detallarse si un asunto

«Ha sometido el mismo asunto a examen en el marco de otro procedimiento de investigación o solución internacional (por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos)».

Ello con el límite de no efectuarse simultáneamente lo que constituiría en muchos casos un abuso de derecho amén del riesgo de encontrarnos con resoluciones distintas.

En la petición efectuada ante el Mecanismo Internacional, el gobierno tanzano alega ya en la “Ndajigimana defence motion for provisional release”, redactada en fecha 3 de julio de 2019):

«Mr Ndajigimana intends to litigate this issue in front of the African Court of Human and Peoples' Rights. He thus requests that the Single Judge consider the present request for provisional release into Tanzania, but that final adjudication be suspended until parallel proceedings at the ACtHPR - seeking orders compelling Tanzania to permit provisionally-released persons within its territory - have come to a resolution».

Según el artículo 68 de las normas del Mecanismo, es posible que este decida su liberación que

«puede ser ordenada en cualquier etapa del proceso [...] sólo después de dar al país anfitrión y al Estado ante el que el acusado pretende, la oportunidad de ser escuchado, si está seguro de que el o los acusados se presentarán al juicio y no supone (la liberación) un peligro para ninguna víctima, testigo u otra persona. [...]» (para 4 de la petición ante el Mecanismo Internacional).

Al estudiar la puesta en libertad y siguiendo las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos (en adelante DDHH) se hace hincapié en que no tanto la puesta en libertad sino la detención deber estar justificada y desde luego ser proporcional al fin de no escapar a la acción de la justicia. Ahora bien, una vez detenida la persona la decisión de liberación a la que no puede aplicarse una regla general dada la finalidad pretendida, el Mecanismo evoca factores tenidos en cuenta tanto por la Corte Penal (intereses políticos, posición, influencia y contactos. recursos financieros; garantías de cooperación, buena conducta en la detención o lazos familiares) como por el Tribunal para la Antigua Yugoslavia: “la entrega voluntaria y la cooperación son indicadores significativos de que un acusado no intentará evadir la justicia durante la libertad provisional” (asuntos *Hadzihasanovic, Halilovic, Haradinaj et al., Brahima*).

El juez decidió en julio de 2019 “Mantener su decisión en la parte (A) relativa a la liberación en Tanzania del demandante hasta que la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos emitiera una decisión final sobre la reparación solicitada”. Antes, en la decisión de 29 de marzo de 2019 “El juez consideró que, a la luz de la conveniencia de la liberación en Ruanda, no era necesario seguir examinando la solicitud alternativa de liberación en Tanzania” (para 6 del documento 6864). Y es esta ausencia lo que va a dar lugar a una segunda solicitud de puesta en libertad y es el antecedente de la decisión de este trabajo.

5. – Tal y como consta en el pronunciamiento de la CAfDHP, el 25 de febrero de 2019 presentó petición de puesta en libertad ante el Mecanismo Internacional, a lo que accedió el juez el 29 de marzo, resolución que fue apelada por la Fiscalía (*Turlnabo et al., MICT-18-116-PT, Prosecution Appeal of Decision Granting Ndajigimana Provisional Release ("Prosecution Appeal")*, 1 April 2019, appealing MICT-18-116-PT, Decision on Jean de Dieu Ndajigimana's Motion for Provisional Release ("Release Decision"), 29 March 2019) con respecto a la liberación provisional en la República de Ruanda.

Respecto de esta apelación echamos en falta que la CAfDHP se detenga a valorar con mayor profundidad los argumentos aducidos, ante la dureza de estos, algunos de los cuales son contestados con igual o superior dureza (vid ad ex para 18). Simplemente se mencionada que fue objeto de este recurso sin hacer referencia a aquéllos, Y es que resalta como argumento de la Fiscalía la adopción por parte del juez del Mecanismo de un “too narrow an understanding of the term 'danger'” y del abuso de su poder discrecional (para 15) para llegar a su pronunciamiento.

Habiendo solicitado opinión a la vez al gobierno de Tanzania, este se opuso a la libertad provisional en su territorio, especificando que los acusados bajo la custodia del MRTPI deben permanecer en el recinto del Centro de Detención de Naciones Unidas (en adelante UNDF) lo que no deja de ser llamativo ya que, en similares circunstancias, había accedido a la liberación del co-acusado Anselme Nzabonimpa. Una de las razones aducidas fue la de que “el caso del demandante sigue pendiente ante el Mecanismo Internacional y, por lo tanto, no es admisible ante el tribunal, en virtud del párrafo 7 del artículo 56 de la Carta” (para 19) pero quizás sea más llamativo que alegue la falta de competencia del Mecanismo para tomar una medida de este tipo.

Pero como se ha dejado apuntado arriba, aún quedaba por ventilarse la cuestión de la libertad en Tanzania ya que la primera no se había llegado aún a concretar, tal y como consta en el para 6 de la segunda petición de puesta en libertad del demandante (lo que puede confrontarse en el para 7 de la decisión de la CAfDHP:

«The Single Judge issued on 29 March 2019 his decision granting Mr Ndagijimana provisional release into Rwanda. The Judge found that, in light of the appropriateness of release into Rwanda, the alternative request for release into Tanzania need not be further considered».

Puesto que subsidiariamente había solicitado ser internado en una *maison asecurisé* del Mecanismo Internacional en Tanzania, se evoca que un juez de este organismo había indicado no tener autoridad para liberar provisionalmente en tales locales ni de modificar las condiciones de detención del co-acusado Nzabonimpa por lo que igual regla se debería aplicar al ahora demandante.

6. – La Corte se encuentra ante la tesitura de pronunciarse sobre unas medidas provisionales de puesta en libertad, pero basadas en el artículo 27 (2) del Protocolo y del artículo 5 (1) de su Reglamento:

- «i) Una orden que ordene al Estado de Tanzania que acepte y facilite la puesta en libertad provisional del demandado en su territorio;
- ii) Una orden que ordene al Estado de Tanzania que permita a la Parte solicitante b) a circular libremente dentro de Tanzania, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por el Mecanismo Internacional durante la duración de la libertad provisional;
- iii) Informar, dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la orden, de las medidas adoptadas para asegurar la puesta en libertad provisional del demandante en su territorio».

1034

Una interesante discrepancia se observa cuando el gobierno de Tanzania niega a la Corte competencia para pronunciarse sobre esta cuestión ya que no tiene conferido poder alguno sobre las cuestiones relacionadas con el genocidio junto a lo cual sostiene no existir situación de gravedad que lleve a considerar su puesta en libertad provisional, pero la Corte es tajante al responder de contrario no sólo respecto de esta cuestión sino de la de adoptar medidas en interés de la justicia. Y en el estadio de estudio de la gravedad del perjuicio que supondría para el demandante el permanecer detenido, al investigar sobre la situación del demandante en la época se encuentra con que había sido puesto en libertad en Ruanda, hecho que según se deduce de los escritos existentes, no había sido comunicado ni al Mecanismo Internacional ni a la Corte. Con ello, la petición decae al quedarse sin sentido.

7. – Realmente la Corte con el “hallazgo” de la situación del demandante ve una salida fácil al complejo dilema ante el que se encuentra al recibir una solicitud relacionada con un derecho fundamental de una medida derivada de las acciones perpetradas durante el genocidio ruandés y que se adoptan con total legalidad por el Mecanismo Internacional llamado a terminar la labor de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia.

La Corte estatuye que:

«para evitar cualquier duda, la presente Orden no prejuzga las conclusiones a las que pueda llegar el Tribunal en relación con su competencia, la admisibilidad y el fondo de la demanda» (para 27).

8. – Hubiera sido interesante conocer la opinión de la CAfDHP. Nos parece que con tal afirmación la Corte se hubiera inclinado a pronunciarse sobre la vulneración de un derecho fundamental, lo que entra en su campo competencial y creemos que aquí encontraría el límite de no poder erigirse en “juez” de otros tribunales por lo que nuestra respuesta a la competencia se inclina a la de la negación.

Realmente se nos muestra complejo tratar de entender que habiendo puesto sobre la mesa el gobierno de Tanzania el problema competencial, la Corte dedique apenas unas líneas generales y un tanto vagas apelando a la justicia y a la valoración de circunstancias graves, argumento que nos sirve para decantarnos sobre la afirmación que hemos vertido.

A pesar de que nada prohíbe a una persona dirigirse a diferentes instancias -como se señaló arriba- siempre y cuando comunique su actuación y resolución en su caso, no parece difícil concluir que, en este caso, el demandante cometió abuso de derecho, máxime cuando no puso en conocimiento de ninguno de los organismos involucrados que había sido liberado.

Pero como se ha dicho, la ventana se abrió y la Corte evitó entrar en el fondo: oportunidad perdida para quienes hemos seguido el asunto.

María del Angel Iglesias Vázquez
Facultad de Derecho
Universidad Internacional de La Rioja
ma.iglesias@unir.net

Il divieto del velo per le giudici e le tirocinanti è costituzionale: per il Tribunale costituzionale tedesco “plurale” è prima di tutto “pubblico”

di Andrea Gatti

Title: The German Federal Constitutional Court upholds headscarf ban for judges and trainees: “pluralism” means “public” in this field

Keywords: Headscarf; Justice; Neutrality.

1. *Premessa: il velo islamico in Germania* – Il 14 gennaio scorso (ma la pubblicazione dell’ordinanza è solo del 26 febbraio) il Tribunale costituzionale federale tedesco, di seguito *BVerfG*, ha deciso per la compatibilità con la Legge fondamentale del divieto di portare il velo in udienza per le donne magistrato e per le tirocinanti previsto nella normativa che disciplina i criteri e i principi organizzativi della funzione pubblica del *Land* Assia (*BVerfG*, ordinanza del Secondo Senato del 14 gennaio 2020 – 2 BvR 1333/17, testo su www.bundesverfassungsgericht.de). È necessario un primo discrimine di ordine generale: il divieto non si applica alle praticanti avvocato (come invece riportano superficiali articoli di stampa), ma nemmeno (almeno così sembra emergere dallo spirito dell’ordinanza) alle impiegate senza ruoli di rappresentanza (cancelliere, usciere, ecc.); esso vale solo per coloro che operano nella magistratura requirente o giudicante.

La pronuncia, che arriva in un momento in cui il tema dell’integrazione in Germania inizia a tornare prepotentemente di interesse (e non solo sul palcoscenico meramente politico), investe un tema che si rivelerà sempre più cruciale nei prossimi anni e che può essere così riassunto: che tipo di pluralismo dobbiamo concepire per le nostre società multiculturali? Dove inizia e dove finisce il cd. diritto alla differenza? La discussione sul velo rappresenta oggi uno dei più interessanti e vivaci profili del dibattito sull’integrazione sociale nelle società multiculturali. Anche per questo, prima di analizzare la pronuncia, può essere utile una breve ricognizione dello stato dell’arte sul tema.

In generale, in Germania, esiste un sostrato normativo volto a vietare o limitare l’ostentazione delle proprie convinzioni religiose nello spazio pubblico. Un divieto del velo nelle scuole (in particolare negli asili) è previsto, ad esempio, nella normativa del Baden-Württemberg, della Baviera, di Berlino, di Brema, dell’Assia, della Bassa Sassonia, del Nordreno-Vestfalia e del Saarland (cfr. Deutscher Bundestag, *Sachstand “Verbot der Vollverschleierung”*, WD 3 -3000 – 082/15). Misure che limitano di portare il velo per i funzionari pubblici sono previsti, oltre che in Assia, a Berlino (§§ 1, 4 e 5 del *Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin*) e in Bassa Sassonia (§ 56 comma 1 del

Niedersächsisches Beamtenengesetz). Anche a livello federale, dal 2017, è previsto il divieto per le funzionarie pubbliche federali che lavorano nel campo della giustizia, della difesa e in particolari uffici federali (come quelli elettorali) di indossare il *burqa* e il *niqab* (indumento che nasconde il volto con l'eccezione degli occhi). Una proposta di divieto del *burqa* e del *niqab* nei luoghi pubblici è al momento all'esame del *Bundestag* (Deutscher Bundestag, *Drucksache* 19/829 del 21 febbraio 2018).

2. *Il precedente del 2015: sì al velo per le insegnanti* – La decisione in esame è rilevante perché segna un cambio di passo rispetto all'orientamento finora seguito dalla giurisprudenza costituzionale. Solo pochi anni orsono infatti - era il 2015 - il *BVerfG*, capovolgendo le risultanze del Tribunale amministrativo federale (*BVerwG* 2 C 21.01) e parzialmente superando un suo stesso precedente (*BVerfGE* 102, 282), si era speso per l'ammissibilità di indossare il velo da parte delle insegnanti di religione musulmana a scuola (*BVerfGE* 138, 296 - 376 sentenza del 27 gennaio 2015). Quella sentenza era sembrata a tanti una generale apertura della società tedesca verso la prospettiva multiculturale. Non è scopo del presente contributo riaffrontare i nodi di tale pronuncia. Basti però qui ricordare, nelle sue linee essenziali, che la questione riguardava la legittimità costituzionale di una legge del Nordreno-Vestfalia, approvata nel 2006, che aveva stabilito il divieto per gli insegnanti di «dare qualsiasi testimonianza esteriore di carattere politico, religioso o comunque relativa alla propria concezione del mondo» che fosse in grado di «mettere in pericolo o di disturbare» la neutralità confessionale dello stato in ambito scolastico (§ 57 comma 4 frase 1 *SchulG NW*). Il giudice costituzionale, attraverso un'interpretazione autentica della norma, riconosceva necessario intendere il divieto legislativo in modo restrittivo, così da non applicarsi ai casi in cui l'insegnante si limitasse semplicemente ad indossare il velo. Tuttavia, come rilevato anche in dottrina, la *ratio decidendi* della Corte tedesca era improntata a salvaguardare la normativa in questione, lasciando ai *Länder* il margine per applicare il divieto e subordinandone la legittimità alle esigenze del caso concreto (M. D'Amico, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015, spec. 31 ss.; A. Di Martino, *L'ultima decisione sul velo del Bundesverfassungsgericht tra continuità e discontinuità giurisprudenziale*, su www.diritticomparati.it, 18 maggio 2015). Come vedremo, l'attuale decisione in commento, in parziale continuità con la pronuncia del 2015, rimarca gli aspetti legati alla vocazione interculturale della Costituzione liberal-democratica tedesca (cfr. G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, partic. §§ 3 e 5).

3. *Fatto e presupposti dell'ordinanza in oggetto* – Il caso trae origine dal ricorso di una ragazza, “E.”, che si professa islamica osservante e che allora era chiamata a svolgere il proprio tirocinio legale obbligatorio. È forse utile chiarire che il *Rechtsreferendariat* consiste in un periodo di pratica legale (due anni) che ogni studente tedesco è chiamato a completare prima di sostenere il secondo esame di Stato e, conseguentemente, di diventare giurista a pieno titolo. La pratica si divide in quattro sessioni (o “stazioni”) di alcuni mesi ognuna: la prima stazione è quella di diritto civile (pratica presso un giudice civile di primo o secondo grado); la seconda è la cd. stazione penale (pratica presso un tribunale penale o una procura); la terza stazione è in un'amministrazione dello Stato (un Ministero, un'Ambasciata, un'*Authority*, ecc.), la quarta stazione è presso uno studio legale (o notarile). Prima dell'inizio del tirocinio in tribunale, gli uffici amministrativi dello stesso, come da prassi, avevano inviato ad “E.” la proposta di interesse nella quale era specificato il rispetto dell'obbligo di neutralità ai sensi del § 45 della legge sui funzionari pubblici dell'Assia (*Hessischen Beamtenengesetzes* del 27 maggio 2013) e della direttiva del 28 giugno 2007 del Ministero della Giustizia dell'Assia (2220-V/A3-

2007/6920-V). In tali atti si prevede il dovere per tutti i funzionari pubblici di adottare un comportamento ideologicamente e religiosamente neutro e pertanto si vieta di «indossare o usare abiti, simboli o altre caratteristiche che sono oggettivamente in grado di compromettere la fiducia nella neutralità dell'ufficio o di mettere in pericolo la pace politica, religiosa o ideologica (*weltanschauliche*)» del Paese; in particolare la direttiva, che è stata emanata proprio a fronte di una specifica interrogazione sulla legittimità o meno del porto del velo in udienza, considera quest'ultimo incompatibile con lo svolgimento di alcuni specifici compiti o con posizioni di particolare carico simbolico che esemplifica: sedere dietro il banco dei giudici, raccogliere prove testimoniali, rappresentare la Pubblica accusa e, più in generale, tutto quello che ha a che fare con l'attività diretta di udienza durante il suo tirocinio in tribunale. Nella stessa direttiva si prevede espressamente una tolleranza maggiore per i simboli cristiani non invasivi. Da ultimo giova premettere che la direttiva raccomanda ai *tutor*, ai fini della valutazione finale dello *stage*, di non considerare come una inadempienza la mancata partecipazione alle suddette attività se ciò sia dipeso dalla scelta di non togliersi il velo.

Nonostante la ricorrente avesse espressamente accettato i termini della proposta, dopo poche settimane dalla presa di servizio, essa contestava la legittimità di tali atti considerandoli un'indebita ingerenza nella propria libertà religiosa e nel libero sviluppo della propria personalità. Eccepiva inoltre di essere stata discriminata perché – a suo parere – il velo rappresenterebbe un «dovere vincolante» della religione musulmana che, a differenza della croce al collo, non può essere rimosso all'occasione. L'infruttuoso esperimento del ricorso gerarchico aveva portato la ricorrente ad adire la giustizia amministrativa e, contemporaneamente, a proporre un ricorso d'urgenza al Tribunale costituzionale federale. Quest'ultimo, con decisione del 27 giugno 2017, non concedeva le misure cautelari richieste non ravvisandovi i motivi di urgenza, ma tratteneva la causa per un esame più approfondito del merito. Questo, riassunto nei suoi termini essenziali, il fatto.

4. *La decisione: il ruolo del principio di neutralità nella restrizione della libertà religiosa* – Nell'ordinanza il *BVerfG* precisa che l'imposizione di togliere il velo rappresenta certamente un'interferenza nella libertà di religione del singolo, ma ricorda altresì che, a determinate condizioni, la restrizione può essere costituzionalmente giustificata. È bene ricordare che la libertà religiosa (art. 4 *GG*) fa parte di quei diritti di libertà per cui non è contemplata nessuna riserva legislativa, nemmeno assoluta. Si trattò di una scelta consapevole dei Costituenti che, alla luce dell'esperienza totalitaria, avevano temuto che lasciare alla legge la possibilità di limitarla avrebbe potuto vanificare il suo più autentico contenuto (Parlamentarischer Rat, *Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland -1948/1949*, vol. 9, 505). Per questa ragione, come evidenzia anche la dottrina, l'area di estensione della libertà di religione va desunta «a partire dalle funzioni che il *Grundgesetz* assegna alla libertà di religione e da una lettura unitaria delle libertà costituzionali» (H. Dreier, *Art. 4*, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di H. Dreier, vol. 1, Tübingen, 2018, Rn. 138). È da questo presupposto teorico-generale che i giudici partono per concludere che ogni eventuale limitazione dell'art. 4 *GG* trova il suo unico e diretto fondamento nel ricorso al cd. *kollidierendes Verfassungsrecht*, cioè a quegli altri interessi di rango costituzionale che, al netto di una operazione di bilanciamento, saranno ritenuti prevalenti nel caso di specie. Si tratta di limitazioni materiali, non scritte, ma sussumibili attraverso operazioni interpretative logico-sillogistiche a partire dal dato costituzionale (*ex multis*, K. Groh, *Selbstschutz der Verfassung gegen Religionsgemeinschaften. Vom Religionsprivileg des Vereinsgesetzes zum Vereinigungsverbot*, Berlin, 2004, 198 ss.). Queste limitazioni costituzionali, con riguardo alla libertà in oggetto, si sostanziano nel rispetto dei diritti fondamentali dei terzi (*Grundrechte Dritter*) e nei valori di rilievo costituzionale della

comunità (*Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang*), cioè di fatto del nucleo di base dell'ordine costituzionale. Un bene di sicura rilevanza costituzionale – afferma il Tribunale – è rappresentato dalla neutralità religioso-ideologica (*weltanschaulich-religiöse Neutralität*) dello Stato che, ovviamente, si inverte soprattutto nell'obbligo di neutralità religioso-ideologica dei suoi funzionari, i quali ne personificano la sua proiezione all'esterno (§ 89 della ordinanza in oggetto). La neutralità comporta, in primo luogo, che lo Stato non si identifichi con una speciale credenza: in questo senso essa rappresenta una variabile del principio pluralistico che in Germania viene espresso anche con il concetto di pace sociale e religiosa (*gesellschaftlich-religiöser Frieden*). I giudici ricordano, altresì, che all'obbligo di assicurare la neutralità da parte dello Stato «non corrisponde sempre un diritto generale alla protezione della pace sociale e religiosa, nel senso di un obbligo di garanzia che abbracci tutti gli ambiti dell'esistenza» (§100). Pertanto, lo Stato non ha, in principio, il dovere di garantire che ogni interesse privato dei suoi funzionari, per quanto fondamentale, debba trovare espressione, Vi sono ambiti in cui questo deve avvenire, come appunto nella scuola, il cui mandato educativo ex art. 7 GG comporta il dovere dello Stato di garantire la pace religiosa scolastica; ve ne sono altri, invece, in cui non esistere una prospettiva comparabile. Tra di essi si trova appunto la giustizia: la sacralità delle formule (“*Im Namen des Volkes...*”) e dei riti, la particolare forza giuridica che da essa si emana, sono tutti elementi che marcano la distanza tra il cittadino e l'Amministrazione facendo del sistema giustizia uno dei settori in cui si esprime più apertamente la personalità dello Stato.

4.1. *Il tribunale non è la scuola. I limiti della libertà religiosa* – È proprio a partire dal confronto con la precedente sentenza sul velo a scuola che si muove la delicata operazione di bilanciamento degli interessi in gioco. I giudici precisano le differenze con il caso del 2015: innanzitutto la scuola pubblica è, sì, un'istituzione statale, ma è anche una comunità aperta al confronto pluralistico-confessionale della società, di cui dovrebbe rispecchiare la complessità (§ 89 dell'ordinanza); in secondo luogo, tra le ragioni che nel 2015 avevano portato il Tribunale all'accoglimento del ricorso dell'insegnante, c'era anche la convinzione sull'assenza del rischio che il velo islamico indossato da un'insegnante venisse associato allo Stato anziché alla persona: la maestra, prima che un incaricato di pubblico servizio, è soprattutto un'educatrice. Nel caso in oggetto, invece, il magistrato (o chi lo rappresenta) incarna la visione classica del rapporto sovrano tra Stato e cittadino (§ 95, seguono, nel testo della ordinanza, ampi richiami alla dottrina sul punto) e richiede che il valore dell'imparzialità dei propri funzionari sia più attivamente difeso (art. 20 comma 2 frase 2 e comma 3 GG, artt. 92, 97, 101 comma 1 frase 2 GG). Diversamente dal concetto di indipendenza, quello di imparzialità ha lo scopo di assicurare l'obiettività formale e sostanziale del giudice nel suo rapporto con le parti. Si tratta di garantire le condizioni per impedire un pregiudizio reciproco – del giudice nei confronti delle parti o viceversa – o, in altre parole, di evitare «der böse Schein», una «cattiva impressione» (§ 98 dell'ordinanza). Solo lo Stato – nel pensiero dei giudici – può mettere riparo ad un eventuale pregiudizio in tal senso, se del caso intervenendo nel limitare la libertà religiosa dei suoi funzionari più esposti. Imparzialità e neutralità, in questo caso, sono due concetti perfettamente sovrapponibili.

La normativa sul divieto del porto del velo è dunque condizionata da due variabili in tensione tra loro: la tutela della libertà religiosa dei funzionari (che il Tribunale riconosce connessa al principio di dignità umana) e le esigenze di neutralità volte a tutelare la libertà negativa dei terzi e il nucleo valoriale del *Grundgesetz* attraverso il principio della tolleranza. Nel caso di specie, a parere dei giudici di Karlsruhe, «nessuna delle posizioni giuridiche coinvolte ha un peso così predominante da imporsi [in via di interpretazione costituzionale] sull'altra» (§ 102) e, pertanto, il margine di

apprezzamento dello Stato alla luce della concezione della neutralità da esso adottata si mostra sufficientemente tollerante e rispettoso delle diverse esigenze in gioco.

Ma quali sono i parametri concreti che hanno orientato la decisione? Vi è il fatto che il divieto sia stato limitato ad alcune specifiche attività individuali e non riguarda quelle più frequentemente esercitate dai tirocinanti legali; che la legge non prevede nessuna conseguenza negativa ai fini della valutazione finale per la tirocinante che si rifiuta di svolgere i compiti a causa del divieto del velo (§ 103); che non esisterebbe nessun'aspettativa giuridicamente tutelabile (*Anspruch*) del tirocinante a svolgere o meno determinati compiti: la scelta del modo con cui impiegare il tirocinante è infatti di competenza interna dell'amministrazione (§ 109); che l'impossibilità di eseguire particolari compiti è connessa ad una "scelta" della tirocinante (per il Tribunale, i tirocinanti tedeschi hanno preso una decisione pienamente consapevole quando hanno scelto di intraprendere la carriera legale); da ultimo, i giudici di Karlsruhe evidenziano che la tutela della libertà di professione (art. 12 comma 1 GG) non garantisce «alcuna protezione ulteriore» rispetto alla libertà religiosa e che dunque entrambe devono essere valutate all'interno del loro contesto (§ 110). Per tutte queste ragioni sia la libertà di professione, sia il diritto di all'espressione della propria personalità sia, infine, la libertà religiosa a parere del Tribunale non possono dirsi irragionevolmente comprese dalla normativa dell'Assia.

L'ultimo punto di rilievo affrontato nell'ordinanza riguarda il supposto contenuto discriminatorio della disciplina statale (§§ 113-119 dell'ordinanza). Se la discriminazione indiretta nei confronti delle donne islamiche che vogliono portare il velo è stata esclusa per le ragioni di cui sopra, è soprattutto sulla questione della disparità di trattamento che emergono le maggiori criticità. Il § 45, al suo ultimo comma, precisa infatti che «nel decidere se sussistano i requisiti [di un comportamento neutrale] possono essere presi in considerazione le espressioni della tradizione cristiana e umanistica occidentale». Il riferimento va ovviamente alle possibili deroghe per le collanine con le croci (e forse, chissà, anche alle esclamazioni o ai modi di dire). In ogni caso, come già nella sentenza del 2015, i giudici hanno considerato l'opportunità della normativa alla luce dell'art. 3 commi 1 e 3 GG (principio di uguaglianza e di uguale trattamento) concludendo, però, per un'interpretazione autentica: la normativa statale è costituzionale perché non esclude, in astratto, i simboli cristiani dalla sua portata. Tuttavia, essi dovranno essere vietati se la loro invasività è tale da mettere in pericolo la neutralità della funzione.

5. *Le motivazioni del parere parzialmente dissenziente. Criticità* – Una diversa interpretazione giuridica dei fatti di causa è stata invece raggiunta dal giudice Maidowski che, non condividendo né i presupposti teorici né le risultanze della decisione, ha considerato il divieto come sproporzionato sotto due aspetti tra loro congiunti.

Da una parte il Tribunale non avrebbe tenuto conto della specificità del caso di specie e che ai sensi della sua interpretazione autentica, il significato della normativa (pur legittima) avrebbe dovuto assumere una valenza più restrittiva: il divieto avrebbe dovuto valere solo per le giudici in servizio e non anche per i tirocinanti delle Procure o del Tribunale (§§ 3 e 15 opinione dissenziente). Sostiene quindi che avrebbe dovuto attribuirsi un peso maggiore in capo alla libertà religiosa di una tirocinante rispetto a quella di una giudice per la diversità di standard e di funzioni e per il fatto che, mentre i magistrati sono entrati «volontariamente» in servizio, i tirocinanti debbono affrontare una formazione obbligatoria (e non volontaria) per superare il secondo esame di Stato e diventare giuristi in senso pieno.

Dall'altra parte, Maidowski considera che la libertà religiosa (art. 4 GG) e l'interesse a completare la propria formazione (art. 12 GG, libertà di professione) siano

presupposti sufficienti per risolvere il conflitto tra beni costituzionali in favore della ricorrente.

L'opinione dissenziente non convince del tutto. Le maggiori criticità si evidenziano con riferimento a tre aspetti.

- a) L'elemento soggettivo: il giudice Maidowski afferma che la prima fondamentale differenza i tirocinanti e i giudici risiede nel fatto che per i secondi l'attività di udienza rappresenta una scelta consapevole, per i primi una necessità connessa al loro percorso accademico. Ciò è solo parzialmente vero. Innanzitutto, alla base del rapporto di tirocinio c'è una proposta di cui le parti devono accettarne le condizioni (se non è una scelta pienamente libera, c'è comunque una piena consapevolezza alla sua base). In secondo luogo, come è risaputo, l'assegnazione del tirocinante ad attività propriamente di udienza è una scelta personale del giudice (o del PM) e non sono rari i casi in cui il tirocinante non compie nessuna delle quattro attività indicate nella direttiva ministeriale oggetto della decisione.
- b) La libertà professionale: il giudice Maidowski è d'accordo sul divieto di velo per le giudici di ruolo, ma afferma che il divieto applicato alle tirocinanti pregiudicherebbe la loro formazione come giuriste e quindi inciderebbe sulla carriera della tirocinante anche nel caso essa decida di accedere ad una professione diversa da quella di magistrato, dove il velo è permesso come ad esempio in quella di avvocato o di impiegato statale (§§ 11 e 13 opinione dissenziente). Anche questa posizione è difficilmente sostenibile nella prassi. Essa sembra suggerire uno *screening* preliminare per valutare se quella specifica tirocinante islamica osservante abbia intenzione di intraprendere la carriera di magistrato o meno e di modulare di conseguenza la risposta. Ci potremmo chiedere, cosa succederebbe se la tirocinante osservante volesse continuare la carriera come giudice? Il problema si ripresenterebbe negli stessi termini. Nessun impatto di rilievo avrebbe poi la mancata espletazione di attività connesse alla posizione del giudice, se poi la scelta della tirocinante si indirizzerà verso un altro tipo di carriera. Infine, il dirottamento sugli altri compiti dell'ufficio non ha un impatto negativo in termini di valutazione finale della formazione e dunque di per sé non pregiudica la carriera della tirocinante
- c) L'ultimo aspetto, forse il più delicato, è quello legato all'apparenza. Per il giudice Maidowski i tirocinanti svolgono il loro compito sotto il controllo del loro *tutor* (§ 5 opinione dissenziente), non hanno nessun potere decisorio autonomo e la loro posizione di tirocinanti è «riconoscibile da tutti» (§ 15 opinione dissenziente). Tuttavia, il problema non sembra tanto di carattere sostanziale quanto formale. Anche come tirocinanti essi rappresentano la giustizia all'esterno e, pur non avendo ruoli decisori nella sostanza, in quanto funzionari dello Stato informano l'immagine della giustizia tedesca agli occhi delle parti.

6. *I principi di tolleranza e di pace pubblica come parametri interpretativi della neutralità benevola* – Il provvedimento oggetto di questo commento va certamente ad aggiungere un tassello nel complesso e poliedrico disegno della laicità tedesca, in bilico (e non potrebbe essere altrimenti) tra spinte centrifughe e centripete. Ma questa precarietà non costituisce un elemento di fragilità del sistema, al contrario ne arricchisce il

contenuto e mostra ancora una volta come i problemi legati all'integrazione sociale non possano essere affrontati, come succede in alcuni Paesi, con un approccio di *aut/aut*. Il Tribunale conferma la linea della neutralità benevola (*wohlwollende Neutralität*) da tempo espressamente intrapresa (BVerfGE 93, 1; 108, 282. Tra la dottrina, K. Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen, 1972), ma non solo: ancora una volta, conforta l'idea dell'isometria costituzionale tedesca in cui la funzione (la protezione dei principi fondamentali) è composta da due insiemi intersecanti: i diritti e i principi. Nella natura dell'ordine valoriale tedesco il bilanciamento tra interessi tiene conto non solo degli «altri diritti» (nel caso di specie la libertà religiosa negativa altrui), ma anche, in certa misura, degli interessi pubblici (nel caso di specie il corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia). Entrambi questi interessi costituiscono a loro volta la base concreta per invocare ed inverare nell'ordinamento un altro principio, questa volta generale: la neutralità. Come emerge dal caso in oggetto, i principi, quando non siano basati su considerazioni del tutto astratte o generiche, possono giocare nell'ordinamento tedesco un ruolo essenziale nella concreta limitazione delle libertà fondamentali dell'individuo. Quale elemento di tenuta generale del sistema, i giudici sembrano appellarsi alla regola della tolleranza e assumono come parametro per determinare il valore di un gesto un criterio astratto, il «punto di vista dell'osservatore obiettivo» (§92). La vera novità rispetto alla decisione precedente è che mentre in quel caso la tolleranza e di pace sociale e religiosa (*specie* del concetto più generale di *öffentlicher Frieden*) erano state utilizzate per giustificare la conclusione che gli scolari potessero e dovessero entrare moderatamente in contatto con le espressioni ideologico-religiose tra loro diverse, in questo caso esse hanno una funzione speculare: di prevenire lo scontro, di evitare che si creino situazioni in cui «l'individuo sia esposto all'influenza di una certa credenza [che esso non condivide, di cui non fa parte], ai suoi simboli e alle sue azioni e non abbia altra alternativa che subirla» (§ 94).

La decisione non ha trovato unanime consenso nella dottrina, sollevando veementi (ed anche accalorate) critiche di una parte di essa. Per K. Mangold, *Justitias Dresscode: zweiter Akt*, in www.verfassungsblog.de, 28 febbraio 2020 il Tribunale non avrebbe tenuto conto della concordanza pratica tra interessi fondamentali arrivando addirittura a violare il proprio compito di tutela delle minoranze. Inoltre, la decisione contrasterebbe anche con l'art. 33 comma 3 GG inteso ad assicurare il godimento dei diritti civili dei dipendenti pubblici «a prescindere dal credo religioso». A parere di chi scrive, invece, sarebbe stata proprio l'adozione di una classica prospettiva, per così dire, multiculturalista – del tutto estranea all'ordinamento giuridico tedesco – che non avrebbe tenuto conto di tutti gli interessi in gioco. Altrettanto nette sono le obiezioni di K. F. Gärditz, *Ein Bundesverfassungsgericht des Ressentiments*, in www.lto.de, del 27 febbraio 2020, il quale, come peraltro anche Mangold, ritiene che la Corte sia stata vittima del suo stesso «provincialismo» e che il suo rifiuto di riconoscere piena tutela alle giuriste musulmane praticanti che scelgono di portare il velo rappresenti una discriminazione in base all'orientamento religioso. Egli censura in particolare l'espedito argomentativo del tribunale di aver fatto ricorso al parametro dell'«osservatore obiettivo» che egli considera in realtà il mascheramento del proprio pregiudizio. Le critiche non dicono, però, che la stessa argomentazione («aus der Sicht eines objectiven Betrachters») era stata utilizzata per motivare anche la decisione sull'ammissibilità del velo nella scuola, salutata invece come esempio di inappuntabile sintassi costituzionale.

Oggi ci troviamo davanti ad una decisione che non è asimmetrica rispetto alla prima *Kopftuch-Urteil*, ma che sicuramente ne valorizza l'altra faccia della medaglia: l'idea cioè che la Legge fondamentale sia un ordinamento legato ai valori che riconosce la libertà, l'uguaglianza e la dignità fondamentale come obiettivi primari dell'intero sistema (*ex multis* BVerfGE 2, 12; 4, 7; 12, 51; 35, 114; sul punto, per la dottrina italiana, C. Amirante, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, Cosenza, 1980, spec. 267 ss.). Alla luce di ciò, il rapporto conflittuale tra individuo e

società è stato risolto nel senso dell'inserimento del primo nella seconda, connettendo i diritti dell'individuo all'interesse generale della società, senza che il suo valore ne esca sminuito. Da una lettura sistematica della decisione sembra che il parametro interpretativo volto ad individuare se una limitazione alla libertà religiosa è proporzionale al generale contesto di *Wertordnung* consista proprio nell'applicazione concreta dei concetti/principii di tolleranza e pace pubblica e da un altro principio ad essi strettamente connesso e più volte richiamato (§§ 87, 113, 116, 117 dell'ordinanza), l'uguaglianza (sul concetto di tolleranza in Germania, Ch. Enders, *Toleranz als Rechtsprinzip?*, in *Toleranz als Ordnungsprinzip?*, a cura di Ch. Enders e M. Kahlo, Leiden, 2007, 241-265; L. Häberle, *Religionsfreiheit und Toleranz*, in *Der Staat*, vol. 57, n. 1, 2018, 35-76; sul principio di *öffentlicher Frieden*, B. Rox, *Schutz religiöser Gefühle in freiheitlichen Verfassungsstaat?*, Tübingen, 2012, in partic. 212 ss.). In questo senso l'importanza del concetto di tolleranza si estende oltre la problematica religiosa e acquista valore di principio finale, di modello per una convivenza pacifica tra visioni della vita differenti. Inizia cioè a giocare un ruolo sempre più fondamentale non solo nel rapporto tra cittadino e Stato, ma anche nel rapporto tra cittadini e mostra come ogni convivenza autenticamente tollerante non possa prescindere da una visione insieme pluralistica e neutrale d'insieme, cioè, pur nella diversità, ugualitaria.

Non è forse proprio l'uguaglianza una delle ragioni che sta alla base della tradizione di indossare la toga e la parrucca in tribunale? La distanza anagrafica, l'estrazione sociale, persino il sesso è annullato. Resta solo la funzione. I funzionari pubblici, i giudici non sono cittadini come gli altri – si legge nella pronuncia – essi devono «incarnare i valori della Legge fondamentale attribuiti alla magistratura» (§ 104 ordinanza). Velo e parrucca sono entrambi copricapi, ma l'uno è volto ad esaltare, l'altro a nascondere l'identità personale del magistrato. «Getta il turbante, metti parrucca»: così nella cerimonia dell'*Italiana in Algeri*, il *bey* Mustafà viene consacrato "pappataci". Sebbene velate di forte ironia, volutamente prese fuori contesto oggi come non mai le parole del coro dell'*Italiana* appaiono adatte per descrivere una pronuncia invero serissima, che aggiunge un tassello importante al discorso giuridico sulla tolleranza religiosa in Germania e quindi in Europa.

Il caso *Airbus-Boeing*: una nuova tappa della guerra dei dazi tra USA e UE

di Marco Buccarella

Title: US and EU: *Airbus-Boeing* dispute and the danger of an eternal arm wrestle.

Keywords: USA; UE; World Trade Organization.

1. – Con la decisione in epigrafe l'organismo arbitrale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) o *World Trade Organization* (WTO) si è pronunciato sulla controversia concernente le sovvenzioni concesse all'industria aerospaziale europea *Airbus* da alcuni Paesi dell'UE. L'OMC ha stabilito in circa 7,5 miliardi di dollari (equivalenti a 6,8 miliardi di euro) l'ammontare massimo dei dazi di compensazione che gli USA potranno applicare nei confronti dei prodotti importati dall'Europa.

Tale pronuncia si colloca nell'ambito della *querelle* nata dalle accuse incrociate di USA e UE e relativa alle sovvenzioni che le due potenze economiche avrebbero illegittimamente erogato in favore delle rispettive industrie aerospaziali, ossia *Boeing* e *Airbus*. Da questa disputa commerciale sono scaturiti due casi dinanzi all'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC (*Dispute Settlement Body* o DSB): DS316, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, nell'ambito della quale è stata emanata la recente decisione dell'organismo arbitrale, e DS353, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*.

Ebbene, la pronuncia del 2 ottobre rappresenta una nuova minaccia per la stabilità del rapporto che collega Bruxelles e Washington, soprattutto se si considera che tale equilibrio è stato già messo alla prova il 28 marzo 2019 nell'ambito della parallela controversia DS353 che ha visto protagonista l'industria aerospaziale *Boeing*. In quella occasione, l'Organo d'appello (*Appellate Body*) dell'OMC – competente a decidere sulle sole questioni di diritto relative alle decisioni di primo grado emanate dai cd. *panels* – ha confermato la violazione da parte degli USA dell'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative (detto, in breve, Accordo SCM, da *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*), alimentando il clima di tensione tra USA e UE. In particolare, con il rapporto WT/DS353/AB/RW del 28 marzo l'*Appellate Body* ha accertato che gli Stati Uniti non hanno ritirato le sovvenzioni concesse all'industria aerospaziale *Boeing*, in violazione di quanto in precedenza statuito dal DSB e della normativa OMC (v., in proposito, M. Buccarella, *Airbus vs Boeing: tra i due litiganti il terzo gode*, in questa *Rivista*, 3/2019).

2. – Prima di approfondire il contenuto della decisione in epigrafe, occorre soffermarsi brevemente sulla controversia DS316 da cui è scaturita la recente pronuncia dell'organismo arbitrale.

La decisione del 2 ottobre si colloca nell'ambito del procedimento di arbitrato che ha avuto inizio subito dopo la conclusione della controversia *DS316 - European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*. Infatti, nel 2010 l'Organo d'appello dell'OMC ha definitivamente accertato che le sovvenzioni erogate da alcuni Governi europei in favore di *Airbus* erano contrarie all'art. 5 lettera c) dell'Accordo SCM e avevano pregiudicato gli interessi dell'industria aerospaziale statunitense *Boeing* (WT/DS316/AB/R, *Report of the Appellate Body, European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, AB-2010-1*, in *wto.org*).

In particolare, nel sopracitato rapporto dell'Organo di appello divulgato il 18 maggio 2011, sono stati ritenuti illegittimi i sistemi di finanziamento (noti come *Launch Aid* o *Member State Financing*) approvati da Francia, Germania, Spagna e Regno Unito per lo sviluppo dei modelli *Airbus* A300, A310, A320, A330/A340, A330-200, A340-500/600 e per l'implementazione del progetto A380 LCA (*Light Combat Aircraft*). Inoltre, tra gli aiuti illegittimi rilevati dall'*Appellate Body* rientrano le partecipazioni azionarie del Governo francese e tedesco in società riconducibili ad *Airbus*, nonché specifiche concessioni relative a grandi infrastrutture di interesse nazionale (come, ad esempio, la locazione di terreni nel sito industriale di Mühlenberger Loch ad Amburgo o il diritto all'utilizzo in via esclusiva di una delle piste più lunghe dell'aeroporto di Brema).

Ebbene, il DSB ha adottato il rapporto del *panel* così come rettificato dalla decisione dell'*Appellate Body*, confermando che il principale effetto delle sovvenzioni concesse a *Airbus* è stato quello di ridurre, quasi nella totalità, il numero delle esportazioni di LCA *Boeing* (a corridoio singolo e a corridoio doppio) in UE, Cina, Corea e Australia. Difatti, secondo quanto definitivamente accertato dal DSB, le sovvenzioni ad *Airbus* avrebbero causato un notevole calo delle vendite di LCA *Boeing* proprio in quei mercati in cui esisteva la concorrenza del *competitor Airbus* con i modelli A320 (*Air Asia, Air Berlin, Czech Airlines* e *EasyJet*), A340 (*Iberia, South African Airways* e *Thai Airways International*) e A380 (*Emirates, Qantas* e *Singapore Airlines*).

L'Unione europea, dunque, nel 2011 ha intrapreso una serie di azioni con il dichiarato obiettivo di ottemperare alle raccomandazioni dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC e di eliminare gli effetti, derivanti dalle sovvenzioni, lesivi degli interessi USA. Tuttavia, nonostante ciò, il 9 dicembre 2011 gli Stati Uniti hanno avviato la procedura di riesame, prevista dall'art. 21.5 (*Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings*) del DSU, al fine di verificare se le misure adottate in concreto dall'UE rispettassero la decisione del DSB. Il conseguente procedimento di conformità, conclusosi il 15 maggio 2018 con il rapporto dell'Organo di appello (WT/DS316/AB/RW, *Report of the Appellate Body, European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, AB-2016-6*, in *wto.org*), ha, da una parte, confermato che l'Unione europea non ha ottemperato alle raccomandazioni, ma, dall'altra, ha riconosciuto che le sovvenzioni *expired* prima del 1° giugno 2011 (ossia prima della data in cui è stato formalmente richiesto all'UE di rispettare le decisioni assunte dal DSB nella controversia principale) non potevano essere oggetto d'esame nel procedimento di conformità, giacché insuscettibili di produrre effetti lesivi. Insomma, la decisione conclusiva della controversia DS316 ha sì confermato l'illegittimità delle sovvenzioni UE, ma altresì riconosciuto che gli effetti dei sussidi precedenti al 2011 sono venuti meno prima del cd. *implementation period* e che, di conseguenza, «the European Union had no compliance obligation with respect to these subsidies».

Siffatta decisione, una sorta di *win-win*, è stata positivamente accolta da entrambe le parti, salvo poi diventare il preludio della riassunzione – richiesta dagli USA – del procedimento di cui all'art. 22 del DSU (*Compensation and the Suspension of Concessions*) e di un nuovo *compliance proceeding* (art. 21.5 del DSU), questa volta attivato dall'UE. Infatti, il 31 luglio 2018 l'Unione europea ha richiesto la costituzione di un *panel* ai sensi dell'art. 21.5 del DSU per verificare la conformità delle misure adottate rispetto alle decisioni assunte dal DSB nonché agli accordi OMC. Tuttavia, il cd. *compliance panel* si è insediato solo nel settembre 2018 e ad oggi non si è ancora pronunciato.

3. – Il procedimento di arbitrato è iniziato il 13 gennaio 2012 (v. *Constitution note of the Arbitrator*, WT/DS316/20, in *wto.org*), a seguito dell'opposizione dell'Unione europea alla richiesta degli USA – depositata dopo la pubblicazione del verdetto dell'Organo di appello sul caso DS316 – di applicare dazi compensativi ai prodotti europei per complessivi 11 miliardi di dollari, in risposta alle acclamate e mai ritirate sovvenzioni concesse dall'UE a *Airbus*.

Il 9 dicembre 2011 gli Stati Uniti, in ragione dei persistenti danni procurati a *Boeing* nei settori dei velivoli e derivanti dalle sovvenzioni UE, avevano infatti richiesto al DSB l'autorizzazione all'applicazione di contromisure verso l'Unione europea, ai sensi e per gli effetti dell'art. 22 (*Compensation and the Suspension of Concessions*) del *Dispute Settlement Understanding* (DSU) e dell'art. 7.9 dell'Accordo SCM. In particolare, gli USA volevano dall'OMC l'autorizzazione per applicare dazi compensativi «with respect to the European Union at an annual level commensurate with the degree and nature of the adverse effects caused to the interests of the United States by the failure of the European Union and certain member States to withdraw subsidies or remove their adverse effects in compliance with the recommendations and rulings of the DSB».

Tuttavia, nella riunione del DSB del 22 dicembre 2011, l'UE ha contestato la legittimità della richiesta di Washington e il 13 gennaio 2012 è stato quindi designato un *panel*, inizialmente composto dagli stessi membri che si erano occupati in primo grado della controversia originaria, per valutare la legittimità dei dazi compensativi reclamati dagli USA. Difatti, secondo quanto previsto dall'art. 22.6 del DSU, nel caso in cui il Paese interessato si opponga alla richiesta di contromisure «the matter shall be referred to arbitration».

In particolare, l'Unione europea ha sostenuto che la richiesta di contromisure degli Stati Uniti violasse gli articoli 22.3, recante *the principles and procedures* per la sospensione delle concessioni, e 22.5 del DSU.

Secondo l'art. 22.3 del DSU, il Paese che intende adottare contromisure in danno di un altro Stato dovrebbe in primo luogo chiedere di sospendere concessioni o altri obblighi relativi «to the same sector(s) as that in which the panel or Appellate Body has found a violation or other nullification or impairment» e solo nel caso in cui ciò sia impossibile indirizzarsi verso altri settori commerciali disciplinati dallo stesso accordo o addirittura verso ambiti regolati da un differente accordo commerciale.

L'art. 22.5 del DSU, invece, costituisce un'eccezione all'applicazione delle contromisure, laddove «a covered agreement prohibits such suspension». Infatti, a norma di tale articolo il DSB è tenuto a rigettare la sospensione delle concessioni nel caso in cui tali contromisure siano espressamente vietate da altri accordi. In sostanza, nella prospettiva dell'UE la richiesta di contromisure degli Stati Uniti violava le procedure e i principi di cui all'art. 22.3 del DSU.

Il procedimento di arbitrato è stato però sospeso nel 2012 per volontà di entrambe le parti, salvo poi essere riassunto il 13 luglio 2018 su richiesta degli USA, a

seguito della pronuncia dell'Organo di appello nel parallelo procedimento di conformità.

Ebbene, il nuovo *panel*, nella sua rinnovata composizione di Arbitro, ha ripreso l'attività di indagine il 10 luglio 2018 e l'ha conclusa il 30 agosto 2019, con il deposito della decisione ai fini della traduzione nelle altre lingue. Nel corso del procedimento istruttorio, Stati Uniti e Unione europea hanno risposto a circa 175 domande rivolte loro dall'*Arbitrator*, di cui si trova traccia nelle 146 pagine del *report* finale e nell'allegato *addendum* di 49 pagine.

All'esito della sua indagine, il *panel* arbitrale ha essenzialmente ritenuto che l'UE non avesse dimostrato l'asserita violazione da parte degli USA delle procedure di cui agli artt. 22.3 e 22.5. del DSU.

In particolare, secondo l'organismo arbitrale dell'OMC, non solo l'Unione europea «has not demonstrated that the United States failed to follow the principles and procedures set forth in Article 22.3 of the DSU in determining that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations in trade in goods and that the circumstances are serious enough», ma non ha neanche fornito alcuna prova del fatto che le contromisure richieste da Washington fossero vietate da altri accordi, tra cui il GATT 1994 e il GATS.

Sulla scorta di tali considerazioni, il *panel* ha stabilito che – in relazione al periodo compreso tra dicembre 2011 e il 2013 – l'importo complessivo delle contromisure «commensurate with the degree and nature of the adverse effects determined to exist» per le quali gli USA potranno richiedere l'autorizzazione è pari a 7,496.623 miliardi di dollari *per annum* (gli USA puntavano a superare la soglia degli 11 miliardi).

L'organismo arbitrale, nelle conclusioni rassegnate, ha altresì specificato che le contromisure applicabili dagli Stati Uniti potranno consistere:

- a) nella sospensione delle concessioni tariffarie e dei relativi obblighi previsti dal GATT 1994 e/o
- b) nella sospensione di impegni orizzontali o settoriali assunti in relazione a tutti i servizi indicati nella *USA Services Sectoral Classification List*, con la sola eccezione dei servizi finanziari.

Quello del 2 ottobre è un verdetto che entra di diritto nella storia del commercio internazionale, giacché, oltre a segnare un'importante tappa dell'annosa disputa commerciale *Airbus-Boeing*, costituisce un record: l'OMC, prima di oggi, non aveva mai dato il via libera a sanzioni commerciali di questa entità.

4. – Ovviamente, la reazione degli USA alla decisione del *panel* non si è fatta attendere.

In particolare, all'indomani della pronuncia arbitrale, il rappresentante per il Commercio USA (USTR) Robert Lighthizer si è detto soddisfatto della decisione con cui l'OMC ha definitivamente accertato il danno causato dall'UE all'industria aerospaziale statunitense e ai suoi lavoratori, annunciando che gli Stati Uniti «will begin applying WTO-approved tariffs on certain EU goods beginning October 18» e rendendo nota la lista di prodotti europei cui verranno applicati dazi compensativi (v. *Notice of Determination and Action Pursuant to Section 301: Enforcement of U.S. WTO, Rights in Large Civil Aircraft Dispute*, 2 ottobre 2019, in *ustr.gov*). Tra questi non vi sono solo prodotti esportati dai quattro Paesi colpevoli di aver concesso sussidi all'industria aerospaziale *Airbus* (Regno Unito, Spagna, Germania e Francia), ma vi sono beni commerciati da tutti gli Stati membri dell'UE: yogurt, coltelli, borse, vini, olive, Parmigiano Reggiano, Grana padano, olio e salumi di vario genere. Tra l'altro, *rebus sic stantibus*, i dazi americani colpiranno ben 460 milioni di dollari dell'*export* agroalimentare dell'Italia verso gli Stati Uniti.

Ebbene, come confermato dalla comunicazione pubblicata sul sito ufficiale dell'OMC, gli USA hanno già inoltrato al Presidente del DSB formale richiesta di autorizzazione all'applicazione delle contromisure nei confronti dell'UE (*European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, Recourse to Article 7.9 of the SCM Agreement and Article 22.7 of the DSU by the United States*, 4 ottobre 2019, in *wto.org*), pur dichiarandosi disponibili a rivedere l'importo dei dazi in ragione di un eventuale dialogo collaborativo con Bruxelles.

Anche la reazione dell'UE è stata immediata: il Commissario europeo per il commercio Cecilia Malmström ha ammesso l'addizione di errori, da una parte e dall'altra, ma ha definito l'applicazione di contromisure una soluzione «short-sighted and counterproductive». Sempre attraverso le parole di Cecilia Malmström, l'Unione europea si è quindi dichiarata disponibile ad un dialogo con Washington, con la precisazione che – in caso di chiusura da parte degli USA – reagirà con ulteriori dazi. In particolare, in un comunicato stampa diffuso dall'UE, il Commissario europeo per il commercio ha dichiarato che «both the EU and the U.S. have been found at fault by the WTO dispute settlement system for continuing to provide certain unlawful subsidies to their aircraft manufacturers» e che «if the U.S. decides to impose WTO authorised countermeasures, it will be pushing the EU into a situation where we will have no other option than do the same» (*Statement on the publication of WTO's award in the Airbus dispute*, 2 ottobre 2019, in *europa.eu*). La posizione dell'Europa è chiara: non resterà a guardare e tutelerà gli interessi delle aziende continentali, pur dichiarandosi favorevole a un negoziato con Washington che eviti rappresaglie reciproche e funga da compromesso nell'interesse di entrambe le potenze commerciali.

Dunque, la nuova decisione dell'OMC complica ulteriormente il difficile rapporto esistente tra USA e UE, già incrinatosi all'indomani della pronuncia dell'Organo di appello del 28 marzo 2019 nella controversia DS353. Difatti, ora si rischia che all'ondata dei dazi di compensazione statunitensi sulle merci UE, ne seguirà una di dazi europei contro i prodotti importati dagli USA, così innescando una vera e propria guerra commerciale.

In proposito, occorre infatti ricordare che nel 2020 è attesa la decisione dell'Organismo arbitrale dell'OMC nell'ambito della parallela controversia DS353, concernente i sussidi erogati dagli USA all'industria aerospaziale *Boeing*. Infatti, il 5 giugno 2019 è stato riassunto il procedimento di arbitrato sorto a seguito dell'opposizione degli USA alla richiesta di applicazione di contromisure depositata dall'UE e il *panel* potrebbe plausibilmente pronunciarsi già nel 2020.

Insomma, tra neanche un anno potrebbe ripresentarsi – a parti invertite – lo stesso scenario cui stiamo assistendo oggi.

5. – Quanto detto sin ora conferma che Stati Uniti e Unione europea si trovano oggi ad affrontare autonomamente una questione che, in una prospettiva multilaterale, avrebbe dovuto risolvere l'Organizzazione Mondiale del Commercio. L'OMC, infatti, è stata *illo tempore* istituita proprio per evitare il “braccio di ferro” cui stiamo ininterrottamente assistendo in questi anni.

Il recente annuncio della Commissione europea sull'indagine antitrust concernente l'intesa tra l'industria aerospaziale americana *Boeing* e quella brasiliana *Embraer* per la creazione di *due joint-venture* è l'ennesima prova del distorto *modus operandi* seguito dagli Stati nei rapporti commerciali: una sorta di *oculum pro oculo, et dentem pro dente*. Infatti, è evidente che la scelta UE di indagare *Boeing* non è che una reazione all'annuncio USA di applicare i dazi compensativi sui prodotti importati dall'Europa.

La soluzione adottata dai Paesi potrebbe addirittura rivelarsi peggiore del problema in sé, atteso che in un'anarchica guerra commerciale a soffrire sarebbero

tutti gli Stati e non solo i Paesi che vivono di mercati aperti e dell'esportazione dei prodotti. La diretta conseguenza di un tutti contro tutti sarebbe l'inevitabile sofferenza delle aziende e, quindi, anche la riduzione dei posti di lavoro.

D'altro canto, l'intolleranza manifestata dagli Stati nei confronti del sistema multilaterale del commercio è indice di un'insoddisfazione diffusa rispetto all'effettiva utilità dell'OMC e del suo meccanismo di soluzione delle controversie. Come possono USA e UE riporre fiducia in un sistema che, dopo più di quindici anni dalla prima richiesta di consultazioni, non ha ancora posto fine alla disputa commerciale *Airbus-Boeing*?

Ancora una volta, dunque, occorre stigmatizzare l'ormai evidente inadeguatezza dell'attuale meccanismo di soluzione delle controversie, in origine perla e perno dell'OMC, dinanzi alle nuove sfide commerciali di cui spesso gli Stati Uniti si sono resi indubbi protagonisti (v., sul tema, G. Sacerdoti, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un "global public good" da difendere*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, Speciale/2019, 685-700). La lunghezza dei procedimenti istruttori e la schizofrenia degli organi giudicanti dell'OMC sono emblematiche della grave crisi in cui versa oggi il sistema multilaterale del commercio.

Tuttavia, un conto è sostenere che le regole dell'Organizzazione Multilaterale del Commercio debbano essere modificate – finanche trasformate in plurimi accordi bilaterali interconnessi – per venire incontro alle mutate esigenze degli Stati, un altro è utilizzare la debolezza e la crisi del sistema OMC per giustificare qualsivoglia tipo di anarchia commerciale. Occorre ignorare la tentazione di rievocare la concorrenza esistente tra gli Stati nel secolo scorso, giacché un simile ritorno alle origini significherebbe rallentare ogni processo di interscambio commerciale, con ripercussioni negative sui posti di lavoro e conseguenti disordini sociali.

Ebbene, la nuova decisione dell'OMC nel caso *Airbus-Boeing* offre agli Stati Uniti e all'Unione europea l'opportunità di risolvere la controversia e di discutere, finanche nell'ambito di una negoziazione bilaterale, dei principali problemi dell'attuale sistema multilaterale del commercio. L'alternativa è cedere definitivamente alla guerra commerciale, con conseguente reminiscenza di una centenaria e ben nota legge del contrappasso: la colpa non resta impunita, ma ripagata con la stessa moneta, se possibile ancor più amara.

In copertina: Sconosciuto – Ritratto di José Martí

Il presente fascicolo è stato prodotto tra il 15 e il 21
aprile 2020 e definitivamente caricato *online* alle ore
23 di tale ultimo giorno