

SAGGI

Giuseppe Di Genio – Il ruolo delle autonomie locali nella riforma dello Stato andaluso in Spagna

NOTE

Maddalena Neglia – La sentenza Moulin della Corte europea dei diritti dell'uomo e la discussa posizione del pubblico ministero nel sistema francese

RECENSIONI

Juan Carlos Gavara de Cara, La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art 10.1 CE, Bosch, 2011, pp. 189

CRONACHE DAL MONDO

FINLANDIA – Approvata la legge di revisione costituzionale

SERBIA – Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi



ISSN 2037-6677

2012/1

The role of local self-government in the Andalucian Statute reform in Spain

Il ruolo delle autonomie locali nella riforma dello Statuto andaluso in Spagna

Giuseppe di Genio

Abstract

This paper deals with the hoary issue of the redefinition of political decentralisation models. The Andalusian Statute is used as a case study to present the definition and enforcement of local self-government within the Spanish context. In particular, through the observation of the self-government underpinnings in Andalusia and a structured analysis of the institutional framework defined by the Statutory reform, the Author proposes a comprehensive study which is characterised by relevant comparative consequences for France and Italy.

Political decentralisation - self-government - Andalusian Statute - regionalism - sub-state institutional framework



Il ruolo delle autonomie locali nella riforma dello Statuto andaluso in Spagna

di Giuseppe Di Genio

Sommario: 1. Le ambiguità del processo di riforma statutaria in Spagna nella ridefinizione di modelli consolidati nel diritto comparato; 2. Le ricadute del modello autonomico sul caso andaluso; 3. Il ruolo e le funzioni dei Municipi-Ayuntamientos, Province-Diputaciones e Comarcas.

1. Il processo di riforma statutaria nell'ordinamento spagnolo, se rappresenta da tempo una novità, sul piano comparatistico, nella ridefinizione dei modelli di decentramento politico¹, sempre più rafforzati e quasi-federali, in realtà testimonia lo stato attuale di estrema incertezza e caducità che caratterizza l'applicazione del principio di autonomia politica in detta esperienza (e nello stesso diritto comparato europeo). L'utilità del dato spagnolo, tra i principali modelli di riferimento, se raffrontato con altre esperienze europee, denota come le soluzioni prospettate nell'ordinamento italiano e francese, ad esempio, appaiono particolarmente interessanti, quantomeno sul piano della tutela effettiva e stringente dei diritti delle

¹ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), G. Cámara Villar, J.F. López Aguilar, M.L. Balaguer Callejón, A. Rodríguez, J.A. Montilla Martos, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. I, 2005, 281 e segg.

autonomie, costituzionalmente garantite (e che, a volte, surclassano il dato regionale). In esse, infatti, nella inevitabile torsione di modelli consolidati, quasi insuperabili, emerge un rapporto sempre più stretto tra le fonti di autonomia locale e i processi di integrazione-collaborazione, al fine di realizzare un decentramento politico davvero avanzato e non regressivo/repressivo del principio di autonomia, conforme, tra l'altro, ai dettami della fondamentale (ma sottovalutata) Carta europea delle Autonomie locali del Consiglio d'Europa del 1985 (oggetto di successive specifiche ratifiche). D'altronde, il tema del decentramento politico crea e si colloca in un circuito costituzionale integrato, perché investe molteplici realtà ordinamentali, anche di carattere accentrato, come la Francia del 2003 e la Gran Bretagna degli ultimi anni. Gli stessi sistemi federali o quasi-federali sono in profonda crisi e trasformazione (ed incidono sulla crisi della natura giuridica dell'Unione europea), come testimonia, ad esempio, il caso tedesco, dove gli enti territoriali diversi dai *Laender* non siedono nella Camera territoriale, per cui le prospettive di riforma del modello autonomico spagnolo, a geometria variabile, anche realizzate negli statuti, risultano non propriamente dirimenti. In Italia, vieppiù, nonostante il tenore del nuovo art. 114 Cost., che rende tale modello apprezzabile, le riforme statutarie regionali hanno assunto, poi, una veste normativa volta, però, ad interferire (sebbene temperate dalla separazione delle competenze) con il sistema delle autonomie locali, soprattutto sul piano finanziario. In tale direzione, il modello costituzionale italiano risulta interessante (ma non sul piano degli statuti regionali) e si colloca in una posizione di preferenza rispetto alle modalità di realizzazione di quello spagnolo, quest'ultimo non più modello unico di riferimento, anche sul piano delle nuove riforme statutarie. In altri termini, è meglio un regionalismo forte o rinforzato che un (pre)federalismo debole, senza garanzie estese a tutti i livelli di governo riconosciuti in Costituzione, e, quindi, depotenziato sia attraverso la mera esecuzione periferica delle istanze provenienti dal centro sia attraverso figure ambigue delle rappresentanze territoriali, nello spirito della sussidiarietà-proximidad.

Come è noto, l'esperienza costituzionale spagnola del 1978², al di là dell'applicazione della teoria classica della garanzia istituzionale, più formale che

² Sulle prospettive di riforma dell'ordinamento spagnolo M. L. BALAGUER, XXV Anniversario de la Constitución Española, Málaga, 2004

sostanziale, presenta alcune incongruenze, costituzionali appunto, sul piano materiale della distinzione e applicazione del rapporto fra enti territoriali, in quanto l'autonomia politica, *stricto sensu* intesa, nella Costituzione (formale e) materiale, appare garantita, esclusivamente, alle Comunità autonome, laddove, invece, gli altri livelli di governo territoriale, a questo punto inevitabilmente gerarchicamente subordinati, risultano penalizzati e caratterizzati da una autonomia prevalentemente amministrativa, fortemente destrutturata sul piano normativo e giurisprudenziale.

Si tratta, in realtà, di un ordinamento autonomico *distonico* che non realizza una piena ed integrale equiparazione, sul piano della capacità e vivacità di indirizzo politico, delle strutture territoriali, espressione della democrazia locale, nei confronti dello Stato centrale e del livello regionale, con evidenti ricadute anche sul piano del processo di integrazione europea.³

Questo aspetto sembra emergere anche dal tenore letterale dell'art. 2 della Costituzione del 1978, laddove si riconosce e garantisce il diritto all'autonomia delle nazionalità (dato che emerge nella recente modifica dello statuto catalano) e delle Regioni che la compongono nonché la solidarietà fra le stesse.

Ciò crea una evidente frattura-rottura con le previsioni del Titolo VIII della Costituzione, riguardante i principi generali dell'organizzazione territoriale dello Stato e l'amministrazione locale, perché gli artt. 137 e 140 prevedono che lo Stato è organizzato territorialmente in Municipi, Province e Comunità autonome che godono tutti di autonomia nella gestione dei propri interessi, ed è su questi articoli che la prima giurisprudenza costituzionale ha elaborato una concezione *amplia y completa del Estado*.

E' indubbio, infatti, che la garanzia costituzionale dell'autonomia delle entità locali, in Spagna, è totalmente disattesa sul piano normativo e giurisdizionale⁴, perché, sia pure in presenza di un sentore di riforma, oramai impellente, la dimensione amministrativa della stessa prevale su quella politica e consente di

³ J. A. MONTILLA MARTOS, *Derecho de la Unión europea y Comunidades Autónomas*, Madrid, 2005, 163 e segg.

⁴ Cfr. R. NARANJO DE LA CRUZ, *El proceso constitucional para la protección de la autonomía local en España y Alemania*, Málaga, 2003

ribadire che, in realtà, siamo in presenza di un “modello autonomico distonico”, in quanto prettamente regionale, ma regressivo e non agganciato ad una visione e garanzia complessiva del sistema delle autonomie, che coinvolga tutte le realtà-identità territoriali di cui all’art. 137 Cost.

2. In tale direzione, la riforma statutaria⁵ andalusa di cui alla legge organica n. 2 del 19 marzo 2007,⁶ sottoposta anche a vaglio di costituzionalità,⁷ come nel caso Guadalquivir (fiume storico spagnolo, con traffico fluviale già dai tempi dei romani),⁸ soffre di tale ricaduta istituzionale e presenta dei punti oscuri proprio sul piano della determinazione delle modalità esplicative dell’autonomia locale⁹, di per sé riconducibili principalmente alla legge básica statale e al dato costituzionale di riferimento, più volte citato. Lo stesso modello catalano, di inevitabile imitazione e spinta autonomista, sebbene ipervalutato, non è stato utile nella prospettiva di una maggiore tutela nel sistema dei rapporti con le entidades locales (insomma, uno statuto sui diritti ma non delle autonomie).

⁵ J.M. Castellá Andreu e M. Olivetti (a cura di), *Nuevos Estatutos y Reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Barcelona, 2009

⁶ F. BALAGUER CALLEJÓN, *La riforma dello statuto di autonomia dell’Andalusia nel contesto della pluralità di spazi costituzionali di ambito europeo*, in *Regionalismi e statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2008, 137 e segg.

⁷ Auto TC n. 329 del 2007 con decisione di inammissibilità del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consell de la Generalitat Valenciana contra el apartado segundo de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Secondo il TC “la petición de que se incluya como requerimiento en el suplico de la demanda que este Tribunal realice una “interpretación constitucional” de un precepto de la Ley Orgánica 2/2007, que el propio recurrente, como se ha dicho, considera conforme con la Constitución, resulta extravagante y ajena a la jurisdicción constitucional, pues no sólo no se compadece con el objeto propio de un recurso de inconstitucionalidad en la medida en que la propia demanda lo considera ajustado a la Constitución, sino que se endereza a lograr “otra interpretación”, esta vez de inconstitucionalidad, de un precepto diferente de otro Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 6/2006) que ya fue recurrido en tiempo y forma....”.

⁸ Con la sentenza del TC n. 030/2011, sul riparto di competenza tra fonti statali e fonti territoriali, con riferimento anche alla efficacia della competenza sulla cuenca del Guadalquivir, che non rientra neppure nei margini del bloque de constitucionalidad, è stata dichiarata l’incostituzionalità dell’art. 51 della legge organica n. 2 del 2007, laddove, appunto, attribuisce alla Comunità Autonoma andalusa la competenza sulla cuenca hidrográfica indicata

⁹ Su cui da tempo P. PEREZ TREMPES, *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1998

Appare, tuttavia, chiaro che in sede interpretativa le formule costituzionali sulle autonomie appaiano favorevoli solo al dato regionale.

Il nuovo statuto andaluso, nel testo approvato dalle Cortes e sottoposto a referendum con esito positivo nonostante il forte astensionismo, dedica numerose disposizioni, forse troppe, all'organizzazione dei Municipi e delle Province in seno alla Comunità autonoma.

Vale premettere che si tratta di uno statuto che travolge, anche numericamente, quello precedente del 1981, di per sé statico nel tempo, perché mai modificato nei suoi 75 articoli.

La riforma, probabilmente, risultava inevitabile per una serie di esigenze cangianti della stessa società andalusa. Si pensi, in particolare, al tema dell'immigrazione, ai necessari rapporti internazionali con i Paesi c.d. inviatori dei migranti, alla conseguente tutela di una minoranza che si attesta sul 10% ed anche considerando che si tratta di una delle Comunità più popolate in assoluto, forse, sia consentito, anche per esigenze climatiche (una sorta di California ispanica ed europea).

In particolare, sul piano generale, il nuovo statuto Andaluso prende atto del carattere dinamico dei processi autonomici, laddove sfiorano la stessa sovranità, a questo punto non si sa più di chi, e lo stesso processo federalistico appare non troppo lontano.

Vengono, ad esempio, coniate nuove fonti di decretazione territoriale e lo statuto si dipana in ben 250 articoli, in barba alle regole elementari della tecnica legislativa, molto sentita e studiata nell'esperienza spagnola.

Vale, comunque, sottolineare che la soluzione andalusa, sul piano generale, appare interessante perché si basa, diffusamente, sul concetto di autonomia e non di identità/sovranità, espressione di legittimazione democratica, *realidad nacional* sin dal 1919, che ha manifestato un consenso molto forte alla Costituzione del 1978.

In tale prospettiva, sebbene non sia una comunità storica (si definisce una *nacionalidad histórica*) tutela fortemente in modo molto dettagliato i c.d. *hechos diferenciales* e si erge a strenua *defensora* della eguaglianza di status delle varie Comunità, pur considerate nella loro inevitabile diversità.

La struttura dello statuto prevede una prima parte dedicata, come nelle migliori Costituzioni, alla tutela dei diritti fondamentali in Andalusia,¹⁰ pur considerandoli nella loro dimensione internazionale ed europea, di stampo integrativo e suppletivo.

In tale prospettiva, nulla esclude, ad esempio, che le Corti locali possano garantire meglio i relativi diritti rispetto alle Corti nazionali, anche in una sorta di pre-amparo territoriale.

E' visibile, d'altronde, nello statuto, sul modello catalano, una dialettica federalizzante di impulso, una sorta di fed-regionalismo impellente, ed una omogeneità concorrenziale dei diritti nell'esclusivo interesse della persona umana,¹¹ posta inevitabilmente al centro anche del sistema autonomico.

Sul piano dei principi strutturali della pubblica amministrazione e sulla questione competenziale della Comunità autonoma emergono, così, una serie di dati interessanti, soprattutto per esigenze di razionalizzazione volte a limitare l'eccessiva eterogeneità e disuguaglianza, appunto competenziale dei sistemi di riferimento.

Sul piano innovativo, infatti, c'è una piena e forte competenza esclusiva che si dipana in senso legislativo, regolamentare ed esecutivo, per cui il diritto statale svolge una funzione inevitabilmente suppletoria sebbene non marginale.

Di contro, emerge una competenza *compartida* nel rispetto della sola legge statale generale, creando, così, un minimo comune denominatore normativo cui fare sempre riferimento negli spazi autonomici.

C'è poi un sistema di competenza esecutiva ed amministrativa ovvero di esecuzione della normativa regolamentare statale con appositi regolamenti della Comunità autonoma.

¹⁰ P. CRUZ, Los derechos sociales y el Estatuto de Andalucía, in Estudios sobre el Estado social, a cura di G. CÁMARA VILLAR, Madrid, 1993

¹¹ G. CÁMARA VILLAR, Derechos en el Estatuto de Andalucía, in El nuevo Estatuto de Andalucía, a cura di F. BALAGUER CALLEJÓN, Madrid, 2007

Esiste, infine, una competenza in sede di applicazione del diritto comunitario europeo¹², una competenza delegata o trasferita dallo Stato nonché quella basata su accordi e convenzioni, di volta in volta, determinate.

3. In questo quadro generale, brevemente ripercorso, si collocano i Municipi e le Province.

Ai sensi dell'art. 59 dello statuto, la Comunità autonoma ha la competenza, in materia di organizzazione territoriale, di creare, sopprimere e modificare *los entes locales*. Ai sensi, poi, dell'art. 60 la competenza autonoma sul regime locale, sulla scorta del dato giurisprudenziale, si determina nel rispetto della legge basica statale, come, ad esempio, le relazioni tra le istituzioni della giunta andalusa e gli enti locali, la determinazione delle competenze proprie dei Municipi e il regime dei beni pubblici.

I rapporti istituzionali, quindi, si realizzano alla luce dell'art. 89, in materia di struttura territoriale, in una logica di coordinamento, collaborazione e rispetto dei rispettivi ambiti competenziali, alla luce della legislazione basica e soprattutto della Carta europea delle autonomie locali adottata dal Consiglio d'Europa nel 1985, i cui principi di sussidiarietà, collaborazione, autonomia finanziaria etc. sono trasfusi in ambito statutario¹³.

Lo statuto garantisce, viepiù, un nucleo competenziale proprio del Municipio subordinato solo al controllo di costituzionalità e di legalità, anche se non si ha alcun riferimento o richiamo al conflitto in difesa dell'autonomia locale, istituto di per sé alquanto interessante sebbene controverso.

Il catalogo delle materie o competenze fissato dall'art. 92 non è, tra l'altro, di per sé chiuso, ma può essere oggetto di trasferimento e delegazione da parte della stessa Comunità.

¹² Sull'impatto del diritto europeo e sul rapporto principi-U.E. cfr. A. RODRIGUEZ, Integración europea y derechos fundamentales, Madrid, 2001

¹³ Sulla Carta v. J. M. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, La Carta Europea de la Autonomía Local, in Actualidad administrativa, 1997, 911 e segg.

L'art. 96 dello Statuto, poi, prevede il ruolo e le funzioni delle Province, entità locali intermedie con una funzione principale di coordinamento locale; l'art. 97, invece, si sofferma sulle *Comarcas*, intese come raggruppamenti omogenei di municipi vicini inseriti nella stessa Provincia.

Tra Municipi, Province e *Comarcas*, un ruolo preponderante assumono sicuramente i Municipi, entità territoriali di base ed endemiche della struttura territoriale andalusa, laddove invece le Province e le *Comarcas* assumono, indubbiamente, un ruolo virtuale se non proprio conflittuale con le stesse *Comunidades*, nella scelta di una realtà istituzionale intermedia tra lo Stato e il Municipio.

In conclusione, se da un lato siamo in presenza di una riforma statutaria di spessore sul piano delle competenze delle Comunità autonome, dall'altro appare ancora minore il tono municipalista della riforma stessa, considerato il ruolo invasivo sia della legge statale sia di quella della singola Comunità di appartenenza, che non possono assolutamente essere scalfite dal mero riconoscimento di una autonomia competenziale in favore delle entità locali.

In questa direzione, è auspicabile un maggiore coordinamento ovvero sia una riforma della legge di base del regime locale che attribuisca competenze e poteri maggiori ed ulteriori alle *entidades locales* sia una migliore realizzazione degli obiettivi che sono alla base del conflitto in difesa delle autonomie locali¹⁴, istituto largamente sottovalutato nell'esperienza spagnola¹⁵ e nello stesso statuto, così come recentemente modificato.

¹⁴ Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *El recurso de amparo constitucional*, in *La Justicia Constitucional en España*, Madrid, 1995; M. DOLORES CABELLO FERNANDEZ, *El conflicto en defensa de la autonomía local*, Madrid, 2003.

¹⁵ G. DI GENIO, *Il conflitto in difesa dell'autonomia locale: il caso Ceuta come "primera ocasión"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV/2008, Torino, 1649 e segg.



Finlandia. Approvata la legge di revisione costituzionale

di Cristina Fasone

Il 14 ottobre 2011 il Parlamento monocamerale finlandese ha approvato una legge di revisione costituzionale (n. 1112/2011) con 118 voti favorevoli, 40 contrari e un'astensione (e 40 assenti). Si tratta della seconda deliberazione parlamentare, per la quale si richiede la maggioranza dei due terzi, dopo la prima di aprile 2011, avvenuta a maggioranza assoluta e a cui ha fatto seguito lo scioglimento del Parlamento e lo svolgimento di nuove elezioni, come previsto in Costituzione. La legge di revisione costituzionale entrerà in vigore il 1 marzo 2012, dopo le elezioni presidenziali.

Tra le principali novità introdotte dalla modifica della Costituzione, si può segnalare innanzitutto il riequilibrio operato nell'ambito della forma di governo, finora considerata di tipo semipresidenziale. In particolare, ci si è orientati per un rafforzamento della posizione del Primo Ministro a scapito del Capo dello Stato. Sebbene quest'ultimo mantenga inalterate le sue prerogative nell'ambito della politica estera, tuttavia è il Primo Ministro che interviene direttamente nell'ambito dell'Unione europea. A titolo esemplificativo, infatti, si può evidenziare come, in base al testo della Costituzione riformato, la Finlandia d'ora in avanti non sarà più rappresentata nell'ambito del Consiglio europeo dal Presidente, bensì dal Primo Ministro (potendo, in limitate ipotesi, essere rappresentata da entrambi).

In caso di contrasti insanabili tra Capo dello Stato e Primo Ministro, in particolare sulla conclusione e ratifica di accordi internazionali, la decisione sarà rimessa ad un voto del Parlamento.

Quanto alla conduzione della politica nazionale, mentre risulta confermata l'attribuzione al Capo dello Stato del potere di veto sulle leggi approvate dal Parlamento, egli viene però privato del potere di autorizzare la presentazione dei disegni di legge del Governo, vale a dire che viene meno il suo potere di controllo sui contenuti delle iniziative legislative governative. La capacità del Presidente di incidere sull'operato del Governo è limitata anche dal venir meno del suo potere di nomina dei segretari generali dei diversi Ministeri, potere che gli veniva finora garantito.

Infine, sono da segnalare anche due ulteriori novità. La prima concerne l'introduzione del diritto di iniziativa legislativa dei cittadini, a patto che la proposta di legge sia sottoscritta da almeno 50.000 elettori. La seconda riguarda invece l'introduzione di una "clausola europea" in Costituzione, direttamente all'art. 1, in cui si riconosce l'appartenenza della Finlandia all'Unione europea, precisando di seguito anche le modalità attraverso cui le diverse istituzioni nazionali prendono parte al processo decisionale europeo.



Serbia. Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi

di Jelena Jovičić

La riforma della pubblica amministrazione (P.A.) è di particolare importanza per la Repubblica serba, Paese determinato a diventare membro a pieno titolo dell'Unione europea.

Lo sviluppo della P.A. serba è stato influenzato dalle tradizioni giuridiche dei suoi vicini europei, in particolare Austria, Germania e Francia. Tuttavia, il fattore che ha inciso in modo più significativo e duraturo in questo campo è costituito dall'eredità del governo socialista della ex Jugoslavia. Durante tale esperienza, infatti, l'amministrazione è stata informata al modello teorico del governo autoritario.

Dopo la caduta del regime di Milošević nell'ottobre del 2000, il nuovo governo ha cercato di ridefinire in senso democratico il modello di P.A., con l'introduzione di apposite riforme.

Alla fine del 2004 il Parlamento serbo ha stabilito la Strategia nazionale per la riforma della P.A. in cui, tra l'altro, afferma che nell'ambito dell'amministrazione ci sono «principi che devono essere rispettati», nel senso che l'amministrazione è un servizio pubblico rivolto ai cittadini e non uno strumento di governo. Secondo la Strategia: «La riforma della P.A. in Serbia si deve basare sui principi generali dell'European Administrative Space, sulla good governance e sull'open government»

(Governo della Repubblica Serbia, La Strategia per la riforma della pubblica amministrazione, reperibile all'indirizzo internet www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678).

Osservando i processi di riforma in corso anche in altri Paesi, si possono cogliere alcune linee comuni, espressione di un cambiamento della relazione tra la P.A. e i cittadini, che deve caratterizzarsi per una maggiore apertura e trasparenza, garantite principalmente attraverso il diritto d'accesso ai documenti amministrativi. Il riconoscimento e il rispetto di questo diritto è particolarmente importante nei Paesi in transizione, quale è la Serbia, dove il concetto di *good governance* deve ancora diventare parte del processo democratico.

L'art. 51.2 della Costituzione della Repubblica serba riconosce il diritto d'accesso ai documenti amministrativi nel novero dei diritti umani e le libertà fondamentali e stabilisce che tutti i cittadini possano esercitarlo in conformità alla legge.

Nel 2004, il Parlamento serbo ha approvato, per la prima volta, una legge sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi (Legge sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi, in Gazzetta ufficiale della Repubblica Serbia, n. 120/2004, v. anche per le successive modifiche nn. 54/2007, 104/2009, 36/2010). Si tratta del testo fondamentale che regola le condizioni, le procedure e le competenze degli organi statali in materia di accesso ai documenti amministrativi. La legge riconosce, all'art. 6, sulla base del principio di uguaglianza, il diritto di accesso a tutti senza distinzione di cittadinanza, residenza, domicilio o caratteristiche personali quali razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o sesso.

“Il documento amministrativo”, così come previsto dalla legge (art. 2), è un documento prodotto dalla P.A., che deve essere messo a disposizione di quanti hanno un legittimo interesse a conoscerlo. La P.A., secondo legge, ha l'obbligo di informare il richiedente immediatamente, o al più tardi entro 15 giorni dal giorno di ricevimento della richiesta, sul possesso del documento, nonché di porlo in visione o di rilasciare/inviare una copia dello stesso. Nel caso in cui la P.A. si rifiuti, in tutto o in parte, di provvedere, la stessa deve rendere nota la decisione e motivarla. Il

richiedente può presentare ricorso al Commissario per i documenti amministrativi (autorità indipendente di cui si dirà a breve), entro quindici giorni (art. 22).

I dati statistici rilevati nel 2011 indicano che la maggiore percentuale di soddisfacimento delle richieste si realizza quando le stesse provengono dai media, seguite dalle richieste provenienti da organizzazioni non governative, partiti politici e, solo alla fine, da cittadini (Rapporto del 2011 sull'applicazione della Legge sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi e della Legge sulla privacy, p. 14, disponibile sul sito www.poverenik.rs/index.php/sr/doc/izvestaji.html). Questi dati indicano che la P.A. ha più “timore” dei media, mentre è ancora carente la risposta alle richieste dei cittadini quando si tratta d'accesso ai documenti.

Con l'obiettivo di assicurare un effettivo esercizio del diritto d'accesso ai documenti amministrativi, la legge del 2004 ha introdotto l'istituto del Commissario per i documenti amministrativi. Questa novità è in linea con la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa Rec. (2002) 2 (Recommendation Rec. (2002)2 of the Committee of Ministers to Member States on access to official documents, 21-2-2002, reperibile nel sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo internet www.coe.int) sull'istituzione di un'autorità indipendente in questo settore (principio 9). Il Commissario è eletto dal Parlamento a maggioranza semplice, per un periodo di sette anni. Il rinnovo del mandato è ammesso per una volta sola. Nell'esercizio delle sue competenze, come accennato, il Commissario è autonomo e indipendente. Le sue attribuzioni riguardano, tra altro, la decisione dei ricorsi per i casi in cui la P.A. si rifiuti di provvedere, nonché una serie di altri adempimenti finalizzati ad assicurare un'efficace applicazione della legge sul diritto di accesso ai documenti amministrativi: far conoscere ai cittadini i relativi contenuti; informare i cittadini e il Parlamento della sua attuazione; formare i dipendenti della P.A. al fine di far conoscere loro gli obblighi che la stessa impone.

Dal gennaio 2009, con l'entrata in vigore della nuova legge sulla privacy (Legge sulla privacy, in Gazzetta ufficiale della Repubblica serba, nn. 97/08 e 104/09), il Commissario ha competenze anche in questo settore e ha assunto il titolo di Commissario per i documenti amministrativi e la privacy. La sovrapposizione di competenze del Commissario induce ad interrogarsi sulla sussistenza di un conflitto di interessi (interesse all'accesso vs interesse alla privacy). Si può segnalare che il

duplice ruolo del Commissario esiste anche in Germania, Ungheria, Slovenia e Regno Unito. Anche in questi Paesi la questione è dibattuta, in quanto è dubbio che tale duplice ruolo sia adeguato per tutelare gli interessi protetti dalla legge sulla privacy, da un lato, e l'accesso ai documenti amministrativi, dall'altro. Ad ogni modo non esiste alcuna indicazione che tale soluzione sia incompatibile con le norme europee o internazionali (ad esempio la Direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati). La legge sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 32) garantisce poi la piena indipendenza al Commissario eletto dal Parlamento.

Il fatto che nel 2011 ben il 62,76 % delle richieste d'accesso ai documenti amministrativi siano pervenute dai cittadini mostra come sia presente un concreto interesse ad esercitare tale diritto (Rapporto del 2011 sull'applicazione della Legge sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi e della Legge sulla privacy, cit., p. 13). Quanto all'oggetto, le richieste dei cittadini sono rivolte soprattutto ad ottenere informazioni sugli appalti pubblici, sulle privatizzazioni, sul funzionamento del governo locale, sui finanziamenti ai partiti politici ecc. Un cittadino, attraverso l'esercizio del diritto d'accesso ai documenti amministrativi, ha contribuito all'accertamento di una delle più grandi truffe avvenute negli ultimi dieci anni in Serbia: il caso dei fondi pubblici delle "Strade della Serbia" (Putevi Srbije) (cfr. Applicazione della Legge sull'accesso ai documenti amministrativi - Rapporto sul monitoraggio, Fond za otvoreno društvo, Belgrado, 2006, 9).

Tuttavia, riguardo alle modalità operative dell'accesso ai documenti, rimangono aperti alcuni problemi. In primo luogo, il notevole numero di casi di "silenzio della pubblica amministrazione". Nel 2011, infatti, nel 94,4% dei casi gli interessati hanno dovuto presentare ricorso al Commissario perché le loro richieste di accesso sono state ignorate (Rapporto del 2011 sull'applicazione della Legge sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi e della Legge sulla privacy, cit., p. 14).

In secondo luogo, va segnalato che il motivo più comune di rifiuto d'accesso ai documenti amministrativi fa riferimento alla privacy e alla segretezza dei documenti. Il problema evoca ancora una volta il conflitto tra la legge sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi e le altre leggi che tutelano la privacy dei soggetti, che sarebbe lesa dall'accesso ai documenti. L'assenza di adeguate discipline di settore

lascia il conflitto irrisolto: la legge sulla polizia e la legge sulla procedura fiscale sono tra quelle che automaticamente negano l'accesso alle informazioni, anche se esistono tutti i requisiti per ottenerlo ai sensi della legge sull'accesso ai documenti amministrativi. Del resto anche i provvedimenti normativi approvati dopo l'entrata in vigore della legge sull'accesso ai documenti amministrativi non hanno tenuto conto del fatto che quest'ultima legge è *lex specialis* (Rapporto del 2011 sull'applicazione della Legge sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi e della Legge sulla privacy, cit., p. 8). Una simile qualificazione, tra l'altro, sembra trovare conferma anche in alcuni documenti internazionali (v., ad esempio, l'affermazione secondo cui «the access to information law should, to the extent of any inconsistency, prevail over other legislation», presente nella la Joint Declaration by the UN Special Rapportuer on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, December 2004, reperibile all'indirizzo internet www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/9A56F80984C8BD5EC1256F6B005C47F0?opendocument).

L'efficace applicazione della legge sull'accesso ai documenti amministrativi richiede urgentemente l'adozione di una nuova legge sulla privacy. Infatti, l'attuale legge sulla privacy non è armonizzata con l'*acquis communautaire*. In Serbia esiste ancora un gran numero di documenti che sono coperti dal segreto di Stato. La Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa prima ricordata, del resto, sottolinea che deve essere evitato che la riservatezza del documento impedisca automaticamente l'accesso allo stesso anche in futuro.

Alla luce dell'analisi appena svolta appare evidente come i cambiamenti politici successivi al 2000 e la prospettiva dell'adesione all'Unione europea abbiano condizionato l'introduzione del diritto d'accesso ai documenti amministrativi in Serbia.

La Commissione europea verifica periodicamente i risultati conseguiti nel campo della riforma della P.A., sia sul piano normativo che sul piano della realizzazione degli obiettivi prefissati. Nell'ultima verifica effettuata (Serbia Country Progress Report 2010, reperibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/enlargement/press_corner/key-

[documents/reports_nov_2010_en.htm](#)), la Commissione europea ha esaminato anche il livello degli standard raggiunti in materia d'accesso ai documenti amministrativi. A tal proposito, ha apprezzato alcuni progressi per quanto riguarda il meccanismo di controllo del Commissario per i documenti amministrativi e la privacy. Nello stesso tempo, ha rilevato come la Serbia non abbia aumentato il numero del personale dell'ufficio del Commissario. Inoltre, la Commissione europea ha giudicato, in generale, lenti i progressi nel campo della riforma della P.A.

In conclusione, la Repubblica serba, con l'approvazione della legge sull'accesso ai documenti amministrativi, nel 2004, ha soddisfatto soltanto una delle condizioni previste per l'adesione all'Unione europea.

Su un piano più generale, può notarsi come si riscontri spesso nelle transizioni costituzionali una mancata corrispondenza fra quanto stabiliscono i documenti ufficiali ed il livello di coscienza sociale necessario ad assicurarne l'attuazione. Di questa difficoltà dovrebbero tener conto gli organismi che hanno il compito di monitorare i processi di trasformazione e che dovrebbero sempre avere profonda conoscenza delle realtà sociali in cui le nuove normative dovranno essere applicate.



La sentenza Moulin della Corte europea dei diritti dell'uomo e la discussa posizione del pubblico ministero nel sistema francese

di Maddalena Neglia

1. – «L'année qui vient de s'achever a été marquée par tant de bouleversements engendrés par des jurisprudences, nationales ou européennes, parfois contradictoires entre elles dans le même ordre juridictionnel, posant la problématique de la place des magistrats du ministère public [...]».

Così ha esordito il 9 gennaio 2012, nel suo primo discorso all'apertura dell'anno giudiziario, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione francese Jean Claude Marin (il testo è reperibile all'indirizzo internet www.courdecassation.fr).

La necessità di una riforma dell'organizzazione e dello statuto del pubblico ministero francese è, tuttavia, già da tempo al centro del dibattito giuridico e politico in Francia, dibattito che si è arricchito, come riferisce lo stesso Marin, di nuovi spunti a partire dall'autunno 2010.

Il 23 novembre 2010, infatti, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha pronunciato – nel caso *Moulin c. France* – una sentenza destinata a fare clamore (Corte di Strasburgo, sent. 23-11-2010, *Moulin v. France*, req. n. 37104/06, reperibile nel sito della Corte all'indirizzo internet www.echr.coe.int). Il giudizio nasce dal ricorso promosso da un avvocato francese, la signora Moulin, la quale, arrestata con l'accusa di traffico di stupefacenti, ha sottoposto all'esame della Corte il controverso regime

della *garde à vue* (una sorta di misura precautelare paragonabile al nostro fermo). La Corte ha considerato tale regime in contrasto con le norme europee in materia di *procès équitable* ed in particolare con l'art. 5§3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui prevede che il soggetto arrestato o detenuto debba essere immediatamente tradotto davanti all'autorità giudiziaria. Va ricordato che la regolamentazione della *garde à vue* era già stata oggetto di pesanti contestazioni sia a livello nazionale che europeo, tanto che il *Conseil constitutionnel* si era già pronunciato su di essa dichiarandola incostituzionale con la decisione n. 2010-14/22 QPC del 30 luglio 2010, pur differendo gli effetti di tale decisione al luglio 2011, al fine di dare al legislatore il tempo per intervenire con una riforma dell'istituto (v. al riguardo la legge n. 2011-392 del 14-4-2011), che tuttavia continua a suscitare perplessità quanto alla sua conformità agli *standard* costituzionali ed europei (per un approfondimento sul tema vedi anche E. Mostacci, *Lost in Translation: The Penetration of the Principle of Equality of Arms into the French Law of Criminal Procedure*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011/IV). Nella sentenza prima ricordata, la Corte di Strasburgo prende dunque in considerazione la nozione di autorità giudiziaria, ai sensi della Cedu, e valuta – rispetto ad essa – la posizione del *parquet* francese, svolgendo delle considerazioni di particolare interesse. Per comprendere pienamente il dibattito attuale, tuttavia, è opportuno accennare, preliminarmente, alle ragioni storiche che hanno determinato lo statuto odierno del pubblico ministero francese.

2. – Intorno al XIII secolo, momento in cui si collocano le origini della figura, il pubblico ministero francese è il difensore degli interessi particolari del Re, anticipando così la stretta relazione con il potere esecutivo costituirà un suo carattere costante. In questi primi anni il *procureur* svolge un ruolo essenziale nella lotta tra l'autorità regia e quella ecclesiastica, che porterà alla sempre maggiore affermazione dei poteri della Corona (v. per un'accurata ricostruzione dell'origine del *parquet* francese M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Parigi, Plon, 1957, 5 ss.). Durante l'*Ancien Régime*, poi, si ritrovano le tracce di quella dualità di funzioni che ancora oggi è la caratteristica principale e specifica del *parquet* francese: i *procureurs* sono uomini del Re, ma allo stesso tempo difensori dell'interesse comune in quanto parte obbligatoria a fianco della vittima nel processo

penale che da fatto privato diviene espressione dell'azione pubblica. L'evoluzione post rivoluzionaria e la scomparsa dello Stato assoluto trasformano il pubblico ministero da difensore del Sovrano a difensore della Nazione (v. alcuni cenni in M. Rassat, *Procédure pénale*, Parigi, Ellipses, 2010, 178). Con l'avvento di Napoleone, infine, il pubblico ministero viene qualificato come agente del potere esecutivo: la disciplina dell'epoca, inoltre, configura un sistema carico di contraddizioni e un *parquet* costantemente diviso tra la difesa degli interessi del Governo e di quelli generali espressi dalla legge, interessi che non risultano sempre coincidenti.

Per altro aspetto, l'iniziale ruolo del *procureurs* come rappresentanti del Re ha fatto in modo che, sin dalle origini, la loro nomina fosse una prerogativa discrezionale del Sovrano.

Questo brevissimo *excursus* storico aiuta a comprendere le ragioni dell'attuale configurazione del pubblico ministero francese. L'ambigua posizione del *parquet*, infatti, permane negli anni ed è mantenuta anche dopo la nascita della V Repubblica, come emerge in particolare dall'ordinanza n. 58-1270 – adottata sulla base del Titolo VIII della Costituzione – che costituisce ancora oggi la fonte normativa principale per quanto riguarda lo statuto della magistratura. Inizialmente, l'art. 26 dell'ordinanza 58-1270 prevedeva che i magistrati *requirenti* fossero nominati dal Presidente della Repubblica senza alcun riferimento alla necessità di un parere del CSM, indispensabile invece per le nomine dei magistrati di *siège*. La revisione costituzionale del 1993, recependo un'intenzione già espressa da Mitterrand nel 1981, ha esteso la competenza del CSM anche ai magistrati *requirenti*, rispondendo così al bisogno di una maggiore indipendenza della giustizia emerso nel dibattito anche politico. Il nuovo art. 65 della Costituzione prevede, quindi, un parere semplice del CSM sulle nomine dei pubblici ministeri, ad eccezione di quelle del Procuratore generale presso la Corte di cassazione e dei Procuratori generali presso le Corti d'appello. Tuttavia, i dubbi sull'idoneità della riforma a rafforzare le garanzie dell'indipendenza del *parquet* sono consistenti, dato che il parere non vincolante del CSM può essere disatteso senza conseguenze dal Ministro della giustizia. In effetti, negli anni successivi, i rapporti annuali del CSM rilevano con preoccupazione un aumento della pratica di “*passer outre*” da parte del Ministro della giustizia rispetto ai pareri espressi sulle nomine del *parquet*, e mettono in evidenza l'anomalia di tale

situazione nell'ottica del bilanciamento dei poteri dello Stato (i rapporti del CSM sono reperibili sul relativo sito all'indirizzo internet www.conseil-superieur-magistrature.fr). La questione delle nomine del *parquet* è stata ripresa anche dal *Comité* Balladur incaricato, nel 2007, di preparare il progetto per una nuova revisione della Costituzione (i documenti sono reperibili all'indirizzo internet www.conseilconstitutionnel.fr). La soluzione alla fine adottata si limita ad estendere il parere semplice del CSM a tutti i magistrati requirenti, anche dunque ai Procuratori generali presso la Corte di cassazione e le Corti di appello, senza cambiarne, tuttavia, la natura non vincolante (per una ricostruzione del dibattito su questo aspetto si rinvia al rapporto n. 892 presentato il 15-5-2008 all'Assemblea nazionale da J.L. Warsmann a nome della Commissione delle leggi costituzionali relativo al *Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République*, reperibile all'indirizzo internet www.assemblee-nationale.fr; v. anche L. Montanari, T.S. Renoux, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura in Francia alla luce della riforma costituzionale del 2008*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, IV). La riforma del 2008 perciò viene percepita da molti come un'occasione mancata per introdurre un parere conforme del CSM sulle nomine del *parquet*, come da tempo veniva suggerito (v. per questo aspetto la proposta della Commissione Truche istituita nel 2000 dal Presidente Chirac: *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, présidée par Pierre Truche*, 1997, reperibile all'indirizzo internet www.ladocumentationfrancaise.fr). La questione delle nomine dei pubblici ministeri costituisce ancora un punto aperto nel sistema giudiziario francese, sul quale la sentenza della Corte di Strasburgo, prima citata, non ha mancato di esprimere un'opinione precisa.

Ma non è solo la modalità di nomina dei pubblici ministeri a suscitare perplessità a livello nazionale ed europeo. Un secondo aspetto dello statuto del pubblico ministero francese che ha dato luogo a forti critiche è costituito dalla possibilità, per il Ministro della giustizia, di intervenire sull'operato dei *procureurs* attraverso delle istruzioni sia generali che particolari. In tal senso dispone l'art. 5 della *ordonnance* n. 58-1270, dal quale si evince inoltre che i magistrati del *parquet* non godono, alla stregua dei colleghi del *siège*, del beneficio dell'inalienabilità (si fa qui riferimento alla nozione di inalienabilità in senso stretto, per come essa è definita sia dall'art. 4, c. 1 e 2 dell'*Ordonnance* 58-1270, che specificano il termine *inalienables* contenuto nell'art. 64 della Costituzione, sia dalla giurisprudenza del *Conseil*

constitutionnel. Per inamovibilità, dunque, si intende il principio per cui «le magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle, même en avancement»). Il legislatore costituente aveva infatti ritenuto sufficientemente garantita l'indipendenza del pubblico ministero dalla libertà di parola in udienza, principio fondamentale nella disciplina dei *parquetiers* francesi, ben sintetizzato dal celebre adagio “*la plume est servie mais la parole est libre*”, trasfuso poi nell'art. 5, c. 2, dell'ordinanza n. 58-1270 (la Cassazione lo considera addirittura un principio di rango costituzionale, v. Cass. crim., sent. 19-11-1981, n. 81-94848, commentata in F. Luchaire, G. Conac, J. Pretot, *La Constitution de la République française, analyse et commentaires*, 3 ed., Marseille, Economica, 2009, 1507). Tuttavia molti sostengono che la mancanza di inamovibilità dei *procureurs* vanifichi di fatto la libertà di parola in udienza.

Le istruzioni generali e particolari sono disciplinate in maniera più dettagliata dagli artt. 30 e 33 del codice di procedura penale. Le seconde, soprattutto, hanno destato e destano forti critiche nei confronti del sistema giudiziario francese, accusato di scarsa indipendenza degli organi giudiziari, poiché rendono possibile e lecito, per il Ministro della giustizia, intervenire nel corso di un singolo *affaire* indicando alla magistratura requirente la direzione da intraprendere. Nel tempo sono stati adottati dei correttivi per rendere questa pratica meno arbitraria, le istruzioni devono infatti essere impartite per iscritto e devono essere conservate nel dossier del processo. È evidente tuttavia come, soprattutto nei casi di inchieste che toccano il mondo politico, tale intervento possa risultare fortemente problematico, tenuto conto che nel sistema francese l'esercizio dell'azione penale non è obbligatorio (anche se la discrezionalità dei pubblici ministeri non è assoluta).

3. – Tornando alla decisione della Corte di Strasburgo, le perplessità dei giudici europei sullo statuto del pubblico ministero in Francia, come già anticipato, riguardano la sua appartenenza all'autorità giudiziaria. Nel sistema francese, così come in quello italiano, il concetto di autorità giudiziaria ha suscitato diverse difficoltà interpretative, in particolare – per quello che qui interessa – in relazione alla possibilità di ricomprendervi i magistrati del *parquet*. Il *Conseil constitutionnel*, inizialmente, aveva dato un'interpretazione piuttosto restrittiva alla locuzione

“*autorité judiciaire*” contenuta nell’art. 66, c. 1 della Costituzione, ritenendo che i pubblici ministeri non possedessero le caratteristiche di indipendenza necessarie a qualificarli come autorità giudiziaria ai sensi della Costituzione. Tale interpretazione, tuttavia, è cambiata in maniera sostanziale a partire dalle decisioni n. 93-323 DC e 93-326 DC, nella seconda delle quali, in particolare, il *Conseil* afferma che «l’*autorité judiciaire* comprends à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet» (il riferimento è alle decisioni rispettivamente n. 93-323 DC del 5-8-1993 e n. 93-326 DC dell’11-8-1993, reperibili all’indirizzo internet www.conseilconstitutionnel.fr). Il giudice costituzionale ribadisce in questo modo l’unità della magistratura, ma nello stesso tempo pone la questione di una piena assimilazione tra la magistratura giudicante, completamente indipendente, e quella requirente, subordinata al potere esecutivo, che però, in qualità di autorità giudiziaria, sarebbe legittimata a prendere decisioni in materia di libertà personale. Vi è pertanto chi ha sostenuto che nonostante l’assimilazione sostanziale operata dal *Conseil* permanga comunque una distinzione funzionale tra magistrati del *siège* e del *parquet* (v., ad esempio, T. Renoux, nella nota alla dec. n. 95-360 DC, in *Rev. fr. dr. const.*, 1995, 409).

Nella sentenza *Moulin*, prima ricordata, la Corte di Strasburgo interviene nuovamente per precisare il concetto europeo di autorità giudiziaria ai sensi dell’art. 5§3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, già delineato nella giurisprudenza precedente. In particolare, viene confermata la posizione assunta, qualche anno prima, sempre dalla prima camera, nel caso *Medvedev*, secondo cui il pubblico ministero francese non può essere considerato autorità giudiziaria nel senso che questa locuzione ha nella giurisprudenza europea e la ragione principale di tale esclusione è da ricercarsi proprio nella mancanza di indipendenza rispetto al potere esecutivo (cfr. Corte di Strasburgo, sent. 10-7-2008, *Medvedev e altri c. Francia*, req. n. 3394/03; in particolare al p.to 61 si legge che «force est ce pendant de constater que le procureur de la République n’est pas une autorité judiciaire au sens que la jurisprudence donne à cette notion: comme le soulignent les requérants, il lui manque en particulier l’indépendance à l’égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié»). Nel motivare tale affermazione la Corte richiama la sua costante giurisprudenza, che considera l’autorità giudiziaria necessariamente indipendente dagli altri poteri dello Stato. Si può segnalare, tra l’altro, che, la posizione europea sul pubblico ministero è stata espressa chiaramente anche nella Raccomandazione

(2000)19, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 6 ottobre 2000, dalla quale emerge la necessità di uniformare i modelli organizzativi della magistratura requirente degli Stati membri, limitando le influenze del potere esecutivo su di essa (v. Racc. (2000)19, p.ti 24-25, reperibile all'indirizzo internet www.coe.int).

La prima decisione sul caso *Medvedev* era stata tuttavia offuscata dal successivo intervento della *Grande Chambre* del 29 marzo 2010 che, pur insistendo sulla necessità di indipendenza del pubblico ministero, non aveva ribadito le contestazioni sull'appartenenza del *parquet* francese all'autorità giudiziaria. Molti hanno ritenuto che la sentenza della *Grand Chambre* fosse una forma di “mediazione”, frutto di una deliberata volontà di evitare di prendere una posizione che potesse influenzare il dibattito in corso in Francia sulla riforma della procedura penale, che proprio nei mesi di marzo e aprile del 2010 era particolarmente acceso. I commenti pubblicati sulla stampa quotidiana evidenziano questa correlazione, mettendo in luce come la Corte europea, pur evitando una condanna esplicita della Francia, avesse fatto capire di seguire con attenzione gli sviluppi della legislazione interna sul fronte giustizia (nell'editoriale di *Le Monde* del 31-3-2010 – significativamente intitolato *Parquet subordonné, justice niée* –, ad esempio, si legge che «plus que jamais le projet de réforme de la procédure pénale cher à Nicolas Sarkozy est sous la surveillance de la Cour»; v. anche L. De Charrette, *La CEDH ne remet pas en cause lo statut du Parquet*, in *Le Figaro*, 30-03-2010).

Si tratta, infatti, di una sostanziale “astensione”, che ha dato luogo a interpretazioni contrastanti. Il Governo francese ne ha dedotto che «la CEDH dans sa décision ne remet pas en cause le statut du parquet français. Cela met fin aux interprétations que certains ont voulu donner depuis le premier arrêt de la Cour» (così nella ricostruzione di L. De Charrette, *La CEDH ne remet pas en cause le statut du Parquet*, cit.). Altri, all'opposto, hanno visto in questa pronuncia una prima, timida apertura della Corte verso una condanna della Francia che, se confermata da sentenze successive, avrebbe imposto una sostanziale revisione dello statuto del pubblico ministero per evitare sistematiche censure da parte dei giudici di Strasburgo.

Va segnalato che a livello nazionale l'appartenenza del *parquet* all'autorità giudiziaria è stata ribadita dal giudice costituzionale francese nella già citata decisione 2010-14/22 QPC sulla conformità alla Costituzione del regime di *garde à vue*. Il *Conseil* sembra dunque non tenere conto delle osservazioni fatte dalla Corte di Strasburgo sul punto nella sentenza *Medvedev* del luglio 2008.

Nella successiva sentenza *Moulin* del novembre 2010, invece, la Corte europea dei diritti dell'uomo, sebbene dichiara di non volersi inserire nel dibattito interno riguardante il rapporto tra Esecutivo e *parquet*, afferma esplicitamente che il pubblico ministero francese non offre le garanzie tipiche dell'autorità giudiziaria, per come quest'ultima figura è definita dalla giurisprudenza europea, proprio a causa del suo legame con il potere esecutivo. Può essere opportuno richiamare integralmente le parole della Corte su questo punto: «La Cour n'ignore pas que le lien de dépendance effective entre le ministre de la Justice et le ministère public fait l'objet d'un débat au plan interne. Toutefois, il ne lui appartient pas de prendre position dans ce débat qui relève des autorités nationales: la Cour n'est en effet appelée à se prononcer que sous le seul angle des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, et des notions autonomes développées par sa jurisprudence au regard desdites dispositions. Dans ce cadre, la Cour considère que, du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat" au sens de l'article 5 § 3» (Corte di Strasburgo, sent. 23-11-2010, *Moulin v. France*, cit., p.to 57; v. per una prima analisi della sentenza S. Lavric, *Affaire Moulin contre France: le parquet dans la tourmente*, in *Actualité Dalloz*, 24-11-2010). Non possono dunque, nel caso di specie secondo la Corte, considerarsi rispettate le garanzie riguardanti l'autorità giudiziaria poste dall'art. 5§3 della Cedu.

La sentenza della Corte di Strasburgo ha avuto un'enorme eco mediatica in Francia e molti l'hanno definita una «sentenza storica» (così J. Saulnier, *La justice française sur le banc des accusés*, in *l'Express*, 11-10-2010) per quanto riguarda l'organizzazione della giustizia, che impone al Governo francese un ripensamento della riforma della procedura penale messa in cantiere nel gennaio 2008. Come, e in

quali termini, tale ripensamento verrà effettuato è la questione centrale del dibattito odierno.

4. – La decisione del giudice europeo si inserisce in un quadro interno già animato, reso ancora più acceso dalla proposta di riforma del codice di procedura penale avanzata dal Presidente Sarkozy nel 2008. Si tratta di un dibattito complesso che ruota attorno a diversi nodi problematici, il principale dei quali riguarda la disciplina della *garde à vue*, considerata lesiva – come già accennato – dei principi del “giusto processo”, nella misura in cui non consente un accesso immediato della persona privata della libertà alla difesa e all’autorità giudiziaria. La proposta di soppressione del giudice istruttore, pur sollecitata da più parti come segno di evoluzione del sistema verso un processo di tipo accusatorio, non ha mancato di suscitare vive critiche e perplessità, soprattutto perché non accompagnata da un ripensamento complessivo della fase di indagine (v., ad esempio, l’intervista a Eric Halphen, già giudice istruttore e oggi Presidente della Corte d’appello di Parigi, in K. Laske, *La démocratie a besoin de ce grain de sable*, in *Libération*, 7-1-2009).

Nel progetto di riforma, infatti, non è prevista una modifica dello statuto del *parquet* che resterebbe pertanto subordinato al potere esecutivo, anche se i suoi poteri verrebbero considerevolmente aumentati per far fronte alla ventilata soppressione del giudice istruttore. Se a fronte della soppressione del giudice istruttore, dunque, dovrebbe essere il pubblico ministero a divenire il “signore” delle indagini preliminari, la sua attuale condizione di dipendenza dal potere esecutivo potrebbe condurre, sul piano complessivo, ad una riduzione delle garanzie offerte dal sistema. In primo luogo in quanto eventuali sue iniziative personali, legittime in un sistema in cui l’esercizio dell’azione penale è facoltativo, potrebbero essere condizionate dal timore di ripercussioni sulla carriera. In secondo luogo perché si verrebbe a determinare una riduzione delle prerogative della difesa, dato che oggi spetta al giudice istruttore vigilare affinché l’avvocato della difesa abbia la possibilità di accedere al *dossier*. Vi è chi, in maniera polemica, ha qualificato l’ipotizzata soppressione del giudice istruttore come un attentato allo Stato di diritto e all’equilibrio delle istituzioni francesi. Il giudice istruttore rappresenta, infatti, la garanzia per il cittadino di una inchiesta sia *à charge* che *à decharge* della persona

sottoposta alle indagini. Il timore di molti, ben espresso dalle parole di Eva Joly – uno dei giudici istruttori divenuti celebri durante la stagione dei grandi scandali politico-finanziari, che si è poi candidata alle elezioni presidenziali del 2012 –, è quello che il Governo si appresti a “disarmare la giustizia” in un momento in cui si profila un’immensa responsabilità dei grandi attori del mercato economico riguardo alla crisi finanziaria. In termini più generali, la questione viene così espressa: «Pourquoi penser que la défense des libertés individuelles seraient, dans un affaire, mieux assurées par le parquet et la police qu’avec un juge d’instruction indépendant, contre lequel il existe de recours? Le juge est un personne identifiée, nommée par décret, après avis conforme du Conseil Superior de la magistrature (...) contrairement au policiers ou aux parquetiers qui peuvent être mutés, sont interchangeables et n’offrent pas une garantie de continuité» (i riferimenti all’intervento di Eva Joly sono tratti da K. Laske, *C’est un geste autocrate*, in *Libération*, 8-01-2009).

La riforma del codice di procedura penale non è stata approvata in via definitiva probabilmente proprio a causa delle critiche avanzate in ambito nazionale e, ancora di più, di quelle giunte dai giudici di Strasburgo. Il procedimento legislativo, fermo alla fase di concertazione con le parti sociali, infatti, ha subito dapprima forti rallentamenti rispetto alla tabella dei lavori inizialmente programmata e successivamente si è arrestato del tutto.

La difficoltà della riforma dello statuto del pubblico ministero è dovuta, in buona parte, alla dualità intrinseca delle funzioni che, come si è visto, il *parquet* svolge nel sistema giudiziario francese. Da un lato, infatti, egli è chiamato ad attuare la politica pubblica in campo penale, cosicché agisce come rappresentante dello Stato e non può prescindere dal controllo del potere esecutivo. Dall’altro, però, si pone come rappresentante dell’interesse pubblico e garante delle libertà individuali e, in quanto tale, non può essere dipendente dall’Esecutivo, come ha ricordato la Corte di Strasburgo nella già citata sentenza *Moulin*.

Si è parlato anche di una profonda crisi di identità del *parquet* francese, che secondo l’ex Procuratore generale presso la Cassazione, Jean Louis Nadal, prende le mosse da due elementi strutturali. In primo luogo, il potere per il Ministro della giustizia di fornire istruzioni sui singoli dossier (*instructions individuelles*). In secondo

luogo, il potere di “gestione”, da parte dello stesso Ministro, della carriera dei magistrati requirenti. Questi due elementi, combinati tra loro, gettano un pesante sospetto di mancanza di imparzialità nell’azione del pubblico ministero (così in AAVV, *Quel avenir pour le ministère public*, Parigi, Dalloz, 2008). La condizione perché il principio di imparzialità del *parquet* possa trovare realizzazione altra non è che l’indipendenza: «sans indépendance pas d’impartialité et sans impartialité pas de justice» (così ancora Jean Louis Nadal nel discorso di apertura dell’anno giudiziario, 8-1-2007, reperibile all’indirizzo internet www.courdecassation.fr).

5. – Negli anni sono state diverse le proposte di modifica dello statuto del *parquet* francese per mettere fine a questa situazione di ambiguità e conciliare la funzione politica e quella giudiziaria. Nel 2009 Mireille Delmas Marty ha riproposto la sua ipotesi di una procedura “contraddittoria” che combini in sé gli elementi del sistema accusatorio e di quello inquisitorio e preveda la creazione, in maniera analoga a quanto è stato fatto per la Corte penale internazionale, di un procuratore indipendente e di una *chambre préliminaire* che ne controlli l’operato, assicurando così il rispetto dei diritti delle vittime e della difesa (la proposta è stata recentemente ribadita nel corso di un’intervista al quotidiano *Le Monde*: A. Salles, *Mireille Delmas-Marty: «garantir l’indépendance du parquet»*, in *Le Monde*, 7-01-2009).

Una seconda soluzione, prospettata già nel corso dei dibattiti parlamentari per la riforma costituzionale del 1993, è quella di nominare un Procuratore generale della Nazione, responsabile davanti alle autorità giurisdizionali per quanto riguarda la sua funzione di magistrato e davanti al Parlamento per quanto riguarda il coordinamento della politica penale. Il suo potere di indirizzo dovrebbe esplicitarsi sulla base delle linee direttrici dettate dal Ministro della giustizia in accordo con il collegio dei procuratori generali; il Procuratore generale della Nazione dovrebbe anche presentare annualmente un rapporto e sottoporlo all’approvazione del Parlamento. Una soluzione di questo tipo avrebbe il merito, secondo i proponenti, di rendere più coerente e più partecipata la decisione politica relativa all’azione penale e di aumentare il controllo del Parlamento in materia. Thierry Renoux, ad esempio, sostiene che una tale soluzione introdurrebbe una maggiore responsabilità del *ministère public* di fronte al Parlamento, anche se non mancano i dubbi sulla reale

volontà del Governo di assicurare una maggiore responsabilità e una maggiore trasparenza per quanto riguarda la fase preliminare dell'inchiesta, soprattutto in materia finanziaria e fiscale (v. su questi aspetti T. Renoux, *L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public*, in AAVV, *Quel avenir pour le ministère public?*, cit.).

Questa proposta è stata ripresa anche da Jean Louis Nadal, il quale appoggia la creazione di un Procuratore generale della Nazione, visto come una personalità indipendente che avrebbe sia la responsabilità della politica di azione pubblica sia il potere di fornire istruzioni individuali. Si arriverebbe così al risultato di ottenere una politica penale facente capo ad un unico soggetto e dunque uniforme sul territorio (si può ricordare che una delle maggiori critiche che vengono rivolte oltralpe al sistema italiano è quella di non avere una politica penale omogenea) ed allo stesso tempo indipendente, senza che tale indipendenza significhi anche irresponsabilità.

Tale soluzione, per come prospettata, può apparire effettivamente estremamente opportuna, ma comunque pone numerosi interrogativi ai quali non è semplice dare una risposta e che costituiscono il motivo per cui non ha avuto il successo sperato in sede di riforma costituzionale. Ci si chiede, ad esempio, a chi spetterebbe il compito di nominare il Procuratore generale della Nazione, da chi esso dovrebbe trarre la sua legittimazione, se dal Presidente della Repubblica o da un organismo espressione del Parlamento o ancora da un Consiglio superiore della magistratura modificato. Infine, un ulteriore problema è rappresentato dai suoi rapporti con il Ministro della giustizia e con il Parlamento, non è chiaro infatti chi prevarrebbe in un eventuale conflitto tra l'eventuale Procuratore generale della Nazione ed il Procuratore generale presso la Cassazione. Le risposte a queste questioni sono certamente complesse e necessiterebbero di riforme costituzionali, ecco perché alcuni ritengono che, nonostante il fascino di questa ipotesi, essa ponga in realtà più problemi di quanti non ne risolva (tale critica è riportata da H. Nallet, *Quel ministère public dans la République? Réflexions sur les rapports entre le parquet et le pouvoir politique*, in AAVV, *Quel avenir pour le ministère public*, cit.). Si segnala tuttavia che questa soluzione sembra, per il momento, quella più praticabile ed è recentemente ricomparsa in una proposta di legge costituzionale attualmente in esame all'*Assemblée Nationale*, che prevede l'inserimento di un art. 65-1 nella Costituzione secondo cui la

nomina a Procuratore generale dovrebbe avvenire con decreto del Consiglio dei Ministri, su proposta del CSM, poi sottoposta all'approvazione delle Camere con una maggioranza rafforzata dei 3/5. Al nuovo Procuratore spetterebbe l'incarico di nominare i magistrati del *parquet* previo parere del CSM, l'esercizio dell'autorità gerarchica sui pubblici ministeri e la gestione della loro carriera (questo il contenuto principale della proposta di legge costituzionale n. 3930, presentata all'Assemblea nazionale il 10-11-2011 dai deputati Jean-Pierre Grand, Marc Bernier, Jean-Pierre Decol, Jacques Domergue, Jean Ueberschlag e Michel Zumkeller e attualmente all'esame della Commissione leggi costituzionali, consultabile all'indirizzo internet www.assembleenationale.fr).

Una riforma dell'istituto sembra in ogni caso inevitabile, lo ha segnalato l'ex Procuratore generale della Corte di cassazione, Jean Luis Nadal, che, nel suo ultimo discorso per l'apertura dell'anno giudiziario 2011 ha dichiarato in un celebre passaggio: «Il faudrait dire que le parquet est maintenant proche d'un état de coma dépassé» (discorso reperibile all'indirizzo internet www.courdecassation.fr).

Lo ha ribadito con forza anche il nuovo Procuratore generale presso la Corte di cassazione, Jean Claude Marin, il quale afferma anche che la riforma costituzionale del 2008, che ha esteso il parere semplice del CSM a tutte le nomine del *parquet*, pur rappresentando un avanzamento essenziale resta «orpheline d'une étape cardinale». Il suo discorso di apertura dell'anno giudiziario 2012, cui si è già fatto riferimento, esprime il malessere profondo che la categoria dei magistrati requiranti vive a causa della ambiguità statutaria. Può essere opportuno qui richiamare in parte alcuni passaggi essenziali: «Ce que nos magistrats du Parquet demandent, c'est simplement de bannir le doute insidieux qui pèse sur chacune de leurs décisions, prises tout en conscience, et de faire taire ce murmure insupportable qui consiste à nier leur qualité même de magistrat en remettant en cause leur serment, le même que celui des magistrats du siège, en instillant la mélodie du “Qui t'a fait roi?” Cela est injuste, inconséquent et absurde et nous connaissons tous le moyen d'y remédier». Una tale presa di posizione da parte del Procuratore generale non può che essere il sintomo di una profonda spinta al cambiamento interna alla magistratura stessa e lascia supporre che la riforma costituzionale non possa attendere ancora molto.



Recensione. Juan Carlos Gavara de Cara, *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*, Barcellona, Bosch, 2011, 189 pp.

di Sabrina Ragone

Il volume di Juan Carlos Gavara de Cara affronta una tematica poco frequente nella dottrina spagnola: la prospettiva oggettiva dei diritti fondamentali, alla luce della loro prassi applicativa. Se, infatti, grande attenzione viene spesso dedicata al secondo comma dell'art. 10 Cost., che impone un'interpretazione dei diritti conforme ai trattati internazionali in materia, si riscontrano meno studi sul primo comma, nel quale i costituenti hanno specificato le fondamenta dell'«ordine politico e della pace sociale»: la dignità; i diritti inviolabili; il libero sviluppo della personalità; il rispetto della legge e dei diritti altrui. L'Autore sceglie una prospettiva sistematica e valorizza l'unità della Costituzione nell'analisi dei principi dell'art. 10.1 Cost., con un approccio non ricostruttivo, bensì funzionale all'esame della loro applicazione concreta.

Il punto di partenza dell'indagine è che l'indeterminatezza del contenuto dei diritti si manifesta non solo con riguardo al loro carattere prescrittivo, ma anche alla loro portata strutturale e semantica. Ed è la giurisprudenza costituzionale lo strumento che sovente delimita il significato dei diversi diritti, in virtù della loro applicazione in casi concreti. L'opera esegetica dei giudici, tuttavia, non si inserisce

in un vuoto, dovendosi al contrario attenere al dettato costituzionale, con particolare riguardo a quei principi, previsti all'art. 10.1 della Costituzione spagnola, che irradiano il proprio significato su tutti i diritti. Al contempo, il legislatore è chiamato a specificare il contenuto normativo dei diritti, per ovviare al carattere «frammentario e parziale» della disciplina costituzionale.

Dal punto di vista metodologico, l'analisi si sviluppa in una prospettiva strettamente giuridica e mira a indagare le giustificazioni delle decisioni adottate per tracciare la portata dei diritti. Questi ultimi, infatti, non si configurano esclusivamente come rapporti giuridici soggettivi, perché assumono anche una connotazione oggettiva, declinata in due forme: da un lato, costituiscono un sistema di principi e valori che si riverbera su tutto l'ordinamento (proiezione esterna); dall'altro, consentono di delimitare, mediante l'interpretazione, la portata individuale di ciascuno di essi (proiezione interna).

L'Autore propone una chiara panoramica del contesto teorico di riferimento, con una serie di riflessioni circa la portata e la vincolatività dell'interpretazione costituzionale e il rapporto tra principi e regole. Partendo dal contributo della dottrina tedesca, ricostruisce magistralmente, in relazione all'oggetto dell'indagine, la concezione della Costituzione come ordine di valori di Smend e le critiche di Forsthoff, per giungere all'elaborazione di Häberle, in cui emerge una visione dei diritti come sistema unitario, il cui significato va inferito da tutto il testo costituzionale.

Nella parte successiva del volume si approfondisce la distinzione tra proiezione interna ed esterna della dimensione oggettiva. La prima implica, tra l'altro, l'applicabilità diretta, l'obbligatorietà per tutti i poteri pubblici e l'estensione a ogni branca del diritto; emerge qui la necessità di interpretare i diritti in base alle norme, ai principi e ai valori costituzionali e specialmente alla loro stessa connotazione come principi oggettivi. Gavara de Cara si concentra, quindi, sulla proiezione interna: a suo avviso, l'art. 10.1 Cost. specifica i principi da impiegare nell'interpretazione di ciascun diritto, sebbene non comporti la costituzionalizzazione di una costruzione dogmatica predeterminata. Di conseguenza, tale articolo assume un valore assiologico, fungendo così da criterio ermeneutico degli altri precetti costituzionali.

L'Autore analizza i diversi contenuti dell'art. 10.1 Cost., a partire dalla dignità umana, la quale rappresenta il primo concetto trasversale applicabile ai rapporti tra diritti e, al contempo, comporta un duplice obbligo per l'autorità pubblica, cioè l'astensione da attività pregiudizievoli e il dovere di promozione. Esclude che, nell'ordinamento spagnolo, la dignità stessa possa configurarsi come un diritto autonomo, potendosi invece impiegare come parametro nel controllo di costituzionalità o come norma tutelabile dinanzi alla giurisdizione ordinaria in quanto principio trasversale. Contesta le diverse declinazioni (esterna, contestuale, consensuale) del principio proposte dalla dottrina e opta per la valorizzazione della sua portata finalistica, la cui concreta esplicazione è indissolubilmente legata al caso concreto. Esamina, quindi, alcuni filoni della giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo, per concludere che la dignità può influire sull'interpretazione di norme generali e soprattutto di quelle relative ai diritti per colmare le lacune, sempre alla luce della realtà sociale di riferimento.

Il secondo blocco dell'indagine sui contenuti dell'art. 10.1 Cost. riguarda l'inviolabilità dei diritti e i suoi corollari, mentre il terzo concerne il principio del libero sviluppo della personalità, descritto come una libertà generale, separata da quelle specifiche (religiosa, ideologica, etc.). Su questo punto, Gavara de Cara fa tesoro dell'interpretazione della parallela clausola tedesca, con riferimento alla sua capacità di offrire protezione a beni privi di una tutela giuridica specifica («Auffanggrundrecht») e alla sua interdipendenza dall'esistenza di una sfera privata intangibile. Offre, inoltre, una serie di casi esemplificativi presenti nella giurisprudenza costituzionale spagnola in cui sembra esser stata *de facto* impiegata la «teoria delle sfere», a difesa del diritto di creare e portare avanti il proprio progetto di vita.

L'ultimo aspetto analizzato consiste nel rispetto dei diritti altrui, secondo una visione dicotomica: si esamina, da un lato, la risoluzione dei conflitti tra diritti e, dall'altro, la teoria dell'abuso di diritto, la quale postula un esercizio lecito iniziale che sconfina poi in una situazione illegittima. In merito a questo secondo profilo, l'Autore si sofferma sul rapporto tra la “traduzione” civilistica del principio e la norma costituzionale di partenza, in cui si rinviene una delle conseguenze di maggior rilievo della dimensione oggettiva.

Il risultato cui Gavara de Cara giunge nel volume è assai significativo: egli, infatti, dimostra l'importanza dei principi nell'interpretazione dei diritti, nei casi dubbi o nelle ipotesi di lacune (specie quando risulta fondamentale l'autonomia del titolare), in quanto essi consentono di individuare un ambito materiale comune al contenuto di tutti i diritti specifici. In una società complessa, in cui convivono necessariamente interessi diversi (i diritti individuali, il principio di maggioranza, una serie di beni essenziali per i consociati...), la soluzione dei conflitti tra di essi richiede l'utilizzo dei principi di cui all'art. 10.1 Cost., al fine di delimitare la dimensione oggettiva dei diritti. Diviene, quindi, essenziale il ruolo dei giudici (soprattutto costituzionali), protagonisti delle operazioni di bilanciamento, a meno che la scelta non sia stata dettata dal legislatore.

In conclusione, il libro che qui si recensisce propone un approccio estremamente interessante alla problematica dell'interpretazione dei diritti, che fa tesoro del contributo della dottrina tedesca, mostrando un quadro chiaro del ruolo esegetico dei principi nell'ordinamento spagnolo. Si tratta di una lettura snella, in cui la tesi di fondo viene sviluppata in maniera coerente e lineare, offrendo al lettore una ricostruzione precisa del tema, nonostante l'intrinseca sfuggevolezza del medesimo.