ANNO LXV - 1997 - 1998

STUDI URBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

NUOVA SERIE A - 50

ANNO LXV - 1997 - 1998

STUDI URBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

NUOVA SERIE A - 50

Direttore responsabile

CARLO BO

Comitato scientifico

ENRICO GABRIELLI, LUIGI MARI, LUCIO MONACO, GUSTABO PANSINI,
EDUARDO ROZO ACUÑA

Direttori

ENRICO GABRIELLI, EDUARDO ROZO ACUÑA

Segreteria e redazione:
Maria Moranti presso la Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Urbino – Via Giacomo Matteotti, 1 – 61029 Urbino
Tel. 0722303217 – Fax 07222955 – E-mail: mmoranti@bib.uniurb.it

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 195, n. 24

INDICE

PRESENTAZIONE 9

CARLOS BARRERA MARTINEZ, *El estado social de derecho, tratados internacionales y derecho interno colombiano* 11

ANDREA CASTALDO, *Insuficiencias normativas y propuestas de reforma del delito de la vado de dinero* 49

MARIA CLELIA CICIRIELLO, *L'adattamento dell'ordinamento interno alle fonti giuridiche internazionali di terzo grado: in particolare il rapporto tra ordinamento italiano ed ordinamento comunitario* 61

LANFRANCO FERRONI, *I princìpi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* 79

PIERO GUALTIERI, *Le associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato in un processo accusatorio* 105

GUSTAVO PANSINI, *Lo stato attuale del processo penale italiano: dalla illusione accusatoria al rimpianto inquisitorio* 117

EDUARDO ROZO ACUÑA, *Derecho internacional y derecho interno en las constituciones de America Latina* 129

CARLOS GABRIEL SALAZAR CÀCERES, *Derecho penal internacional* 121

LUCIANO ANGELINI, *L'ordinamento sindacale della Repubblica di San Marino* 243

ANTONIO BALDASSARRE, *Le proposte di riforma costituzionale della giustizia in italia* 305

MAURICE DUVERGER, *Il regime semipresidenziale francese* 321

ANNA MARIA GIOMARO, *L' ossimoro della giustizia: indagine romanistica ai confini del puro pensiero* 337

STVDI URBINATI

In questo numero di Studi Urbinati sono raccolte alcune delle relazioni presentate al Convegno Internazionale, che sul tema **Rapporti tra Diritto Interno e Diritto Internazionale** è stato organizzato dalle Facoltà di Giurisprudenza della Fundaciòn Universitarìa de Boyacà-Colombia e dell'Università degli Studi di Urbino nel mese di settembre del 1997. Tra le due Facoltà esiste un accordo accademico di collaborazione per la ricerca e la docenza nelle diverse aree del diritto nonché per lo scambio di esperienze, di docenti e studenti e sulle cui basi, dal 1995 in poi, tutti gli anni si svolge un Convegno su un tema giuridico scelto in comune.

Ma in questo numero appaino anche altre importanti relazioni.

Una, per esempio, del grande maestro Maurice Duverger, costituzionalista e politologo francese, del quale diverse generazioni di studenti di tutto il mondo, ma specialmente europei e latinoamericani, hanno imparato i principi fondamentali, le istituzioni ed il funzionamento delle democrazie di occidente. Il professore Duverger é venuto ad Urbino in maggio del 1997 per partecipare al Convegno Internazionale sui **Procedimenti di Revisione Costituzionale nel Diritto Comparato**, organizzato dall'Istituto di Relazioni e Comparazioni tra gli Ordinamenti, in quel momento diretto dal sottoscritto, e cogliendo l'occasione il maestro Duverger é stato invitato anche a tenere una conferenza sul semipresidenzialismo francese ai quaranta anni dalla sua instaurazione. E' stata una conferenza magistrale, come già abituati a riceverle dal maestro Duverger, e la sua trascrizione appare in questo numero di Studi Urbinati.

L'altra relazione é del professore ordinario di diritto costituzionale, Antonio Baldassare, Presidente Emerito della Corte Costituzionale d'Italia, amico carissimo dell'Ateneo urbinate, al quale abbiamo chiesto l'onore di tenere la relazione di chiusura e consegna di diplomi del corso estivo che, sul diritto comparato ed europeo, la Facoltà di Giurisprudenza di Urbino

organizza tutti gli anni da più di quaranta anni. La relazione è stata presentata con grande proprietà dal Prof. Baldassare nella sede dell'Istituto Italiano di Cultura a Parigi nel mese di aprile del 1998. Il suo contenuto comprende la migliore analisi del problema della riforma della giustizia sia nel suo contesto storico sia dal punto di vista politico ed istituzionale. Le conoscenze sul tema e l'esperienza di giudice costituzionale del collega Baldassarre ci offrono in questa relazione tutti gli elementi necessari per comprendere uno dei più complicati e multidimensionali problemi del paese e dalla cui soluzione sembra, ancora oggi, dipendere buona parte del presente e del futuro del sistema politico italiano.

Ad aprire e a chiudere questo "secondo ciclo" di studi si collocano due lavori che nascono dall'attività della Facoltà giuridica urbinate, l'uno, di Luciano Angelini, sul diritto del lavoro sammarinese, l'altro, di Anna Maria Giomaro, sul concetto di "iustitia"

E. R. A.

CARLOS BARRERA MARTINEZ[1].

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNO COLOMBIANO

[1] Abogado de la Universidad de Caldas, especializado en Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario; Politólogo, especializado en Ciencia Política en UNIBOYACA; especializado en Derecho Procesal en la Fundación Universitaria de Boyacá, Juez de la República y profesor universitario en la Universidad de Boyaca.

"El dia de America latina solo llegará cuando
se integre en una sona nacion".
Simón Bolívar

Introduccion.

En el mundo cambiante del cual somos actores, en el que ocurren hechos de gran relievancia, casi de manera permanente en nuestra vida cotidiana, de suyo significativos; por los que la sociedad global reinventa nuevas condiciones de índole económicas, sociales y jurídicas y a las cuales debe reacomodarse en los conocidos órdenes internacionales, trayendo con sigo repercusiones hacia los Estados que cohabitan en ese amplio espacio como actores de la vida internacional, para conformar esa nueva comunidad internacional; así que los Estados son quienes a su vez deben buscar hacia su interior reacomodar su modelo de Estado a tales exigencias impuestas y sin exigir mayor colaboración, cuando se trata de países económicamente débiles.

Así que esas nuevas condiciones surgidas casi siempre se concretan en procesos de negociación traducidas a normas jurídicas con las cuales se pretenden conciliar las aspiraciones de los Estados, de las personas jurídicas de derecho internacional en una sana y pacífica convivencia entre el derecho internacional, y relaciones internacionales y el derecho interno.

Entonces cuando pretendemos analizar conceptos como los de Estado Social de Derecho, Tratados Internacionales y derecho interno trae de hecho el exámen de conceptos que sean común denominador a tales figuras que imponga la vinculación del Estado con la comunidad internacional y su atadura con el derecho interno. Así que desde la perspectiva de los derechos humanos, tema de enlace pretendemos abordar el tema propuesto: ESTADO SOCIAL DE DERECHO, TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNO EN COLOMBIA.

La presencia de los Derechos Humanos, en la vida cotidiana ha trascendido los nuevos órdenes económicos desarrollados después de la

segunda guerra mundial han dado una nueva dimensión del hombre sin importar que éste se encuentre en un mundo de dependencia o en mundo de gran civilidad o de desarrollo, circunscrito en la odiosa discriminación entre primer mundo y países subdesarrollados o tercer mundo, quiza por eso con más auge la comunidad internacional reclama su desarrollo y observancia después de haber superado la confrontación este-oeste y los confines de la guerra fría.

Pero lo que se percibe en la práctica es que a pesar de esos esfuerzos por democratizar los derechos humanos nos encontramos con un Estado, cada vez más distante y menos participativo en la solución de los problemas cotidianos de sus asociados.

1. Estado social de derecho y derecho internacional.

Encontramos en la comunidad internacional la existencia de varios modelos de Estado, en los cuales se ve con mayor o menor grado el cumplimiento de normas elementales del ejercicio de la democracia y con ella el desarrollo de los derechos humanos.

Entonces se conocen los estados llamados: **particularistas** que son aquellos que ejecutan toda su actividad y ejercicio democrático en el manejo de conductas anómalas bajo una red de influencias que controlan las palancas del poder, la corrupción, los incentivos, los vínculos políticos, el dinero y toda suerte de corruptelas en el ejercicio de la democracia, como el clientelismo, el gamolanismo etc.; en cambio de lograr que su actividad se encamine al desarrollo de políticas programas y proyectos exclusivamente bajo el imperio del derecho en el cumplimiento de sus compromisos internacionales y en los pactos logrados bajo una premisa democrática con sus asociados a nivel interno. En este Estado Particularista, se ve con claridad que el desarrollo de los derechos humanos es escaso y nulo.

Y en el **Estado óptimo** se busca conseguir la construcción de una democracia en la cual se pueda concebir la noción de fraternidad y en donde la miseria, la exclusión social y la negación de los derechos humanos sean ajenos al desarrollo social de los asociados, ya que de persistir estas

exclusiones en esa sociedad no habrá fraternidad.

Hoy se discute como prioritario la posibilidad de una participación ciudadana en los asuntos del Estado, en el ejercicio democrático por los individuos del ejercicio de sus derechos civiles y políticos como también de los económicos y culturales, de los cuales son titulares dentro del marco de un estado de derecho.

El concepto Estado de Derecho comprende: gobierno por leyes, gobierno bajo la ley, de ahí surge el concepto de legitimación del cual emana el sistema de garantías[2].

El Estado de Derecho es uno de esos conceptos amplios y genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político: la idea se remonta a Platón y a Aristóteles, cuando hablan del gobierno de las leyes contrapuesto al gobierno de los hombres.

Entonces la noción de Estado de Derecho puede ser analizada históricamente cuando menos en tres momentos.

1°.- Inicialmente, la que surge como reacción contra el absolutismo regio, cuando se estructura un poder absoluto, plenario, omnímodo y soberano, a costa de los señores feudales, conjugado con el poder inmenso de la iglesia. En él el Soberano no está atado al derecho sino suelto o "absuelto" del imperio de éste, pues es aquel su fuente y razón de ser; el que lo hace y lo deshace, el que lo otorga y lo declara abolido, por su sola y suprema voluntad[3].

2°.- Después, la doctrina medieval del fundamento jurídico de la soberanía, es rebasada por el pensamiento liberal sobre los limites de la actividad del Estado y sobre el Estado mínimo, la doctrina iusnaturalista del respeto de las libertades fundamentales por parte del derecho positivo, el

---

[2] BOBBIO Norberto. ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD. Por una teoría General de la Política. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, ISBN 968-16-3142-6, Pág 130

[3] GAONA CRUZ Manuel. CONTROL Y REFORMA DE LA CONSTITUCION EN COLOMBIA. Tomo II. Ministerio de Justicia. Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1988, pág 8.

constitucionalismo inglés y estadounidense, el demoliberalismo sobre las libertades y la igualdad y luego la teoría jurídica del estado elaborada por los alemanes en el siglo pasado y posteriormente surge el normativismo kelsiano; denotan estas doctrinas que existe una subordinación a la ley cualquiera que sea su origen[4].

En esta fase se fortalece la noción kelsiana del Estado de Derecho, según el cual el Estado y el Derecho son un mismo fenómeno visto desde ángulos opuestos, en donde la actividad del Estado se traduce en la creación de normas jurídicas.

3°.- En tercera instancia, la que considera que el Estado de Derecho es aquel que aún cuando potencialmente es absoluto, crea límites a su actuación, se autolimita y lo define como la realización del derecho que es su limitante, razón por la cual no puede rebosar el límite que le marca la ley ni atentar contra sus derechos civiles.

Allí el Estado de Derecho sólo estaba limitado por ciertas prohibiciones en ejercicio de los derechos del individuo. Los poderes del Estado estaban al servicio de las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la incorporación limitada en los textos constitucionales de las prohibiciones de lesionar los derechos y libertades, recogido en el conocido sistema de garantías y amparado por el principio de legalidad.

Desde entonces, el Estado de Derecho, ha evolucionado desde su misma aparición a comienzos del siglo pasado y suelen distinguirse dos formas del mismo: Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho.

El Estado Liberal de Derecho cumple funciones básicamente de garantía, lo que significa que ha de intervenir lo menos posible en el desarrollo de la sociedad.

En cambio el Estado Social de Derecho por el contrario, tiene un carácter intervencionista y benefactor trata de guiar la sociedad y la obligación de dar satisfacción a los derechos sociales,[5] como desarrollo de

[4] FERRAIOLI Luigi. DERECHO Y RAZON, Pág 855.
[5] ATIENZA Manuel. TRAS LA JUSTICIA. Pág 154.

los llamados derechos fundamentales.

Entonces se ha dicho que la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social de Derecho tiene su punto de partida en la liberal-burguesía, pero no concibe al hombre como sujeto aislado (individuo-libre) sino como miembro activo de una sociedad plural en la cual ha de ser todos igualmente libres[6].

No todo Estado es un Estado de Derecho, sino únicamente el que cumple determinados requisitos:

1. Imperio de la ley, entendida ésta como expresión de voluntad popular.
2. División de poderes, con primacía del legislativo.
3. Legalidad de la administración.
4. Garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Y a su turno se caracteriza por poseer las siguientes instituciones[7]:

a.- Una Constitución con una serie de principios inviolables, preordenados para salvaguardar los derechos individuales.

b.- Separación del poder público en ramas, competencia restrictiva, control constitucional, origen popular de una de las ramas del poder público, independencia y autonomía de los jueces.

c.- Opinión pública libre y multipartidismo, entre otras.

Estado Social de Derecho al que desde el punto de vista social, se

---

[6] OSUNA PATIÑO Nestor Iván. APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Instituto de Estudios Constitucionales. Carlos Restrepo Piedrahita. Temas de Derecho 37, Universidad Externado de Colombia, ISBN 958-616-242-7, Bogotá, 1995, pág 16.

[7] HOYOS ZAPATA Luis Evelio. CONSTITUCIONAL I, PoliTécnico Marco Fidel Suárez, 3ra edición, Bello, Antioquia, 1996, págs 32 y 33.

pueden atribuir unas características, dentro de las cuales pueden enunciarse: Un Estado Distribuidor; un Estado Director; un Estado Democrático; un Estado de Derecho. Cumpliendo esencialmente los siguientes fines: a.- "La procura existencial", por la cual deben propiciarse unas condiciones para que se desarrollen las potencialidades del individuo emanadas de su capacidad creadora y su inventiva que parece el soporte del individuo en su autodeterminación. b.- Hacer posible una condiciones existenciales mínimas que faciliten su materialización real. c.- Logro de unas prestaciones sociales. d.- Fijación de un salario vital mínimo. e.- Atención de las personas incapacitadas para trabajar mediante un acuerdo y un sistema eficaz de seguridad social[8].

Es decir con estos elementos se busca una nueva concepción del hombre, por el derecho, el cual pretende el reconocimiento de sus derechos subjetivos que le asisten e infundiéndole el Estado un contenido social de deber, y que el cumplimiento de esos deberes por el ciudadano va garantizando la posibilidad al Estado de tomar medidas de protección al colectivo como las de la expropiación forzosa en procura del beneficio social, la socialización, la asistencia social etc; así el orden social impone obligaciones a los asociados y a estos deberes; reconocidos por primera vez en la Constitución de Weimar.

La idea central del derecho social se orienta no a la idea de la igualdad de las personas sino en la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, la igualdad deja de ser punto de partida para convertirse en meta o aspiración de éste nuevo orden social[9].

La anterior concepción histórica, social, filosófica y política se pudo

---

[8] PARRA QUIJANO Jairo, en: EL FUTURO DEL PROCESO CIVIL. XV JORNADAS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santa Fe de Bogotá, 1996, ISBN 958-616-289-3, Pág 448.

[9] RADBRUCH Gustav. INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO. Breviarios del Fondo de Cultura Económica, número 42, México, 1993, quinta reimpresión, ISBN 968-16-0061-4, pág 162

consolidar a través de los tiempos y luego de superar grandes crisis originadas en conflictos de diversa índole, que sufrió la humanidad, hasta cuando reconoció ella misma, el valor de la persona como individuo.

Sólo hasta después, al acoger la comunidad internacional: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948, el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Protocolo facultativo como también el Pacto sobre los Derechos económicos, sociales y culturales de 1966, fue posible concebir un nuevo modelo de sociedad y de Estado, lo único que los textos reseñados exigen es observar un mínimo de preceptos referidos a las relaciones entre la comunidad y el Estado: respeto a ciertos derechos humanos esenciales, a ciertas libertades esenciales y al derecho del autogobierno,[10] pero siempre el respeto por la dignidad humana.

Siempre se ha dicho que el Estado Social de Derecho, tiene su origen en la cultura de los Derechos Humanos y sobre la premisa de resaltar la protección de la dignidad de la persona como individuo, ya que ella representa el núcleo de todos los derechos humanos[11].

Pero entonces la incidencia del Estado Social de Derecho debe esquematizarse desde dos puntos de vista, desde el punto de vista del Estado de Bienestar o Estado Providencia, y también desde el punto de vista del Estado Constitucional democrático. Cada una de estas tendencias tiene como denomidador los derechos humanos.

Así el Estado de Bienestar surge a principios de siglo y desde europa se interpretan los problemas sociales; la política no es ajena a esta efervescencia y se nota a través de los movimientos sociales producto de las reivindicaciones que hace el movimiento obrero; y que son el resultado de esas primeras conquistas colectivas que mostraban al mundo las revoluciones sociales tales como la mexicana y la bolchevique en los años

---

[10] CASSESE Antonio. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO CONTEMPORANEO. Editorial Ariel S.A., Barcelona, ISBN: 84-344-1097-4, 1993, pág 59.

[11] SANCHEZ FERRIZ Remedio, y JIMENA QUESADA Luis. LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Ariel, S.A, Barcelona, ISBN: 84-344-1134-2, 1995, pág 30.

diez y siete a inicios del presente siglo, que reclaman para el colectivo y las novedosas innovaciones que fueron elevados a textos constitucionales; tal como ocurrió en méxico con el establecimiento de la propiedad común sobre bienes ejidales, la propiedad privada limitada a un contexto social y la propiedad estatal sobre los recursos naturales, alejados de los criterios jurídicos imperantes en la época; otro tanto ocurrió con los conceptos introducidos en la Constitución de Weimar de 1919 que imponía un nuevo rumbo a la soberanía popular. Introducía los primeros derechos a la mujer reconociéndoles el derecho al voto; y para todos los ciudadanos el ejercicio de sus derechos y libertades, el derecho de la propiedad con obligaciones colectivas y sociales; que van jalonar toda la dinámica social y que orientaron derechos como salario, salud, vivienda, educación, derechos de índole individual.

A su turno el Estado Constitucional Democrático ha sido la respuesta a unas aspiraciones jurídico-sociales tendientes a garantizar los derechos humanos historiográficamente considerados de segunda y tercera generación. Se manifiesta institucionalmente en el establecimiento de una serie de instrumentos que garanticen los mecanismos de la democracia participativa pero ante todo el control político y jurídico del ejercicio del poder y la consagración de una serie de valores, principios, y derechos fundamentales[12] que orienten y aseguren para los ciudadanos la idea del estado y del derecho, en términos de igualdad[13].

2. El estado social de derecho en Colombia.

Al establecer la Constitución Política de 1991, que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana,

---

[12] LORCA NAVARRETE José. TEMAS DE TEORIA Y FILOSOFIA DEL DERECHO. Ediciones Piramide, S.A. Madrid, ISBN 84-368-0838-X, 1994, pág 437.

[13] ARAGON REYES Manuel. CONSTITUCION Y DEMOCRACIA. Tecnos, Madrid, 1989.

con el fin de garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes: tales como: la vida, la libertad, la igualdad, la justicia, la convivencia, el trabajo, y la paz dentro de un orden social justo, con esto no esta haciendo otra cosa la Carta Política que colocar a la persona humana en el centro del orden jurídico.

Desde el punto de vista político se ha dicho que un Estado Social de Derecho como el colombiano se considera organizado bajo los siguientes aspectos: Una Constitución y unas leyes aprobadas por el pueblo o sus legítimos representantes; poder político distribuido en diferentes órganos; autoridades políticas elegidas democráticamente por el pueblo; autoridades que respeten la Constitución y las leyes, en caso contrario, sus decisiones no tienen valor; control de lo que hacen unas autoridades por parte de otras. Por encima de lo anterior, control ciudadano sobre las instituciones y los gobernantes[14].

Así por ejemplo el principio de legalidad, que alguna vez fuera garantía suficiente contra la arbitrariedad del monarca, se revela insuficiente en los tiempos modernos para brindar protección efectiva a los derechos y libertades fundamentales.

El Constituyente consiente de esta realidad, dio énfasis apreciable a la consagración de un extenso catálogo de derechos y al establecimiento de mecanismos constitucionales para su protección[15]. Al punto que la Constitución de 1991, ha dado un cambio en torno al valor jurídico asignado a la ley, al considerar que si antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales[16].

---

[14] DEMOCRACIA PARA JOVENES.!Tu Construyes la democracia!. ORGANIZACION ELECTORAL. Consejo Nacional Electoral. Registraduría Nacional del Estado Civil, Santa Fé de Bogotá. D.C, 1996, pág 10.

[15] CEPEDA E. José Manuel. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE 1991. Temis, Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución. ISBN 84-8272-547-5, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág 1.

[16] CIFUENTES M Eduardo, en: DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACION. Revista FORO No 21, Bogotá, septiembre de 1993, ISSN: 0121-2559, pág 14.

El concepto de individuo como epicentro jurídico, ha sido reconocido por la Corte Constitucional desde su primeros pronunciamientos; al establecer que el sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana, no es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la Carta Política.

Entonces los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona. Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos[17]. Y que el Estado Social de Derecho pretende proteger cada vez más las diferentes aristas de la dignidad humana. De acuerdo con los criterios: principales y auxiliares; desde los cuales es posible establecer los derechos fundamentales tutelables y que la Corte Constitucional tiene establecidos, con ese propósito:[18]

A. CRITERIOS PRINCIPALES.

1. La persona humana.(arts. 1, 5, 94, C. Pol.)
2. El reconocimiento expreso.(art.44 C. Pol.)

B. CRITERIOS AUXILIARES.

1. Tratados Internacionales.(arts. 93, 94, C. P.)
2. Derechos de aplicación inmediatas.(art.85 C.P)
3. La existencia de una "supergarantía" en su reforma. (art.377 C. Pol.)
4. Derechos fundamentales por su ubicación.

[17] SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL T-002 de 1992 del 8 de mayo de 1992. Sala Cuarta de Revisión, Mag Ponente Alejandro Martínez Caballero. Gaceta Constitucional de la Corte Constitucional. Tomo I, 1992, pág 187.

[18] SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL T-002 de 1992 del 8 de mayo de 1992. Sala Cuarta de Revisión, Mag Ponente Alejandro Martínez Caballero. Gaceta Constitucional de la Corte Constitucional. Tomo I, 1992, pág 187.

Por eso a lo largo de las tres partes en que se divide la Constitución colombiana de 1991:

El Preámbulo, que contiene la filosofía del Estado Social de Derecho, reafirmado en los valores fundamentales del Estado; la dogmática que consagra los principios que se adoptan y se impone, para regular las relaciones entre los ciudadanos y el Estado el respeto y desarrollo de los derechos individuales y las garantías sociales; y la Orgánica que se ocupa de la parte funcional y dinámica del Estado; se consagran los derechos fundamentales a partir de los cuales se pretende lograr el respeto a la dignidad humana y la convivencia pacífica de los asociados, los cuales se encuentran diseminados a los largo de la Carta, y no como se creía hasta hace algún tiempo en ese título Segundo.

3. El juez frente al Estado social de derecho, como operador del derecho.

Carnelutti considera que el juez es uno de los muchos operadores del derecho,[19] es tal vez el más importante de todos, pues es quien también crea derecho como en último lugar aplica la ley.

El ejercicio de esta función no tendría dificultad si los casos propuestos a él se resuelven con la confrontación de normas, ya que la solución sería el simple contraste de los hechos planteados con los supuestos del derecho sustancial y aquí estaría frente a la aplicación mecánica de la ley.

La función judicial, se dificulta cuando el operador del derecho no encuentra respuesta correcta, se encuentra frente a formulaciones normativas ambiguas, el derecho es incompleto o inconsistente, no existe consenso en la comunidad de juristas acerca de la solución, es decir el operador del

[19] CARNELUTTI Francesco. COMO NACE EL DERECHO, Monografías Jurídicas Temis número 56, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1989.

derecho esta frente a los llamados casos de solución difícil o axiológicamente llamados casos críticos o lagunas jurídicas.

En Colombia, el juez no puede substraerse a tomar decisiones pretestando ambigüedad de la ley oscuridad en la misma o simplemente inexistencia de norma que aplicar, pues en nuestro derecho no hay lagunas (Ley 153 de 1887, art. 48), pues ante todo hay jueces hay operadores del derecho, pues ninguna conducta puede escapar a su valoración jurídica concreta.

Entonces frente a casos críticos o difíciles, el juez en su deber primordial de restablecer el equilibrio jurídico con la pronta y eficaz decisión a través de la función pública esencial de administrar justicia debe lograr dentro del imperio de la ley (art. 230 de la C.N.), tener en cuenta sólo la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho, las reglas generales del derecho, la equidad y el derecho natural entre otros. Como también los criterios enunciados para encontrar los derechos fundamentales que dentro del Estado Social de Derecho buscando la máxima aplicación y ejercicio de los derechos fundamentales constitucionales y que sirvan de garantía a los derechos y deberes de que es titular el ciudadano, logrando que sus decisiones interpreten la filosofía que señala el Estado Social de Derecho.

Las Altas Cortes, han empleado los criterios expuestos, desde los cuales dio prevalecencia a los derechos fundamentales como rectores del Estado Social de Derecho, muchos de los cuales no están enunciados en la Constitución ni el la ley, por ejemplo, lo hizo la Corte Constitucional al ampliar el derecho a la subsistencia, no consagrado en la Constitución y deducido del derecho a la vida, al trabajo, a la subsistencia y a la seguridad social (T-426/92), o cuando reconoció la recreación como conexo al desarrollo de la libre personalidad (C-005/93 y T-466/92). También se ha dicho lo mismo en el debido proceso seguido a los menores al consagrar la segunda instancia para las sanciones que imponen los jueces de Familia o Promiscuos de Familia a título de formación impuestas a los niños (menores de 18 años) no consagrada en la Ley, al interpretar los Derechos del Niño y el debido proceso (C-019 de 1993), desde este Tratado Internacional (Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1989),

incorporada al derecho interno nacional por la ley 12 de 1991.

Lo mismo ha hecho la Corte Suprema de Justicia cuando reconoció alimentos a los hijos mayores de edad que realizan estudios y no han logrado su independencia económica, o cuando permite a un menor de edad en sede de tutela interponer recurso de alzada a sentencia ya ejecutoriada para que este pueda discutir ser reconocido como hijo extramatrimonial y con ello acceder al patrimonio de su difunto padre, reconociendo los atributos de su personalidad, ante la inercia en el proceso de su mandatario.

También lo ha hecho el Consejo de Estado al tratar el derecho a la salud, como un integral componente de la vida y a la igualdad, como un todo indisoluble que encuentran su base en el reconocimiento de la persona humana, al decidir una tutela de un enfermo de sida tendiente a recibir asistencia gratuita de un hospital público de Cali, modificando su posición frente a los derechos fundamentales y su ubicación en la Carta de 1991[20]. Estos son apenas algunos de los múltiples ejemplos del papel del juez como operador del derecho, frente al Estado Social de Derecho.

Por ahora se dirá, que éste es un simple reconocimiento individual, cuya aplicación es inter partes, pero que la decisión de los jueces a través de su jurisprudencia ha servido para resolver casos análogos, que se irá con el tiempo depurando de manera colectiva, seguramente y por que no con efectos erga omnes.

Para concluir podemos decir que nos encontramos frente a un nuevo Estado, el Social de Derecho y que éste nos muestra un universo jurídico que apenas comenzamos a explorar; en el cual los derechos humanos son la brújula y el ciudadano el gran beneficiado.

4. Los tratados internacionales y derecho interno.

Una vez confluyen las voluntades de los Estados, y de los actores internacionales, amplia el objeto del derecho internacional y comienza una

[20] CEPEDA E. José Manuel. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE 1991. Ob. Cit, pág 2.

convergencia de normas entre ambos órdenes jurídicos, el derecho interno y el derecho internacional. Ello obliga a los Estados como partes en litigio y al juez nacional a conocer y a saber aplicar, cuando fuese pertinente, las cláusulas de las convenciones en vigor y a resolver arduos problemas de interpretación, armonización y preeminencia entre estos dos órdenes jurídicos.

Para que los tratados internacionales y las normas del derecho internacional alcancen a los nacionales o a los individuos que en él conviven deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno.

Esos mecanismos previstos son dispares en los procedimientos constitucionales para la ratificación de los tratados. Así hay Constituciones que sólo admiten la ratificación de los tratados previa aprobación por el Parlamento, en cambio otros Estados conocen la posibilidad de diversas modalidades de simplificación de las etapas internas.

Si bien muchas de estas etapas tienen que ver exclusivamente, con el orden jurídico interno de cada Estado, constituyendo un proceso que va desde la firma hasta la ratificación de los acuerdos y su posterior cumplimiento en la aplicación y el desarrollo de tales convenios.

En ese proceso de incorporación deberá tenerse en cuenta también las decisiones de los jueces, pues tal jurisprudencia es vital para entender la solución al conflicto que pueda surgir entre una norma internacional y una norma interna.

Alrededor de los procesos de incorporación y transformación del derecho internacional en derecho interno han susbsistido dos posiciones doctrinales: el momismo jurídico y el dualismo jurídico.

Por lo cual es precíso analizar el alcance del monismo y el dualismo como doctrinas en las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, su interconexión o independencia y si se quiere entre ambos sistemas jurídicos.

El dualismo como doctrina fundada por el jurista alemán Triepel, sostiene que las personas nunca pueden ser obligadas ni beneficiadas por las normas del derecho internacional, sólo puede ser obligado o favorecido por ellos con los otros Estados.

Para Triepel "el derecho internacional y el derecho interno no sólo

son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diferentes. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca"[21].

La oposición por razones de las fuentes y del contenido entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, calificada como dualismo o pluralismo hace convivir al Derecho internacional con tantos ordenamientos jurídicos como Estados conviven en las relaciones internacionales.

La Doctrina monista sostiene que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los estados. Esta concepción fue desarrollada por Hans Kelsen, Alfred Verdross y Joseph Kunz; quienes tienen posiciones en relación al monismo.

Verdross, autocalifica a su doctrina de monismo moderado, ya que la primacia del derecho internacional que sostiene no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el derecho internacional tiene la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al Derecho Internacional, y, el caso de que sean contrarios a este último, dan lugar a una responsabilidad del estado que los estableció[22].

Para Kunz, la unidad entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica una posibilidad de superar el conflicto por normas superiores. " En el derecho internacional general no hay un procedimiento para invalidar una norma del derecho nacional que este en contradicción con una norma del derecho internacional supraordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del Derecho Internacional General"[23].

---

[21] TRIEPEL Heinrich. Droit international et Droit interne. Paris-Osford, 1920, p. 110.

[22] VERDROSS. DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET DROIT INTERNE. Revu, de droit international et des sciences diplomatiques et politiques. 1952, pp. 219-230.

[23] KUNZ. TEORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL. Vol. II, La Habana, Academia de Derecho Comparado e Internacional. 1954, pág 361.

La doctrina monista establece la incorporación automática de las normas internacionales al Derecho Interno.

Para los monistas pero especialmente para Verdross, la Regla Pacta sunt servanda es la regla fundamental del derecho internacional y esta regla es superior a la voluntad de los Estados, y también lo son aquellas normas que deriven de ella, es decir, el derecho de Gentes.

Es de anotar que la practica y la jurisprudencia internacional no consagran el dualismo ni el monismo. La jurisprudencia de la jurisdicción de reparación y no de anulación. Si una norma interna es contraria a una norma internacional, el Estado responsable podrá recibir sanciones de distinto tipo; diplomáticas, económicas, obligación de indemnización o de proporcionar una satisfacción adecuada, pero no produce la anulación de la norma afectada, sino que sólo pone en juego la responsabilidad internacional del Estado afectado.

Así mismo, la práctica y la jurisprudencia se niegan a admitir que el derecho interno y el derecho internacional sean sistemas jurídicos separados, sino integraciones entre ellos.

A su vez existe una tendencia generalizada en el derecho constitucional comparado a admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno.

Así tenemos que el Derecho Constitucional de cada Estado determina la jerarquía de los tratados internacionales dentro de su ordenamiento jurídico y entonces encontramos los siguientes sistemas:[24]

1. Los sistemas que colocan en un mismo plano jerárquico a los tratados y a las leyes internas (Austria, Bélgica, Estados Unidos, Argentina, etc.).

2. Los sistemas que establecen la superioridad del tratado respecto de la ley.(Francia, Perú, Costa Rica, Alemania.).

---

[24] NOGUERA ALCALA Humberto. DERECHOS HUMANOS Y DESCENTRALIZACION EN CHILE. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, págs, 16 y 17.

3. Los sistemas que establecen a los tratados internacionales con rango constitucional, (Perú).

4. Los sistemas que establecen los tratados con rango supraconstitucional. (Holanda, Guatemala).

Es entonces la Constitución de cada Estado la que resuelve el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional.

4.1 La jerarquia de los tratados en el derecho interno colombiano.

Se puede afirmar que en Colombia y con ocasión de la expedición de la Constitución Política en 1991, subsiste la siguiente jerarquización:

4.1.1 Por el cual los principios generales del derecho internacional son aceptados por colombia.

Pues el artículo 9° de la Constitución Política, al establecer que las relaciones exteriores del Estado colombiano se fundamentan en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional; reconocidas generalmente dentro de los conceptos del Ius Cogens, La Carta Magna, está señalando que tales principios son aceptados por el simple proceso de recepción, por el cual en este proceso de incorporación, estos principios pasan automáticamente a formar parte del derecho interno.

Que para el caso del derecho de los tratados son entre otros:

4.1.1.1 El Pacta Sunt Servanda.

Esta norma, es el axioma y postulado e imperativo categórico de la ciencia del derecho internacional, que la norma constituya un uso establecido por los Estados y su aceptación por los países civilizados y en la conciencia jurídica de los pueblos, constituye un principio general de derecho internacional típico.

Es evidente que la norma según la cual: "los tratados deben ser

cumplidos", trasladada del derecho romano al derecho natural de la Edad Media y convertida en norma consuetudinaria de derecho internacional, constituye sino la norma fundamental de todo el derecho internacional, sí la del derecho de los tratados[25].

Esta norma como principio absoluto se ha contemplado en la Convención de Viena de 1969 llamado también del Derecho de Los Tratados, la cual fue incorporada en el derecho interno colombiano por la ley 32 de 1985.

4.1.1.2 La bona fide.

Constituye un principio general de derecho que rige el comportamiento general de los Estados y, en el caso concreto de los tratados, su formación, cumplimiento interpretación y terminación. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) sostiene que el principio de la buena fe se aplica a todas las relaciones internacionales, y que en el derecho de los tratados adquiere especial relievancia.

Cornelius Van Bykershock decía que si se retira el tapete de la buena fe al Derecho Internacional, este orden jurídico caería por su propio peso.

Este principio de igual forma, lo recoge la Convención de Viena en su artículo 26, al establecer que los tratados entrados en vigor "deben ser cumplidos de buena fe".

Y los principios generales típicos del derecho de los tratados[26]:

4.1.1.3 Ex consensu advenit vinculum.

(del consentimiento deviene la obligación).

Solamente a través del consentimiento, los Estados se comprometen en obligaciones jurídicas contractuales.

---

[25] NIETO NAVIA Rafael. ESTUDIOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Colección profesores, número 11, pág 10.

[26] VERGARA MOLANO Alberto. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Ediciones Librería-Edición La Constitución Ltda, 2da edición, Bogotá, 1995, pág 123.

4.1.1.4. Rex inter alios acta.

Los tratados solo obligan a los Estados partes, pues sólo crean obligaciones entre ellas, aunque excepcionalmente vinculan a terceros estados.

4.1.2 La de los Tratados Internacionales simples y su transformación en Derecho interno.

Ese procedimiento de recepción, se produce cuando las normas internacionales se transforman en nacionales por disposición del Derecho Interno, al exigir éste a sus órganos la sola aplicación de normas internas excluyendo a las de carácter internacional; casi siempre ese proceso lo establecen las constituciones de los Estados.

El procedimiento tradicional para la conclusión de los tratados, aplicado en principio, a los tratados bilaterales comprende: la negociación; por parte del ejecutivo, la firma por plenipotenciarios (Ius repraesentationis); la ratificación y el canje de ratificaciones. En los Estados de Derecho y modernamente la aprobación del tratado se encomienda al órgano legislativo luego viene la ratificación, que es un acto soberano del ejecutivo. En el caso de los tratados multilaterales el procedimiento incluye además, la posibilidad de la adhesión al tratado por parte de los Estados que no han sido originalmente signatarios del mismo. En cuanto a la ratificación o a la adhesión, su régimen jurídico se inspira en un principio fundamental: la autoridad competente para hacerlo es generalmente señalada por el derecho público interno del Estado interesado.

La práctica internacional contemporánea es muy clara a este respecto y los propios tratados multilaterales, con leves diferencias de forma afirman el principio de que la ratificación se realice de acuerdo con los procedimientos constitucionales vigentes en cada uno de los Estados signatarios.

En Colombia ha establecido el derecho interno un mecanismo por el cual el Tratado Internacional debe convertirse en un acto jurídico formal sujeto a procedimientos regulados por la constitución y la ley del Estado. El procedimiento comienza con la celebración o conclusión de un tratado que puede ser definida como el acto único o conjunto de actos a través del cual

o de los cuales un sujeto de derecho internacional manifiesta su consentimiento para obligarse por un tratado.

Dicho procedimiento esta consagrado en la Constitución Política de Colombia vigente desde el 4 de julio, adoptada a instancia de una Asamblea Nacional Constituyente elegida popularmente; se pueden señalar como normas que se refieren a los tratados internacionales y que consagran tal proceso:

El artículo 189 al establecer que es el Presidente de la República el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y director de las relaciones internacionales y con autorización para celebrar con entidades de derecho internacional, tratados y convenios (art. 189-2) que deben someterse a la aprobación del congreso. Es decir que esta éste funcionario investido por el derecho interno por vía general del ius repraesentationis, por la cual no requiere autorización expresa y especial ni plenos poderes para actuar a nombre del Estado en las distintas etapas previas y concomitantes a la negociación y firma de los tratados. Ius repraesentationis extendido al ministro de relaciones exteriores en virtud de lo preceptuado en la Convención de Viena de 1969 en su artículo 7 numeral 2o (aprobada por el Congreso mediante la Ley 32 de 1985), y que entro en vigor para Colombia el 10 de mayo de 1985; sometidos los compromisos que estos contraigan a la confirmación presidencial[27].

Los tratados internacionales suscritos por Colombia deben someterse a la aprobación del Congreso mediante proyectos de ley y deben comenzar su trámite por el Senado de la República, Comisión Segunda Constitucional Permanente tal como lo impone el artículo 154 inciso final. Para que finalmente sea aprobado por el Congreso como función constitucional que le impone a esta corporación el artículo 150 numeral 16 la Carta Fundamental, o en su defecto improbarlo.

Concluida esta segunda etapa de control de celebración de los tratados

---

[27] CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C-477 de 1992 y C-204 de 1993, sintetizadas por esa misma Corporación, en sentencia C-045 de 1994 del 10 de febrero de 1994.

internacionales, pues en la primera el presidente negocia los tratados, el Congreso los aprueba o imprueba por medio de leyes y luego se ingresa a una tercera fase por la cual la Corte Constitucional somete a control de constitucionalidad las leyes aprobatorias de tratados públicos internacionales.

Una vez sancionada por el presidente de la República el proyecto de ley aprobatorio de un tratado público internacional, deberá remitirlos a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes a la sanción para que decida definitivamente sobre su exequibilidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno deberá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva, preceptúa el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política[28].

Cabe recordar que la Constitución de 1991, mediante la norma reseñada, estableció, por primera vez en Colombia, este tipo de control, con lo cual se excluye cualquier otra forma de control posterior, sobre tratados ya perfeccionados, particularmente el control por vía de acción pública o popular de inconstitucionalidad, esto es por demanda de un ciudadano; abriéndose paso la revisión automática por parte de la Corte Constitucional, paso este que es previo a la ratificación y perfeccionamiento del tratado.

A su vez la Corte Constitucional ha dicho, con relación a la revisión previa de los tratados internacionales: "que el artículo 241 de la Constitución al asignarle a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía en los precisos términos de este artículo, le confiere en el numeral 10 la función "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los apruebe". Es por ello que el gobierno los debe remitir a la Corte dentro de los seis días siguientes, a la sanción de

[28] REY CANTOR Ernesto. INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Controles De constitucionalidad y legalidad. Universidad Libre Seccional Cali, ISBN 958-95870-1-1, SEGUNDA reimpresión 1996, Cali, pág 103.

la ley para que, si la Corporación los declara constitucionales el gobierno pueda efectuar el canje de notas o, en caso contrario si los declara inconstitucionales no podrán ser ratificados. Obsérvese que la consecuencia atribuida por la Constitución al fallo de la Corte tiene por destinatario específico al ejecutivo, en cuanto éste, para poder actuar en el plano del Derecho Internacional, ratificando el tratado o absteniéndose de hacerlo, según el caso depende del fallo proferido por la Corte.".

"...En virtud de aquella disposición, se establece pues el **control previo sobre los tratados y sus leyes aprobatorias**, es decir que el control debe ser posterior a la sanción en todo caso previo a la ratificación del tratado internacional.

"La razón por la cual el control debe ser previo radica en la oportunidad de adecuar el contenido y forma del tratado y de la ley que lo aprueba, al espíritu de la norma fundamental"[29].

Se ha entendido que éste control previo tiene la facultad de recomendar la Corte Constitucional al Ejecutivo sobre la guarda de reservas de aquellos apartes que violen el orden jurídico nacional sobre todo cuando aquellos apartes vulneren o desconozcan o menoscaven derechos humanos, para no ratificar esas normas que controviertan los preceptos amparados por la Carta Superior. Ya que el exámen que se hace no sólo sobre el trámite del proyecto de ley en el Congreso sino sobre la correlación y conformidad entre el derecho sustancial internacional y el derecho interno colombiano.

Entre otras normas de estirpe constitucional que se refieren a tratados internacionales están:

El artículo 101, que se refiere a la soberanía territorial, el cual deja a los tratados internacionales el señalamiento de límites del Estado o su modificación lo mismo que los derechos que le asisten a Colombia en el segmento de órbita geoestacionaria; como también lo relativo al mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, alusivos como se ve al derecho del mar.

---

[29] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-276 de 1993. Gaceta de la Corte Constitucional 1993 Tomo 7, julio, págs 237 y 238, Imprenta Nacional de Colombia, 1993.

El artículo 170 inciso tercero que le da el carácter de supralegalidad a los tratados internacionales cuando prohíbe el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales.

El artículo 189 prescribe como función presidencial para el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia, la inviolavilidad de su territorio; declarar la guerra con permiso del Senado de la República o hacerla sin tal autorización para repeler ataque inminente de nación extranjera y convenir y ratificar los tratados de Paz, dando cuenta inmediata de todo ello al Congreso.

El artículo 224 por el cual señala que los tratados internacionales para su validez deben ser aprobados por el Congreso previo el cumplimiento del resto del procedimiento señalado por el artículo 241-10.

Lo mismo prevee que de manera provisional el Presidente de la República podrá dar aplicación a los tratados de naturaleza económica y comercial que lo exija, para someterlo a trámite de aprobación del Congreso, pero que si no lo aprueba se suspenderá su ejecución.

El artículo 235-5 establece como juez natural para los asuntos contenciosos de agentes diplomáticos de acuerdo a las normas del derecho internacional y que desarrolla la Convención de Viena de Inmunidades Diplomáticas y Consulares de 1961, aprobada e incorporada al derecho interno por las leyes 17 de 1971 y 6 de 1972.

Y las relativas al derecho comunitario y de la integración cuyos temas son previstos por los artículos 9o que como principio fundamental señalada para el Estado colombiano, la integración latinoamericana y del caribe; el art. 150 numeral 16 como función atribuida al Congreso; para aprobar o improbar los tratados que celebre el gobierno que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica de los Estados; el artículo 227 por el cual el Estado promoverá la integración económica, social y política con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de Tratados sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. Atribuyendo facultad a la ley para establecer elecciones directas para designar delegatarios al Parlamento Andino y del Parlamento

Latinoamericano.

4.1.3 De los Tratados Internacionales calificados, relativos a derechos humanos.

Antecedentes históricos. Se hace necesario entrar a referir lo que ocurría antes de la Segunda Guerra Mundial, la idea era que los asuntos internos de los Estados estaban exclusivamente atribuidos a la convivencia cotidiana de los Estados y no podía un Estado intervenir en los asuntos de otro pretestando por ejemplo violación o desconocimiento de los derechos de la persona. La masacre nazi hizo cambiar tal concepción al punto de considerar que tal desconocimiento de los derechos humanos en un Estado se puede convertir en un problema de seguridad internacional, es decir que no solo hay un sentido humanista sino que se presenta una correlación entre el respeto a la dignidad del ciudadano por el Estado y la exigencia de la paz internacional por la comunidad internacional.

Pero hasta ese entonces la realidad histórica palpable de los Derechos Humanos en el Siglo XX estaba circunscrita a que los Estados hicieran muchas declaraciones en favor de los derechos del hombre, pero de manera vaga, abstracta y confusa, siempre orientados con matices religiosos, políticos o ideológicos, y cada vez que se presentaban situaciones de paz o de guerra, en defensa de las minorías étnicas, o de los vencidos en combate, y con el propósito de sacudir a la conciencia internacional.

De esta manera surgieron fórmulas como: "Leyes Humanitarias", "principios reconocidos por las naciones civilizadas", "Intervenciones Humanitarias", en otras como "Principios de los Pueblos Cristianos", "exigencias de la conciencia pública europea", o defensa de la minorías israelitas en los países europeos, tutela de las minorías cristianas en el mundo árabe, de los negros del Africa vendidos en América, de los presos de las poblaciones civiles durante los conflictos bélicos, etc[30].

[30] PANEBIANCO Massimo. HISTORIA Y TEORIA DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL. Traducción de Luis Eduardo Rozo Acuña. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, pág 59.

En el siglo pasado bajo el influjó de las revoluciones demo-liberales (en América del Norte y Francia), se empiezan a reconocer una gama de derechos, libertades y garantías sociales, cuya tutela se confió más a la fuerza de las ideas que a las normas de carácter interno o al derecho internacional.

Se tuvo que esperar a las primeras formas de agrupación de la comunidad internacional cuando surge la Sociedad de la Naciones, para empezar una política de protección de y amparo de ciertas libertades, y derechos de los ciudadanos sometidos a colonización, la defensa de minorías étnicas, religiosas o linguistícas, discriminadas o desplazadas como consecuencia del expansionismo civilizador europeo.

Cuando la ideología liberal democrática, empieza a ser desplazada por nuevas tendencias políticas como el marxismo y el nazismo, generando ésta última un expansionismo a ultranza de imponer una selectiva forma de organizar el mundo, sometiendo a las minorías, sin importar los procedimientos, generando el exterminio y holocausto de millones de seres, ante la mirada impotente de sus semejantes, y con la colaboración del Nazi-fascismo en Europa.

Así que la Segunda Guerra Mundial, no solo sirvió para la agrupar a la Comunidad Internacional, en la Organización de Las Naciones Unidas, que tuvo que hacer la guerra para salvaguardar a la humanidad sino para emprender un nuevo orden democrático, bajo las premisas de paz y seguridad, y con el ánimo de la tutela de los derechos humanos.

De esta forma vemos como los derechos humanos han sido catálogados, codificados y difundidos por la Organización de Naciones Unidas,; que incluyen no sólo los de carácter, civiles, políticos, económicos y sociales, sino también los que garantizan las libertades y los derechos fundamentales. Y cuya inclusión obedece a la tarea del derecho Constitucional Internacional, disciplina del Derecho Internacional encargada de que los miembros de la comunidad internacional las incluyan en sus Códigos Políticos, para la protección de sus nacionales.

Fue hasta mediados del presente siglo, cuando la Organización de Naciones Unidas (ONU), establece la llamada Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General, el 10 de Diciembre de 1948,recogiendo e incorporando unos nuevos derechos

fundamentales, que enriqueció a la llamada primera generación. Dando origen así a la Segunda Generación De Derechos Humanos.

Sin embargo la evolución de los Derechos Humanos, no se detiene, ya que se habla de una tercera generacion de derechos humanos, en los que se encuentran; el ambiente sano, los derechos ecológicos, la protección a la contaminación ambiental, la protección de los recursos naturales su uso racional.

Entonces despues de la Segunda Guerra Mundial surge la idea de que si bien los derechos humanos son una responsabilidad escencial de los Estados es algo demaciado serio para dejarselo a los Estados exclusivamente, por que lo que se vivió con el régimen fascista era que precisamente los primeros violadores de tales derechos eran los mismos estados. Por eso surge la idea de proteger los derechos humanos con mecanismos internacionales brindando la posibilidad de una doble garantía a la persona; una la que le brindan los mecanimos internacionales de protección y otra el que le da el órden jurídico nacional a través del Estado Social de Derecho.

Esto hizo que se considerara una autentica revolución jurídica desde el punto de vista de las relaciones del Derecho interno y el derecho Internacional, por el cual el Estado no podía invocar su soberania nacional cuando se le endilgaba la violación de derechos humanos sino que se atendía a razones jurídicas internacionales de protección, pues jurídicamente despues de la segunda guerra mundial, hace parte de una preocupación internacional legitima de las organizaciones nacionales y del derecho internacional.

4.1.3.1 En el Derecho Interno Colombiano.

La Constitución Política de 1991, le da un reconocimiento al valor específico de las normas de carácter internacional relativas a derechos humanos.

Así: el artículo 93, señala:"... que los tratados internacionales y convenios internacionales ratificados (sic) por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno".

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos

ratificados por Colombia".

Se ha dicho de este artículo que es copia casi textual del décimo de la constitución española a su vez reproducción casi textual de la portuguesa.

Sobre el mismo opera una fuerza irradiadora de la jurisprudencia internacional al reconocer explícitamente el art. 93 los derechos humanos lo mismo al prohibir su limitación en los estados de excepción (art. 214-2 C.P.), que en caso de darse exige un procedimiento privilegiado, cual es el referendo para los Actos Legislativos que pretendan reformalos, tal como lo prescribe el artículo 377 de la Carta Magna. También extendida a los derechos y deberes consagrados por la Constitución al prescribir que su interpretación deberá efectuarse de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos. Es lo que han llamado los comentaristas la autovinculación del estado colombiano a la jurisprudencia de las instancias internacionales.

Algunas decisiones de la Corte Constitucional han tenido en cuenta los tratados internacionales al fallar asuntos sometidos a su consideración relativos a derechos humanos, como cuando intrepretando los Derechos del Niño en procesos seguidos a los menores como infractores a la ley penal (Código del Menor; Decreto 2737 de 1989, art. 167), reconoce la doble instancia para las sanciones, que estos funcionarios imponen, como medidas resocializadoras, y que restringen el derecho fundamental a la libertad, Sentencia C-019 de 1993.

Lo mismo ocurrió cuando interpretó el alcance el desarrollo del derecho de libertad de pensamiento y expresión, por medios las ondas radio-eléctricas o de televisión, y los controles por parte del Estado, que señala el artículo 75 del Estatuto superior para el espectro electromagnético; pues esos controles estan limitados por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 13 numeral tercero, el cual debe observar Colombia, al tenerlo adoptado e incorporado en el derecho interno por la ley 16 de 1972 vigente desde el 31 de julio de 1973, en decisión de Tutela T-081 de 1993.

Igual fue el proceder de la Corte Constitucional, interpretando jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluye que el hábeas Corpus debe tener doble instancia cuando la decisión, es con-

traria al recurrente.

Para algunos tratadistas el art. 93 de la C.P. estableció un criterio de supraconstitucionalidad de los tratados internacionales relativos a derechos humanos porque si prevalecen en el orden interno quería decir que eran incluso superiores a la Constitución; otros por el contrario afirman que tenían el mismo raigambre constitucional para colocarlos al mismo nivel, en cambio para otros eran leyes intermedias entre la ley y la constitución pero en todo caso con un valor de supralegalidad.

4.1.3.2 En el Derecho Internacional Humanitario.

El artículo 214-2 se refiere a normas de Derecho Internacional Humanitario establece éste canon que en los estados de excepción: "No se podrán suspender los Derechos Humanos. En caso de se hacerse se respetaran las reglas del derecho internacional humanitario.".

Por lo que esta relacionado estrechamente, con el comentado artículo 93 del Estatuto Superior al prescribir éste, que no pueden limitarse los derechos humanos en estados de excepción, pues los tratados aprobados por el Congreso prevalecen el orden interno y por tratarse los estados de excepción a medidas de corte militar, no pueden estas suspender los derechos humanos, ni las libertades fundamentales, pero en el evento de sobrepasar estas precisas instrucciones deben entrar a respetarse las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

Es preciso señalar que el Derecho Internacional Humanitario, conocido con el nombre de los conflictos armados, es definido como el cuerpo de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario (ius cogens), especialmente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales y que limita por razones humanitarias el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios de guerra utilizados en la guerra o que protege a las personas y a los bienes afectados o que pueden ser afectados por el conflicto.

Este derecho esta comprendido por: El Derecho Internacional Consuetudinarios de los conflictos armados; Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907; Los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (incorporados al derecho interno colombiano por la ley 5 de 1960); los dos protocolos

adicionales de 1977, que hacen parte del derecho colombiano, al incorporarse: el protocolo I mediante disposición de la Comisión Especial (congresito), creada por el artículo 6 transitorio de la Constitución Política de 1991, Protocolo I que recibió doble control previo de constitucionalidad, inicialmente por la sentencia C-574 de la Corte Constitucional y luego cuando equivocadamente volvió a incorporarse por la ley 11 de 1992, declarara inexequible por sentencia C-088 de 1993. A su turno el Protocolo II, mediante la Ley 171 de diciembre de 1994, revisada previamente a su ratificación por la misma Corporación mediante sentencia C-225 de 1995 y cuya vigencia sería seis meses después de realizarse el depósito de notas e instrumentos en el Consejo Suizo, es decir rige desde el 16 de febrero de 1996[31].

De las decisiones de la Corte Constitucional se concluye; que el alcance de las normas contenidas en los estatutos del Derecho Internacional Humanitario están orientadas hacia la humanización de la guerra para que a través de su perspectiva se vea un mecanismo para restringir la violencia y recuperar la dignidad humana.

Esa misma Corporación, ha dicho de manera reiterada que: " en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo, sino que además opera de manera automática del mismo al "ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás es lo congruente con carácter imperativo que ...caracteriza a los principios axiológicos que hacen que éste cuerpo integre el Ius Cogens...", en sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, al interpretar que las normas de derecho internacional humanitario se integran en un bloque de constitucionalidad y por esto, hacen parte del cuerpo normativo de los derechos humanos, puesto que tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto, como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo proteger la dignidad de la persona humana...". Explica la Corte que la noción de "bloque de

[31] BARRERA MARTINEZ Carlos Helver, en: DERECHOS HUMANOS Y VIDA COTIDIANA EN BOYACA. Elementos para una Cultura de Derechos Humanos en Colombia. ICBA, ISBN 958-95985-3-6, Tunja, 1996, pág 39.

constitucionalidad", proveniente del derecho constitucional francés, pero de amplia aplicación en el derecho constitucional comparado, por el cual es posible armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción, como podría entenderse en los canones 4 y 93 de la Carta Política.

Así que ese bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Son verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto, es, normas de valor constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos a las demás normas de la Constitución.

5. La proteccion de los derechos humanos.

La progresiva incorporación de los derechos del hombre en los ordenamientos jurídicos estatales fue la más novedosa e importante conquista del derecho moderno, cuando derribando el absolutismo monárquico por las revoluciones de Inglaterra, Estados Unidos, Francia y posteriormente América Latina, los nuevos Estados liberales consagraron en sus Cartas Supremas, un buen número de derechos civiles y políticos para sus nacionales[32].

Por esto es precíso señalar los dos niveles de protección de derechos humanos.

5.1 A nivel del derecho interno de los estados.

La doctrina especializada ha considerado que esta protección interna se ha establecido con el ánimo de agotar mecanismos jurídicos al interior

[32] AGUDELO RAMIREZ Luis E. REALIDAD JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Introducción al derecho internacional de los derechos humanos. Editorial Nueva América. ISBN 958-9039-006, Bogotá, 1984, pág 55.

del Estado antes de acudir a los procedimientos internacionales previstos para la protección de los derechos humanos. Por lo que se considera que la jurisdicción internacional es subsidiaria.

El autor español Hector Fix Zamudio., señala en relación con los mecanismos de protección de derechos humanos a nivel de derecho interno que existen entre otros:[33]

- Remedios procesales indirectos, por los cuales a través del derecho ordinario o de agotamiento de actuaciones administrativas, se efectúa un juzgamiento civil sin que directamente sea un proceso de protección a los derechos humanos.

- Instrumentos complementarios, destinados a la represión y reparación de los perjuicios ocasionados por los funcionarios públicos en donde prevalece el ambito de responsabilidad del Estado.

- Medios procesales específicos, dirigidos específicamente a la protección de los derechos humanos y generalmente a detener su vulneración.

En Colombia, todos los derechos humanos constitucionalizados o no, en virtud del artículo 85 del la Carta Política, son de aplicación inmediata un buen número de los derechos fundamentales que señala ese mismo precepto; y se dice que es de aplicación inmediata un derecho fundamental cuando no requiere desarrollo legal para ser objeto de garantía y respeto; pero que tengan el carácter de aplicación inmediata o no vinculan a las ramas y órganos del poder público y el recurso autónomo del Habeas Corpus del artículo 30 como garantía procesal contra la privación ilegal de la libertad.

Esos mecanismos son protegidos de manera especial por la Carta Política.

La Constitución señala, los mecanismos por los cuales es posible hacer efectivos esos derechos fundamentales: de los cuales se puede invocar protección de manera individual, mediante la acción de tutela o derecho de amparo (art. 86 de la C.P, desarrollados por los Decretos 2591 de 1991 y

---

[33] THOMPSON J. José. En: DERECHOS HUMANOS. Nociones introductorias. ESAP. Instituto de Derechos Humanos. Guillermo Cano. Documentos Esap, Santa Fe de Bogotá, noviembre de 1994, pág 36.

306 de 1992; las acciones populares aunque no nuevas dentro del ordenamiento jurídico colombiano pues ya las consagraba el Código Civil de 1887 y en otras normas sustanciales y adjetivas son las que establece el artículo 88 del Estatuto Superior; la Acción de cumplimiento de la que se ocupa el art. 87 de la C.P.desarrollada de manera reciente por el legislador por la ley 393 de 1997 y frente a actuaciones de la administración pública, para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o de actos administrativos; o contra particulares que por acción u omisión de esos mismos preceptos jurídicos actuen en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para que los cumpla.

Sin embargo entre los derechos reconocidos por la Carta Política el propio constituyente delegado, estableció una jerarquización, los cuales deben ser objeto de protección inmediata mediante procedimientos especiales y preferentes, como se vió; creados unos por el propio constituyente (arts: 86, 87, 88,) otras por el legislador según el artículo 89[34].

5.2 A nivel internacional.

La protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales para asegurar la paz, la seguridad y la convivencia internacional parece haber sido la máxima lección dejada por la mas cruenta y desoladora guerra que ha vivido la humanidad y por la orgía de terror que le precedió con el desbordamiento de sistemas totalitarios.

El desarrollo de protección internacional de los Derecho Humanos es, sin duda, más reciente que la protección interna, y su justificación a menudo ha resultado cambatida en tanto se ha alegado por su lado, que tal es una materia resrvada a la jurisdicción doméstica y por otro que choca con el bien establecido principio de la no intervención en los asuntos internos de los Estados.

Sin embargo la protección internacional, con desarrollo y peculiaridades propias de los derechos humanos, encuentra sus sustento,

[34] MADRID MALO-GARIZABAL Mario. DERECHOS FUNDAMENTALES. ESAP, Instituto de Derechos Humanos. Guillermo Cano. Santa Fe de Bogotá, 1992, pág 34.

primero, en el carácter internacional de los instrumentos que consagran los derechos humanos y segundo, en la creencia de que por constituir una normativa inderogable y por derivar obligaciones internacionales no puede esta materia dejarse librada a la voluntad de los Estados[35].

Existen además organismos especializados que guardan relación con los Derechos Humanos y que tienen su propio sistema de control.

Sin embargo existen dos sistemas de protección de los derechos humanos.

Uno conocido como **sistema universal de protección de los derechos humanos**, calificación que se le da por su alcance dado que abarca un número bien significativo de países que integran a Naciones Unidas.

La protección internacional halla sus origenes, en los mismos instrumentos que dieron origen a los derechos humanos, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos, no contiene disposiciones para poner en práctica los derechos que ella contiene

Sí lo hacen; l0os Pactos Internacionales de 1966, dan vida al Comite de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por medio del protocolo facultativo anexo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. [(aprobado por Colombia a través de la Ley 74 de 1966 y vigente desde el 23 de enero de 1976), {el Protocolo Facultativo, por la misma ley pero vigente en cambio desde el 23 de marzo de 1976}].

El segundo por **sistemas de control regionales**, circunscritos en su punto a la organización y jurisdicción de determinada zona geográfica.

A nosotros (Colombia) nos involucra como organización regional, la O.E.A y el Sistema Interamericano, que la Convención Americana detalla las funciones de los dos órganos básicos relativos a la protección de los derechos humanos, cuales son La Comisión y la Corte Interamericana de derechos humanos, resultado de los acuerdos y decisiones se adoptado por los miembros de la Organización de Estados Americanos.

Así que Colombia esta vinculada a esta doble jurisdicción internacional; en una de las cuales ha recibido sanciones mediante Resolución

---

[35] TIIOMPSON J. José. ob cit, pág 49.

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1959), en el caso de los profesores Isidro Caballero y María del Carmen Santana, ocurridos el 7 de febrero de 1987, en el municipio de San Alberto (Cesar), por el cual recomendó indemnizar a los familiares de las víctimas. El gobierno colombiano solicitó reconsideración la cual fue desestimada y se ordenó remitir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún pendiente de decisión definitiva.

Conclusiones.

Podemos sintetizar que el Estado Social de Derecho esta construido sobre la base de la cultura de los derechos humanos.

Que el monismo y el dualismo jurídico aunque no son principios obligatorios si señalan unas pautas para la incorporación del derecho internacional en el derecho interno de los estados.

El monismo jurídico parece tener más aceptación para las normas convencionales que estructuran los principios generales del derecho internacional y del derecho consuetudinario internacional (Ius Cogens), que se incorporan de manera automática y global y con primacia sobre el derecho interno.

En tanto que el dualismo orienta el proceso de transformación del derecho internacional en derecho interno, proceso que señala el Derecho Constitucional Colombiano.

Los derechos humanos en el derecho internacional están contenidos en instrumentos de diversa índole. Así lo constituyen el derecho sustantivo internacional; los principios generales del derecho internacional o Ius Cogens; y que la Carta Constitucional colombiana les da el tratamiento de situarlas en la órbita de la supralegalidad para colocarlos al mismo nivel de la Constitución y así prevalecer en el derecho interno.

Que la jurisdicción internacional puede afectar la soberanía nacional si al Estado se le prueba que viola los derechos humanos; recibiendo sanciones y esto por el criterio del origen de las normas de los derechos humanos.

En conclusión la Constitución Política de Colombia es rica en normas relativas a derecho internacional, al establecer materias de diversa índole específicas a esta disciplina lo que constituye un logro para el desarrollo del Estado frente a las nuevas exigencias de la economía global y de los sistemas de integración.

Los derechos humanos ocupan lugar privilegiado en la Carta Política, pues según un estudio realizado por el tratadista y catedrático, Alejandro Martínez Caballero,[36] a la sazón Magistrado de la Corte Constitucional, más de 75 artículos de la Constitución colombiana es decir el 20%, estan relacionados con tratados internacionales relativos a derechos humanos.

[36] MARTINEZ CABALLERO Alejandro. En: Constitución y concordancias con los Pactos Internacionales. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Temas Fundamentales. Presentación y Compilación, Jorge Mario Eastman. Ministerio de Justicia y del Derecho. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 3ra edición, Imprenta Nacional, 1994, págs 121 a 125.

ANDREA CASTALDO

INSUFICIENCIAS NORMATIVAS Y PROPUESTAS DE REFORMA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

(Experiencia italiana y europea)

Párrafo I

La reglamentación normativa del fenomeno social es directamente proporcional al grado de atención que este despierta en la opinion pública.

La legislación penal no escapa a esta regla, tan simple como descontada.

Una mirada sumaria a la política criminal de los últimos decenios confirma el carácter "emergencial" del recurso al instrumento penal: "input" desordenados de impulsos ambientales se han traducido en contestaciones punitivas igualmente inorgánicas, en la ilusión - si no de luchar contra el fenomeno - de controlar o por lo menos dar respuesta simbólica a las preocupaciones de la opinion pública.

La norma penal debe nacer como reacción de signo contrario a reales patológias de comportamiento de nueva o cambiada dimensión social. Esta opción resulta siempre preferible a la existencia de una política criminal que pretenda imponer por si misma el carácter de ilicitud a determinadas conductas.

Un estímulo a la función propulsiva -intervencionista- del derecho penal en efecto, de otorgarle al mismo tiempo la equivocada función de guia, que poco se concilia con el carácter subsidiario tradicionalmente otorgado por un estado de derecho.

Párrafo I

La disciplina penalistica contra el lavado de dinero se integra perfectamente en la lógica antes delineada.

Enseguida resulta interesante subrayar como exista una perfecta identidad de fundamentos para la respuesta sancionadora a nivel internacional.

Sin embargo, antes de detenerse sobre el recorrido normativo seguido

por Italia, es necesario precisar, aunque sea muy sintéticamente, dos cosas: a) que se entiende en general con la expresión "lavado de dinero", b) cual es, sobre una ancha esacala de posibilidades, la estrategia de contraste utilizada.

A) Por LAVADO DE DINERO se entiende convencionalmente la actividad de transformación en carácter lícito de las rentas de derivación criminal.

Puesto que la realización de ciertas conductas delictivas produce una utilidad económica o incluso puede ésta representar la finalidad inspiradora para su autor, se hace evidente la exigencia de "limpiar" -legitimar- las rentas de delito en una forma, que no solo evite "subir" hasta la prueba del crimen cometido, sino también de producir riqueza.

Este procedimiento de transformación económica es naturalmente proyectada a gran escala y se traduce en actividad profesional frente a los fenómenos delictivos realizados por las organizaciones criminales.

La cantidad de hechos individuales, pero también la calidad de estos, (repárese en el narcotráfico, en el racket de las extorsiones) mueve ingentes masas de dinero, que la organización criminal se preocupa a través de delegaciones internas, a merced a una perfecta geometría de funciones diferenciadas, invertir en el circuito económico-financiero.

La legislación para enfrentar el lavado de dinero puede moverse, por lo tanto, gracias al perfecto conocimiento de estos mecanismos y conforme a diferentes niveles de intervención sobre los mismos.

B) Es posible dilinear así la estrategia de lucha, que se orienta y estructura en base de módulos progresivos.

En el peldaño más bajo y más simplificado es la represión de las conductas de ENCUBRIMIENTO. Se pasa luego a las de TRANSFORMACION Y SUSTITUCION de los capitales ilícitos. Se concluye enfrentando el NUEVO EMPLEO -reempleo- en actividades económicas y financieras. Esta última etapa representa la lógica conclusión de activos y también la mas temible, pues con ella la riqueza no viene simplemente transformada sino empleada para generar en forma 'limpia ' nueva riqueza.

Párrafo III

Conviene ahora analizar la legislación penal italiana en la materia:

EL ARTICULO 648 bis. RICICLAGGIO.

FUORI DEI CASI CONCORSO NEL REATO, CHIUNQUE SOSTITUISCE O TRASFERISCE DENARO, BENI O ALTRE UTILITA ' PROVENIENTI DA DELITTO NON COLPOSO, OVVERO COMPIE IN RELAZIONE AD ESSI ALTRE OPERAZIONI, IN MODO DA OSTACOLARE L'IDENTIFICAZIONE DELLA LORO PROVENIENZA DELITTUOSA , E'PUNITO CON LA RECLUSION DA QUATRO A DODICI ANNI E CON LA MULTA DA LIRE DUE MILIONI A LIRE TRENTA MILIONI.

LA PENA E' AUMENTATA QUANDO IL FATTO E' COMMESSO NELL 'ESERZICIO DI UN'ATTIVITA PROFESSIONALE.

LA PENA E' DIMINUITA SE IL DENARDO, I BENI O LE ALTRE UTILITÀ PROVENGONO DA DELITTO PER IL QUALE E' STABILITA LA RECLUSIONE INFERIORE NEL MASSIMO A CINQUE ANNI.

SI APPLICA L'ULTIMO COMMA DEL ´ARTICOLO´648 (Le disposizioni di quest'articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non é imputabile o non é punible ovvero quando manchi una condizione di procedibilitá riferita a tale delitto).

La actual formulación del delito previsto en el artuculo 648 bis es el resultado de varias modificaciones normativas.

En su origen esta norma estaba prevista por el art. 3 de la ley 178 de 1991 en forma de delito de consumación anticipada. Después fue modificada por el art.23 de la ley 59/90 en una norma más tradicional, para sufrir enseguida otra modificación.

Esta disciplina normativa ha ampliado en efectos los delitos supuestos (en origen estaban limitados al robo agravado, extorisión agravada, secuestro de personas y a los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes) A TODOS LOS DELITOS NO CULPOSOS.

Esta excesiva dilatación de la figura delictiva ha sido sin embargo, compensada por el atenuante previsto en el tercer inciso del artículo 648

bis, en los casos de los delitos no particularmente graves.

Hay que recordar además, que el art. 12 quater de la ley 356/92 autoriza a las fuerzas de policia a realizar procedimientos simulados de compra de droga mientras que el art. 10 de la ley 172/92 prevee que la autoridad judicial pueda retrasar u omitir la ejecución de medidas cautelares.

El cuadro normativo delineado demuestra como la lucha contra el 'lavado' de dinero se articula sobre el momento inicial del iter criminis. Por un lado, golpea al delito por el que la organización criminal tiene la exigencia de reciclar las rentas derivadas. Por otro lado, amplia las conductas que concretan momentos de legitimación o 'lavado' de bienes o utilidades de estos delitos.

Esta técnica legislativa presenta sin embargo ciertos riesgos:

1. En primer lugar, se termina ampliando excesivamente la conducta típica que pierde asi taxatividad y hace más difícil en concreto la comprobación efectiva de la ilicitud de los hechos castigados.

2. En segundo lugar, cabe reflexionar sobre cierta contradicción existente en la estructura del tipo penal.

Como es notorio, las rentas de cualquier delito son atacables a través del embargo y la confiscación. Esto no es posible cuando las rentas constituyen la premisa lógico-formal del delito de lavado de dinero.

En efecto, en estos casos el delito de lavado de dinero se perfecciona solo a través de la conducta de 'utilización o sustitución' de las rentas. POR LO TANTO SOLO EL EXITO DE LA CONDENA POR HECHOS DE LAVADO DE DINERO permitirá atacar el provecho o la utilidad económica del delito que PARADOJICAMENTE, era ya en principio neutralizable por las medidas cautelares ordinarias.

Párrafo IV

Por lo que afecta a la conducta sancionada, con la expresion SUSTITUCION se intenta comprender también el simple deposito en un banco de dinero 'suzio'. Siendo el dinero un bien fungible, el banco está

obligado a la restitución de la misma cantidad de dinero, que asi viene de hecho 'limpiado' o legitimado.

En cambio, en lo que respecta a la locución CUMPLIR OPERACIONES EN FORMA DE OBSTUCULIZAR LA IDENTIFICACION, se trata de un concepto difícil de concretar y privado de los caracteres de determinación que las normas constitucionales imponen.

Yà hemos observado que solo expresiones tan 'porosas' son consideradas eficaces para reprimir el delito. En realidad, la extrema latitud interpretativa no permite al juez penal comprender el concreto disvalor del hecho, con la consecuente imposibilidad, en muchos casos, de probar la efectiva comisión del delito.

Por lo que respecta al elemento subejtivo, el art. 648 bis desde luego no prevee el dolo específico. En particular la expresión 'de manera de obstaculizar ' constituye el requisito objetivo de la conducta y no el fin del sugeto agente. De allí consigue que, para la configuración del delito, sea suficiente que el sujeto activo sea consciente de la origen delictiva del dinero, bien o utilidad.

Si se considera la posibilidad de dolo eventual del sujeto agente, se entiende la terrible fuerza expansiva que tiene la norma, además recordando que no existen limitaciones a los delitos-supuestos como origen de los activos.

Por otra parte, es interesante preguntarse si este delito subsiste frente a los operadores bancarios que deben, conforme el art. 3 de la ley 197/91, señalar las operaciones sospechadas de transferencias de dinero o titulos y OMITAS HACER LA DENUNCIA.

En estos casos se trataría de hechos que pueden pertenecer al reciclaje. Desde el perfil obejtivo se trata de operaciones que obstaculizan la identificación de la procedencia lícita de los activos, al que se agrega, desde el perfil subjetivo, la hipótesis de consciencia solo eventual del operador bancario sobre la procedencia ilícita.

Párrafo V

El art. 648 ter. IMPIEGO DI DENARO, BENI O UTILITÀ DI PROVENIENZA ILLECITA.

CHIUNQUE, FUORI DEI CASI DI CONCORSO DEL REATO E DEI CASI PREVISTI DAGLI ARTICULO 648 E 648 BIS, IMPIEGA IN ATTIVITÀ ECONOMICHE O FINANZIARIE DENARO, BENI O ALTRE UTILITÀ PROVENIENTI DA DELITTO, E' PUNITO CON LA RECLUSIONE DA QUATTRO A DODICI ANNI E CON LA MULTA DA LIRE DUE MILIONI A LIRE TRENTA MILIONI.

LA PENA E' DIMUNUITA NELL'IPOTESI DI CUI AL SECONDO COMMA DELL'ARTICOLO 648.

SI APPLICA L'ULTIMO COMMA DELL'ARTICOLO 648.

El art. 648 ter constituye, en la legislación italiana, el anillo de cierre en la represión del lavado de dinero. El delito ha sido introducido por el art.24 de la ley 55/90, modificado sucesivamente por la ley 328/93 de ratificación de la Convención de Strasburgo de 1990.

El hecho tipico, construido de manera residual, encuentra aplicación en los casos no pertenecientes a las hipótesis de encubrimiento y de lavado de dinero, bienes, u otras utilidades en actividades económicas o financieras.

No escapa que la norma acaba de traicionar la ratio de la tutela que la inspira. Repárese que, por los casos peligrosos de utilización económico-financiera de rentas criminales, se ataca finalmente a hechos que poco o nada tienen que ver con aquella. Esto es asì por un lado, a raiz de la expresión 'EMPLEAR' que resulta tan amplia que incluye cualquier conducta de explotación económica. Y de otro lado, porque el empleo que se castiga incluye también el caso de rentas de delitos culposos.

De esto se ha dado cuenta la doctrina que acabó por interpretar restrictivamente el alcance de la norma. Por lo que se refiere a la praxis jurisprudencial, las raras aplicaciones de la norma confirman esta orientación restrictiva y, al mismo tiempo, comprueban el papel negativo de la función simbólica otorgada a esta legislación penal.

Párrafo VI

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Según una concepción sostenida con autoridad, el bien jurídico

protegido por estas normas no parece ser lo del patrimonio.

En realidad, el peligro que el legislador entiende prevenir es la TURBACION DEL ORDEN ECONOMICO. En efecto tanto la sustitución como la transferencia de dinero o el empleo de esta falsean la 'par condicio' del mercado y alteran las reglas del juego, reglas que vinculan a todos los operadores.

En efecto, queda claro que la gran disponibilidad de capitales 'sucios' o fruto de delitos se traducen en un elemento de desequilibrio para el mercado. Incluso, la organización criminal puede culminar con la conquista de nuevos espacios en el mercado a través de medios violentos (extorsión, intimidación).

Esta patología del mercado, falseado doblemente tanto por la entrada de activos ilegales cuando en la fase de gestión de estos, constituye el verdadero problema para el legislador y un real riesgo de alteración de la iniciativa económica privada y de la correcta canalización del ahorro, bienes ambos protegidos a nivel constitucional.

Párrafo VII

PERFILES DE DERECHO COMPARADO

En la 'lucha' contra el lavado de activos Italia fuè entre los primeros paises en dotarse de normas ad hoc y, además, estableció una estructura normativa dentro de las más articuladas, que terminó siendo sustancialmente calcada en los paises europeos de la misma tradición jurídica.

Una mirada normativa internacional en esta materia es sin duda útil, no tanto a los fines de recopilación informativa, cuando con el obejtivo indispensable de dirigir un procedimiento de armonización futura.

El texto más conocido es la Convención de Viena del 19.12.88. En el mismo año el Comité de Reglamentación bancaria reunido en Basilea, disponía reglas dirigidas a los bancos para prevenir el lavado de dinero.

En 1989, con motivo del G7 de Paris, se procedía a la institución del GAFI (Grupo Ideación Financiero Internacional), órgano que llegó a la elaboración de 40 recomendaciones por la prevención del lavado de activos.

En el ámbito comunitario, es fundamental la convención firmada en Strasburgo el 8.11.90, seguida por la directiva No. 91-138 del 10.6.91 siempre en la misma materia. Estos dos textos (Convención y Directiva) se caracterizan por la elaboración de líneas comunes de política criminal, imponiendo a los estados miembros ciertas obligaciones.

Este programa político-criminal puede sintetizarse en lo siguiente:

A) Intervenciones PREVENTIVAS DIRIGIDAS A LAS ENTIDADES BANCARIAS Y FINANCIERAS. En particular: a.1. Identificación del cliente por operaciones económicas de valor superior al límite máximo de 15.000 dolares, a.2. informar de las operaciones sospechosas a la autoridad investigadora (En Italia originariamente era el Cuestor, jefe superior de la policía, luego el U.I.C., Oficina Italiana de Cambio).

B). Determinación de REPRESION tradicional consistente en la ENUMERACION normativa de las conductas castigadas como 'lavado' de dinero.

C): Disciplina del POST-FACTUM o sea, predisposición de todas las medidas ideoneas para expropiar al autor del crimen de rentas delictivas (en particular embargo y confiscación), con la intención de neutralizar explícitamente el 'impluso psiocológico al delito' alimentado por la concreta posibilidad de obtener enormes ganancias personales.

En este marco de intervención posterior al hecho, la Convención de Strasburgo se ocupa de REFORZAR LA COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL.

Párrafo VIII

CONSIDERACIONES CRITICAS.

Actualmente, a pesar de la articulada respuesta normativa y del empleo de hombres y medios, la lucha contra el lavado de dinero no ha producido los resultados positivos por los cuales todo el mundo esperaba.

Más que el refinamiento de las técnicas de elusión de las normas por

parte de la organización criminal, este balance negativo, es el producto de por lo menos dos factores que deben ser tenidos en cuenta para fundamentar una inversión en las tendencias sobre la materia.

1. Es necesario 'desamparar' el enfoque tradicional según el cual la lucha contra el lavado de activos pasa necesariamente por la arbitraria utilización de la sanción penal. En cambio resulta mucho más productivo sostener una respuesta penal según módulos bien diferenciados.

Es decir, la tipología de la intervención preventiva, para ser ideonea (en los aspectos de individualización y bloqueos a la raiz del fenómeno del lavado) TIENE QUE SER ADMINISTRADA A TRAVES DE MECANISMOS EXTRA PENALES, POR EJEMPLO, PREVISIONES DE ILICITOS ADMINISTRATIVOS. Como tales, estos resultan más idóneos por 'simplicidad de su utilización' para obstaculizar operaciones sospechas.

La sanción penal, por el contratio, tiene que ser dejada para el área residual de las conductas de lavado de dinero, en línea con el principio de subsidiariedad de la norma penal.

Esta conducta típica TIENE QUE SER BASADA SOBRE POCAS Y ELUSIVAS OPERACIONES DE SUSTITUCION Y NUEVO EMPLEO DE LOS BIENES, y resultar realmente ofensiva del orden económico en enlace con la limitada categoria de delitos-supuestos (como origen de renta ilicita).

2. En esta materia, como en ninguna otra, es además necesaria una concertación a nivel internacional en aptitud de superar el escollo tradicional de la soberania nacional y utilizando órganos investigativos supra-nacionales, fundados en eficaces tratados de cooperación internacional.

De otra forma, en una época de globalización informática de los mercados financieros, tendría muy poco sentido la represión solamente nacional del lavado de dinero y se estaria al revés favoreciendo la creación de zonas de impunidad territorial que finalmente serían el más comodo recurso para las organizaciones criminales.

MARIA CLELIA CICIRIELLO*

L'ADATTAMENTO DELL'ORDINAMENTO INTERNO ALLE FONTI GIURIDICHE INTERNAZIONALI DI TERZO GRADO: IN PARTICOLARE IL RAPPORTO TRA ORDINAMENTO ITALIANO ED ORDINAMENTO COMUNITARIO

* Professore associato di diritto delle Comunità europee, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Urbino

1. Premessa

Il problema del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, argomento classico oggetto di ampi dibattiti scientifici, ha a lungo diviso e preoccupato la dottrina internazionalistica a partire dalla fine del secolo scorso. Come è ben noto infatti sulle modalità di conformazione dell'ordinamento interno a quello internazionale si sono confrontate a lungo la dottrina dualista, con il suo principio della relatività dei valori giuridici, conseguenza diretta della configurazione dell'ordinamento interno come originario e, quindi, separato e distinto da quello internazionale (Triepel, Anzilotti); e la dottrina monista, che vedendo il diritto internazionale ed i diritti nazionali inseriti in un quadro giuridico unitario, con la prevalenza ora dell'uno ora dell'altro a seconda della impostazione teorica accolta (Kelsen), affermava comunque la nullità delle regole interne contrastanti con il diritto internazionale.

La polemica tra monismo e dualismo appare oggi fortemente attenuata se non addirittura superata da un canto da un certo ravvicinamento registrato nelle posizioni delle due scuole (si pensi al monismo strutturale di Quadri) e, dall'altro dalla irrilevanza di essa, sottolineata dalla dottrina più accreditata, ai fini della soluzione pratica dei problemi di adattamento dell'ordinamento interno a quello internazionale[1].

Un ravvicinamento tra le due posizioni sembra avere ispirato anche la disciplina contenuta nella Convenzione di codificazione del diritto dei trattati di Vienna del 1969, la quale dopo avere accolto un'impostazione dualista nell'art. 27 che sancisce di regola l'irrilevanza dell'ordinamento interno come giustificazione di un eventuale inadempimento agli obblighi convenzionali, formula considerazioni di carattere monista, laddove all'art.

[1] V. Conforti, *Diritto Internazionale*, 5° ed., Napoli, 1999, p. 295.

46, in via di eccezione, sancisce la nullità dei trattati per violazione di norme interne di importanza fondamentale sulla competenza a stipulare.

L'accoglimento del principio di separazione tra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni non esclude, come ha sottolineato la dottrina[2] e come la realtà giuridica dimostra, che si affermino degli ordinamenti giuridici separati ed autonomi rispetto sia al primo che ai secondi: si tratta degli ordinamenti interni delle organizzazioni create mediante trattato internazionale i quali, se pur di derivazione internazionale, si presentano dotati di una propria individualità e nell'ambito dei quali i rapporti che si instaurano non sono più unicamente configurabili in termini di diritti ed obblighi reciproci degli Stati membri.

La relazione che mi è stata assegnata, si occuperà di questo aspetto specifico della problematica dell'adattamento, cioè a dire del rapporto tra le fonti giuridiche internazionali c.d. di terzo grado, con particolare riferimento al rapporto tra ordinamento italiano e diritto comunitario. Tenendo conto dell'ampiezza della problematica in esame e dei limiti temporali entro i quali dovrà essere contenuta l'esposizione, cercheremo di presentare un quadro generale per poter rispondere ad alcuni interrogativi fondamentali, partendo da una analisi sostanziale del suddetto rapporto. Lo scopo sarà quello di dimostrare, alla luce delle considerazioni che saranno svolte, la irrilevanza pratica della contrapposizione tra monismo e dualismo nella soluzione dei problemi di applicazione del diritto comunitario nell'ordinamento degli Stati membri ed in particolare in Italia.

2. L'adattamento dell'ordinamento interno agli atti vincolanti delle organizzazioni internazionali

Con riferimento al problema in esame, occorre innanzi tutto domandarsi se l'adattamento ad un trattato istitutivo di una organizzazione

[2] V. Giuliano-Scovazzi-Treves, *Diritto Internazionale*, Parte Generale, Milano, 1991, p. 543.

internazionale realizzato ad esempio, come avviene in Italia, mediante un procedimento speciale o per rinvio consistente in un ordine di esecuzione, comporti o meno anche una immissione diretta ed automatica delle decisioni vincolanti adottate dagli organi della organizzazione, senza ulteriori singoli atti di adattamento.

Nonostante una prassi sufficientemente diffusa che sembra respingere una tale soluzione, secondo una parte della dottrina, il problema dovrebbe essere risolto affermativamente unicamente alla luce dell'ordinamento interno dello Stato, senza tenere conto della esistenza o meno di una disposizione espressa del trattato che preveda la diretta applicabilità degli atti vincolanti della organizzazione, come è il caso, ad esempio, dell'articolo 189 del Trattato istitutivo della Comunità europea[3]. E ciò nella considerazione che tali atti avrebbero già forza formale all'interno dell'ordinamento dello Stato membro, in virtù dell'ordine di esecuzione che coprirebbe anche la parte del trattato istitutivo che prevede la generica competenza dell'organizzazione ad emanare eventuali decisioni vincolanti[4].

Nonostante il fascino e l'autorevolezza di una tale impostazione, a noi sembra tuttavia che in tal modo si vada, innanzi tutto, a sottrarre allo Stato il meccanismo di controllo previsto per l'applicazione di norme estranee all'interno del proprio ordinamento; si confonda, in secondo luogo, il piano del vincolo imposto allo Stato organizzazione con quello dell'obbligo imposto allo Stato comunità da un organo estraneo all'apparato di governo statale; ed infine non si attribuisca alcun valore alla manifestazione di volontà degli Stati membri espressa nella disposizione del Trattato e, quindi, non si faccia alcuna distinzione tra trattati istitutivi che prevedono e trattati istitutivi che non prevedono la diretta applicabilità delle decisioni degli organi da essi creati.

Tenuto conto di quanto precede, si ritiene pertanto che la soluzione del problema comporti una analisi sostanziale della natura del rapporto che

---

[3] Oggi, art. 249 nella versione consolidata del trattato CE conseguente all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

[4] V. in tal senso Conforti, *op. cit.*, pp. 323 ss.

intercorre tra competenze statali e competenze della organizzazione per poter valutare se l'applicazione diretta degli atti vincolanti della organizzazione sia giustificata o meno da un trasferimento di poteri legislativi propri dell'ordinamento statale in favore dell'organo internazionale: si tratta in definitiva di verificare se, come avviene per il fenomeno comunitario, si produca o meno, per volontà degli Stati membri, una sostituzione degli organi statali nell'esercizio di determinati poteri all'interno degli stessi ordinamenti nazionali.

Soltanto nel momento in cui tale fenomeno si produca, anche eventualmente in mancanza di una previsione espressa nel trattato istitutivo, si potrà concludere che le decisioni vincolanti della organizzazione non hanno bisogno di singoli atti di adattamento, cioè a dire di immissione nell'ordinamento interno, essendo già formalmente in grado di indirizzare i propri comandi, oltre che agli Stati membri, anche direttamente ai soggetti interni di tali Stati. Infatti, la diretta applicabilità di tali atti non potrebbe comunque operare laddove i poteri trasferiti dagli Stati membri all'organizzazione attenessero unicamente a rapporti esterni sul piano internazionale, lasciando completamente intatta la competenza sovrana del legislatore nazionale per la disciplina dei relativi rapporti interindividuali.

3. Natura del fenomeno comunitario e sue conseguenze

L'applicazione più ampia e significativa del principio della diretta applicabilità delle fonti giuridiche internazionali di terzo grado è data, come è ben noto, dagli atti comunitari derivati. Mentre i Trattati istitutivi e tutti i trattati successivi modificativi di essi, in quanto norme internazionali pattizie, hanno subito un procedimento di adattamento nei singoli Stati membri per potere essere applicati ai soggetti interni, il diritto comunitario derivato, costituito essenzialmente da regolamenti, direttive e decisioni, non richiede una procedura speciale di adattamento, ma solo eventualmente, ove necessario, provvedimenti nazionali di pura e semplice integrazione od esecuzione. Occorre in definitiva verificare di volta in volta, in base alla forma ed alla sostanza dell'atto comunitario, qualunque sia la sua denominazione,

quale sia l'impatto con gli ordinamenti giuridici nazionali e quali siano gli eventuali interventi formali richiesti o imposti agli Stati membri perché il diritto e/o l'obbligo comunitario possa considerarsi a tutti gli effetti rilevante e soprattutto operante in rapporto alla posizione giuridica del suo destinatario[5].

Tutto ciò si giustifica in sostanza alla luce del sistema di ripartizione delle competenze legislative operato dal Trattato, sulla base del quale gli Stati membri hanno acconsentito, in alcuni settori, ad una sostituzione totale o parziale della legislazione nazionale con quella comunitaria per la disciplina dei rapporti interindividuali inerenti a tali settori, ai fini dell'instaurazione del mercato comune. Lo Stato, trasferendo il proprio potere legislativo interno agli organi comunitari, finisce in definitiva per trovarsi in carenza di potere normativo in tali ambiti, nei limiti naturalmente in cui la Comunità eserciti effettivamente la propria competenza, tanto da potersi considerare non venuta effettivamente ad esistenza, per la disciplina del rapporto attratto sotto il diritto comunitario, l'eventuale norma nazionale che illegittimamente interferisca con la competenza legislativa comunitaria.

L'applicazione degli atti comunitari nei singoli ordinamenti interni degli Stati membri è retta da tre principi fondamentali di origine essenzialmente giurisprudenziale che sono stati elaborati, o comunque ulteriormente specificati, dalla Corte di giustizia delle Comunità europee e, successivamente accolti nelle loro implicazioni finali, dopo un lungo periodo di contrasto, anche dalla Corte costituzionale italiana: si tratta dei principi della diretta applicabilità, dell'efficacia diretta e della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale degli Stati membri.

Prima di passare a considerare singolarmente i tre principi per ricostruire il pensiero della giurisprudenza al riguardo, occorre avvertire che mentre la Corte di Lussemburgo accoglie una posizione monista rispetto al rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali, basato sul

[5] V. in tal senso TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, p. 104

principio della integrazione e, quindi, della superiorità per così dire gerarchica del primo sui secondi, la Corte costituzionale italiana, accogliendo una posizione dualista, ricostruisce, per contro, il rapporto in termini di coordinamento tra i due ordinamenti, coordinamento realizzato proprio sulla base di quel sistema di ripartizione di competenze legislative operato dal Trattato di cui si è detto.

4. Segue: Il principio della diretta applicabilità e dell'efficacia diretta

Abbiamo già sottolineato come per diretta applicabilità si intenda in definitiva la permanenza dell'atto comunitario all'interno dei singoli ordinamenti degli Stati e, quindi, la sua idoneità a produrre i relativi effetti giuridici sia nei confronti degli Stati in quanto tali che dei rispettivi cittadini senza alcun intervento formale da parte dell'autorità nazionale. Al riguardo, occorre rammentare come la giurisprudenza comunitaria abbia collegato il divieto per gli Stati di riprodurre l'atto comunitario direttamente applicabile in norme interne alla competenza esclusiva di interpretazione della Corte di giustizia ex articolo 177 Trattato CE[6], competenza che potrebbe essere elusa, come del resto è avvenuto per un lungo periodo in Italia, ove l'atto fosse formalmente nazionalizzato con un procedimento ordinario di adattamento[7].

La nozione di applicabilità diretta attiene ad una qualità intrinseca della norma, l'efficacia diretta attiene invece all'incidenza che tale norma provoca sulla posizione giuridica del singolo. Chiaramente l'efficacia diretta del diritto comunitario non può che essere strettamente collegata, ed in un certo senso costituire la conseguenza, della sua diretta applicabilità, anche se le due nozioni, pur restando concettualmente distinte, vengono utilizzate indifferentemente dalla Corte di giustizia delle C.E.

---

[6] Oggi, art. 234.

[7] V. sentenza 2 febbraio 1977, Causa 50/76, in *Racc.* 1977, pp. 137 ss.

Mentre, quindi, per diretta applicabilità si intende la permanenza dell'atto comunitario all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, per efficacia diretta si intende l'idoneità della norma comunitaria di creare diritti ed obblighi direttamente in capo ai singoli, persone fisiche o giuridiche cittadine degli Stati membri e, pertanto, la facoltà riconosciuta a questi ultimi di azionare la norma comunitaria innanzi ai giudici nazionali.

Indipendentemente dalla previsione espressa di diretta applicabilità, contenuta nell'art. 249 Trattato CE, soltanto con riferimento ai regolamenti, se esaminiamo da un punto di vista sostanziale il rapporto, dobbiamo concludere, conformemente alle posizioni sostenute sia dalla giurisprudenza comunitaria che da quella costituzionale, che tutto il diritto comunitario derivato gode, indipendentemente dalla previsione espressa, della diretta applicabilità in quanto tutti gli atti comunitari sono il risultato dell'esercizio di un potere legislativo trasferito totalmente o parzialmente dal livello statale al livello comunitario: è chiaro però che la portata giuridica di tali requisiti varierà a seconda del tipo di atto innanzi al quale ci troviamo. Infatti, se ci riferiamo ad un regolamento, atto a struttura completa, obbligatorio in tutti i suoi elementi, il quale esaurisce la disciplina del rapporto in tutti i suoi aspetti, è chiaro che la sua diretta applicabilità e la sua efficacia diretta avranno la massima portata possibile in quanto la prima atterrà sia ai principi ed agli scopi che alla disciplina di dettaglio da esso prevista e la seconda consentirà di azionare l'atto comunitario innanzi al giudice nazionale sia in senso verticale contro lo Stato che orizzontale rispetto agli altri soggetti interni.

Il discorso risulta diverso, per contro, per la direttiva, in quanto essendo il comando comunitario limitato in questo caso all'indicazione del risultato da raggiungere, la diretta applicabilità di essa attiene unicamente all'obbligo di risultato. Dato che, come afferma la Corte di giustizia indipendentemente dalla denominazione dell'atto, perché si produca l'effetto diretto occorre che le disposizioni comunitarie siano sufficientemente chiare, precise ed incondizionate tanto da non richiedere, per la loro applicazione, ulteriori atti di esecuzione o integrazione, la giurisprudenza e la dottrina hanno identificato tre categorie di direttive ad efficacia diretta verticale, cioè a dire azionabili innanzi al giudice nazionale da parte del singolo che

non ne è il destinatario, per richiederne l'applicazione giudiziale, contro lo Stato inadempiente: trattasi delle direttive dettagliate, di quelle che impongono allo Stato un obbligo negativo di astensione e di quelle che si limitano a riprodurre un obbligo già contenuto nel Trattato dettagliandolo.

L'attribuzione dell'efficacia diretta alle disposizioni di determinate direttive trova il suo fondamento negli stessi argomenti utilizzati per affermare da parte della Corte di giustizia l'effetto diretto di alcune norme del Trattato, in particolare dell'art. 12, nella nota sentenza *Van Gend en Loos*[8]: a) deve esistere un preciso obbligo dello Stato che abbia come contropartita un diritto del singolo; b) l'art. 189 (oggi art. 249) non esclude che atti diversi dai regolamenti producano gli stessi effetti; c) la portata dell'obbligazione imposta allo Stato sarebbe ridotta se i singoli non ne potessero fare valere l'efficacia ed i giudici nazionali non potessero prenderla in considerazione, com'è confermato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Ricostruito in tal modo, il requisito dell'efficacia diretta finisce per configurarsi come una sanzione in risposta ai ritardi ed agli inadempimenti degli Stati membri rispetto agli obblighi ad essi imposti dalle direttive[9]. L'intento sanzionatorio di una simile ricostruzione da parte della Corte di giustizia si è manifestato in tutta la sua chiarezza con la recente elaborazione della teoria della responsabilità extra contrattuale dello Stato membro per inerzia legislativa, per avere compiuto un grave inadempimento agli obblighi comunitari (violazione degli artt. 189 e 5 Trattato CE)[10] avendo mancato di adottare nei termini la legge interna di recepimento; il che per le direttive non rientranti nella categoria di quelle ad efficacia diretta verticale significava, in precedenza, la impossibilità di azione per il singolo innanzi al giudice nazionale. A partire dalla giurisprudenza *Francovich/Bonifaci*

---

8 V. sentenza 5 febbraio 1963, Causa 26/62, *in Racc.* 1963, pp. 1 ss. L'art. 12 Trattato CE corrisponde oggi all'art. 25 nella versione consolidata.

9 V. in tal senso TESAURO, *op. cit.*, p. 114.

10 L'art. 5 Trattato CE corrisponde oggi all'art. 10 nella versione consolidata.

del 1991[11], più volte confermata e specificata nel 1996[12], la Corte afferma che il singolo, pregiudicato dalla mancata applicazione della norma comunitaria in carenza della legge di recepimento, può comunque sempre ricorrere al giudice nazionale, per richiedere il risarcimento del danno subito, purché la norma in questione sia comunque in grado di creare situazioni soggettive in capo al ricorrente il cui contenuto sia individuabile ed esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito. Viene così introdotto nell'ordinamento comunitario il c.d. "illecito del legislatore" che costituisce comunque una fattispecie sconosciuta in precedenza agli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri. Alla tutela risarcitoria prevista in tal modo a livello comunitario non corrisponde, allo stato attuale, in pratica un meccanismo di reintegrazione patrimoniale negli ordinamenti nazionali, meccanismo che dovrà essere individuato dagli organi competenti, legislativi e giudiziari degli Stati per dare corretta e concreta attuazione alle sentenze della Corte di giustizia in materia.

Con due pronunce entrambe emanate il 10 luglio 1997 (sentenze *Maso* e *Bonifaci/Berto*)[13], la Corte di giustizia, dopo aver affermato che spetta al giudice nazionale "far si che il risarcimento dei danni subiti dai beneficiari sia adeguato", ha inoltre considerato che "un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva sarà a tal fine sufficiente, ameno che i beneficiati non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere risarciti"; in tal modo con l'unico limite dei danni ulteriori, la Corte sembra configurare l'adeguamento retroattivo come una delle possibili e preferibili modalità di cui lo Stato membro dispone per procedere alla riparazione[14].

---

[11] V. sentenza 19 novembre 1991, Cause C-6/80 e C-9/90, in *Racc.* 1991, pp. I - 5357 ss.

[12] V. sentenza *Dillenkofer,* 8 ottobre 1996, Cause riunite C-178/94, C-179/84 e C-190/94, in *Racc.* 1996, pp. I-4845 ss.

[13] V. sentenza 10 luglio 1997, Cause riunite C-94/95 e c-95/95 e Causa C-373/95, in *Racc.* 1997, pp. I-3969 ss. e I-4051 ss.

[14] Balboni, *Diritto al risarcimento e adeguamento retroattivo alle direttive non (correttamente) attuate* in *Il diritto dell'Unione europea,* 1998, pp. 861 ss.

5. Segue: Il principio del primato nel pensiero della Corte di giustizia delle CE

L'effetto diretto si collega necessariamente all'altro elemento caratterizzante le norme comunitarie costituito dal c.d. primato o prevalenza sulle norme interne con esse contrastanti, sia precedenti che successive.

La Corte di giustizia delle CE è pervenuta alla prima elaborazione della teoria del primato nella sentenza *Costa/Enel* del 1964[15], nella quale, partendo da una visione monista del rapporto tra le norme dei due ordinamenti, dall'integrazione cioè degli ordinamenti degli Stati membri nell'ordinamento comunitario, ne ha dedotto l'impossibilità per i primi di fare prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale nazionale che pregiudicherebbe lo stesso spirito del Trattato. In questa, come nelle sentenze successive, la Corte deduce la prevalenza del diritto comunitario dalla configurazione stessa della Comunità, come ente superiore, le cui regole si impongono per forza propria, ai fini del raggiungimento degli scopi previsti dal Trattato.

Nella giurisprudenza successiva[16], la Corte specifica le implicazioni che discendono dal principio del primato, pervenendo alla conclusione che, limitatamente al caso di specie, la norma comunitaria in contrasto con una legge nazionale avrebbe la forza di porre nel nulla quest'ultima e che, quindi, nessun procedimento interno di annullamento che finisca per impedire o ritardare l'applicazione della norma comunitaria è giustificabile, in quanto è il giudice nazionale che deve fare prevalere in via automatica la norma comunitaria disapplicando quella nazionale contrastante.

L'obbligo di applicare la norma comunitaria disapplicando quella

---

15 V. sentenza 15 luglio 1964, Causa 6/64, in *Racc.* 1964, p. 1127 ss.

16 V. sentenze Simmenthal, 9 marzo 1978, Causa 106/77, in *Racc.*, 1978, p. 629; sentenza Factortame, 19 giugno 1990, Causa C-213/89, in *Racc.* 1990, p. 2433; sentenza Peterlocck,14 dicembre 1995, Causa C-312/93, in *Racc.* 1995, pp. I ss.

interna opera non solo rispetto ai regolamenti ma anche a tutte le altre norme ad efficacia diretta in quanto anche rispetto ad esse vale l'esigenza che la norma comunitaria possa essere fatta valere nonostante qualunque regola interna contrastante. Al riguardo la Corte ha infatti sottolineato[17] come sarebbe contraddittorio statuire che i singoli possono invocare innanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva e nel contempo ritenere che l'Amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad essa non conformi.

Per quanto riguarda, infine, le norme comunitarie che non sono ad efficacia diretta, la Corte di Lussemburgo ha più volte sottolineato l'esigenza di una interpretazione della norma interna eventualmente contrastante in modo da adeguarla agli obblighi comunitari, affermando che il giudice interno, applicando il diritto nazionale, che si tratti di disposizioni anteriori o posteriori a quelle di una direttiva, è chiamato ad interpretarlo alla luce della lettera e degli scopi della direttiva stessa al fine di raggiungere il risultato da questa previsto e conformarsi così all'art. 189, 3° comma, Trattato CE. Non c'è dubbio che tali affermazioni formulate con specifico riferimento alle direttive possono operare anche per gli obblighi previsti da tutte le altre fonti comunitarie non aventi efficacia diretta. Se poi il contrasto non risulti sanabile in via interpretativa, ciascuno Stato membro dovrà provvedere, secondo le rispettive regole, a rimuovere le norme interne contrastanti per soddisfare l'obbligo di cooperazione ad esso imposto ex art. 10 Trattato CE[18].

6. Segue: Il principio del primato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana

L'Italia ha adattato il proprio ordinamento interno ai Trattati istitutivi delle CE mediante ordine di esecuzione contenuto in una legge ordinaria

---

[17] V. sentenza fratelli Costanzo, 22 giugno 1989 Causa 103/88 in *Racc.* 1989, p. 1839.

[18] V. sul punto GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1996 pp. 116 ss.

dello Stato; in tal modo le norme dei Trattati hanno assunto lo stesso rango della legge ordinaria nel nostro ordinamento. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che tali Trattati rientrino nella previsione dell'art. 11 Cost. secondo il quale: "L'Italia (...) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo". Il richiamo all'art. 11 Cost. ha avuto pertanto come conseguenza una para costituzionalizzazione dei Trattati e del diritto da essi derivato. Tuttavia, lungo e faticoso è stato il cammino della giurisprudenza costituzionale per pervenire, soltanto nel 1984, ad affermare la piena ed automatica prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno italiano precedente e successivo[19].

Nella evoluzione del pensiero della Corte costituzionale italiana circa il rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale possono essere individuate tre diverse fasi, l'ultima delle quali porta la Corte in definitiva a ribaltare completamente la posizione assunta al riguardo nel lontano 1964 con la sentenza *Costa/Enel*[20]. In quella occasione la Corte nega la prevalenza delle norme comunitarie, sostenendo, da un canto, che la "violazione del Trattato, se importa responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia" e, dall'altro, che, non avendo l'art. 11 Cost. conferito alla legge ordinaria di esecuzione del Trattato una efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto non si può accogliere la tesi secondo cui la legge in contrasto con esso sarebbe incostituzionale per violazione indiretta del detto art. 11. All'epoca, quindi, la Corte assegna all'art 11 Cost. una funzione puramente permissiva nel senso che "ove ne ricorrano i presupposti è possibile stipulare trattati con cui si assumono limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria".

La seconda fase nella marcia di avvicinamento alle posizioni della

[19] V. sentenza 8 giugno 1984, n. 170, Granital, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2062.
[20] V. sentenza 7 marzo 1964, n. 14, in *Foro it.*, 1964, I, p. 465.

Corte di giustizia si ha nel 1973 con la sentenza *Frontini*[21] e successivamente nel 1975 con la sentenza Industrie Chimiche[22], allorquando la Corte costituzionale afferma che la norma comunitaria viene immessa nel nostro ordinamento non in base al semplice ordine di esecuzione, ma all'art. 11 Cost., per cui, da un canto, la norma comunitaria in quanto promanante da una fonte estranea al nostro ordinamento, non può essere sottoposta al sindacato di costituzionalità; dall'altro, la norma comunitaria acquisisce un rango para costituzionale con la conseguenza che qualsiasi norma interna in contrasto con essa è incostituzionale. Tuttavia, la incostituzionalità della norma interna doveva essere dichiarata dalla Corte stessa e, pertanto, tale norma continuava a spiegare tutta la sua efficacia fintanto che non fosse stata eccepita la sua illegittimità costituzionale. Pur avendo individuato il fondamento della prevalenza della norma comunitaria nell'art. 11 Cost., la Corte sostiene però, a differenza della posizione monista della Corte di giustizia, che il trasferimento agli organi della Comunità del potere di emanare norme giuridiche non comporta come conseguenza una radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri, bensì fa sorgere unicamente il problema della legittimità costituzionale dei singoli atti legislativi che violino obblighi comunitari in quanto costituzionalmente illegittimi per contrasto diretto con gli artt. 189 e 177 Trattato CE e indiretto con l'art. 11 Cost. Viene previsto in tal modo un meccanismo interno che viene molto criticato dalla Corte di giustizia e respinto, come abbiamo visto nella sentenza *Simmenthal* del 1978, in quanto pregiudicava la applicazione uniforme del diritto comunitario in Italia, dovendosi attendere la previa pronuncia di illegittimità costituzionale della legge interna da parte della Corte costituzionale per consentire al giudice italiano di applicare la norma comunitaria con essa in contrasto.

A fronte delle numerose critiche avanzate da più parti alla sua giurisprudenza al riguardo, la Corte costituzionale inaugura la terza fase della evoluzione del suo pensiero con la sentenza *Granital* del giugno 1984, le

[21] V. sentenza 27 dicembre 1973, n. 183, in *Foro it.* 1974, I, p. 314.

[22] V. sentenza 30 ottobre 1975, n. 232, in *Foro it.*, 1975, I, pp. 2661 ss.

cui statuizioni verranno poi specificate ed approfondite da una costante giurisprudenza successiva.

La Corte perviene alle stesse conclusioni della Corte di giustizia sul problema del contrasto tra norme comunitarie e norme nazionali, nel senso di una automatica prevalenza delle prime sulle seconde ad opera del giudice nazionale, pur partendo da motivazioni diverse, frutto della sua impostazione dualista del relativo rapporto. Dopo avere ribadito i principi fondamentali già in precedenza espressi circa la separazione e l'autonomia dei due ordinamenti, coordinati dal sistema di ripartizione di competenze operato dal Trattato, per cui il diritto comunitario vige in Italia in quanto tale e non in quanto trasformato e nazionalizzato in diritto interno, la Corte rilegge in definitiva l'art. 11 Cost. assegnando ad esso non più soltanto una funzione permissiva bensì quella di ordinare all'ordinamento italiano di arretrare e di consentire l'espansione di quello comunitario nei settori in cui lo Stato italiano, essendo in carenza di potere legislativo, in quanto trasferito agli organi comunitari, non è in grado di interferire validamente nella disciplina dei relativi rapporti. La conseguenza di tale nuova impostazione è che da un lato la norma comunitaria provvista del requisito della immediata applicabilità impedisce alla norma nazionale eventualmente contrastante di venire in rilievo; dall'altro che la norma nazionale confliggente non è né nulla né invalida, ma solo inapplicabile allo specifico caso concreto da parte del giudice, rendendo in tal modo inammissibile la questione pregiudiziale di incostituzionalità.

Con la sentenza 24 aprile 1996, n. 126[23], la Corte costituzionale è infine giunta a garantire in modo più efficace la prevalenza delle norme comunitarie direttamente applicabile, pervenendo ad una ancor più sostanziale coincidenza con la posizione assunta al riguardo dalla Corte di Giustizia: con tale pronuncia, la Consulta è infatti arrivata a riconoscere che, in deroga al rispetto del quadro costituzionale interno delle competenze, che

[23] In *Giur.cost.*, 1996, I, p. 1044, con osservazione di Anzon, *Le Regioni in balia del diritto comunitario?*, ivi, p. 1062 ss. .

rimane in via di principio saldo anche se in ordine all'attuazione del diritto Comunitario, "le norme comunitarie possono legittimamente prevedere (...) forme attuative di sé medesime e quindi norme statali derogatrici di tale quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne" salvo sempre il rispetto dei principi costituzionali fondamentali e inderogabili"; le esigenze comunitarie possono pertanto modificare anche principi costituzionali relativi ai rapporti Stato-Regioni nonchè il sistema della ripartizione delle competenze, anche se tale conclusione ha il carattere dell'eccezionalità e deve derivare con evidenza dalla normativa comunitaria.

7. Conclusioni

L'esigenza della uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti i Paesi membri prevale finalmente anche in Italia, sul piano pratico con l'accettazione dell'istituto della disapplicazione della legge nazionale ad opera del giudice, con specifico riferimento ai regolamenti e successivamente la stessa Corte costituzionale estende le sue statuizioni al riguardo prima alle sentenze interpretative della Corte di giustizia e poi alle stesse direttive ad efficacia diretta (sentenze 2 febbraio 1990, n. 64[24] ed 8 aprile 1991, n. 168[25]).

Tuttavia, dal punto di vista teorico, la sentenza *Granital* lascia ancora intravedere la perdurante divergenza di fondo nel pensiero delle due Corti, frutto di quella diversa impostazione monista e dualista di cui si è detto. Restano aperti infatti alcuni problemi tra i quali la sorte della legge interna contrastante che, secondo la Corte costituzionale conserva comunque la sua efficacia al di fuori dell'ambito comunitario e che invece viene considerata nulla dalla Corte di giustizia; nonché l'ammissibilità di limiti e condizionamenti all'automatica prevalenza del diritto comunitario dovuti al carattere volontario dell'autolimitazione dell'ordinamento interno, che

[24] In *Foro it.*, 1990, I, p. 747.
[25] In *Foro it.*, 1992, I, p. 660.

secondo la Corte costituzionale a partire dalla sentenza Frontini del 1973, sono quelli relativi alla clausola di salvaguardia circa la ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale di norme comunitarie contrarie ai principi fondamentali del nostro ordinamento o dei diritti inalienabili della persona umana, in quanto in tal caso "sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato di costituzionalità sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali", limiti e condizionamenti considerati del tutto inammissibili dalla Corte di giustizia.

La irrilevanza della contrapposizione teorica tra monismo e dualismo, ai fini della soluzione dei problemi di applicazione del diritto comunitario si evince quindi considerando che le norme comunitarie ad efficacia diretta devono produrre i propri effetti, anche in capo ai singoli nei modi e nei tempi da esse previsti, fin dal momento della loro piena operatività senza che norme o procedimenti nazionali vi si frappongano. In caso contrario, infatti, si verrebbe a pregiudicare l'uniformità di disciplina in tutto il mercato comune necessaria ad assicurare la *par conditio* giuridica degli operatori economici. Allo scopo, poco importa in pratica allora se tale risultato viene raggiunto configurando il diritto comunitario come dotato di una forza propria, conseguenza diretta dell'essere la Comunità un ente superiore che riposa secondo la Corte di giustizia sul principio della integrazione, oppure configurando la prevalenza attribuita al diritto comunitario, come conseguenza di meccanismi nazionali permanenti di adattamento, in applicazione del principio del coordinamento propugnato dalla Corte costituzionale italiana.

Inoltre, mentre con riferimento alle norme comunitarie ad efficacia diretta si prevede la disapplicazione automatica della legge interna contrastante, per garantire il rispetto delle norme comunitarie prive di tale requisito si impone allo Stato l'obbligo di creare, modificare od abrogare le norme interne confliggenti, a pena della instaurazione della procedura di infrazione prevista dal Trattato nei confronti degli Stati inadempienti agli obblighi comunitari. Ciò rende assolutamente irrilevante la configurazione della nullità della norma interna confliggente con il diritto comunitario per raggiungere lo scopo della corretta applicazione di tali norme nell'ordinamento dello Stato membro.

In definitiva, la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale può e deve essere spiegata realisticamente dal punto di vista sostanziale analizzando il rapporto di competenze di cui si è detto all'inizio del nostro discorso, rapporto sempre e comunque previsto e disciplinato dal Trattato nel quale è consegnata la volontà degli Stati membri. Nei settori di competenza legislativa trasferita, la disciplina di certi rapporti è stata demandata alle norme comunitarie le quali, pur essendo delle fonti giuridiche estranee all'ordinamento statale che si applicano in quanto tali in ciascuno Stato membro, risultano essere le uniche regole idonee a disciplinare i predetti rapporti, sì da escludere l'applicabilità delle norme nazionali.

Al riguardo, ragionando in termini di trasferimento del potere normativo, si potrebbe ipotizzare, limitatamente al rapporto attratto sotto il diritto comunitario, l'inesistenza della norma nazionale per *carenza di potere* in capo all'organo legislativo nazionale, facendo applicazione *mutatis mutandis* di quella teoria dell'inesistenza dell'atto amministrativo che un'autorevole dottrina distingue nettamente dal caso della nullità dell'atto stesso per incompetenza assoluta dell'organo[26].

[26] In tal senso, GIANNINI (M.S.), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Parte II, Milano, 1987, p. 291.

LANFRANCO FERRONI

I PRINCÌPI UNIDROIT DEI CONTRATTI COMMERCIALI INTERNAZIONALI

Sommario: 1. Considerazioni introduttive sui Princìpi Unidroit.- 2. Metodologia e criteri utilizzati per la loro elaborazione.- 3. Le carenze dell'attuale diritto commerciale internazionale quale ragione giustificatrice dell'iniziativa Unidroit.- 4. Finalità dei Princìpi e soluzioni adottate in funzione delle esigenze peculiari delle relazioni commerciali internazionali. 5. Il modello di politica del diritto ed i valori di riferimento dei Princìpi: a) le libertà contrattuali; b) gli usi; c) il *favor contractus;* d) la buona fede; e) correttezza e misure contro i soprusi nella contrattazione.- 6. I rimedi contro l'inadempimento.-7. Considerazioni conclusive.

1.- I "Princìpi dei contratti commerciali internazionali" sono stati elaborati su iniziativa dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT). Pubblicati nel giugno 1994, essi si caratterizzano per un approccio nuovo al diritto del commercio internazionale. Non sono, infatti, equiparabili a nessuno degli strumenti giuridici tradizionali elaborati a livello internazionale, quali, ad es., le *clausole modello* (si pensi a quella *sulla forza maggiore* proposta dalla Camera di commercio internazionale), o i *contratti tipo* elaborati dalle associazioni nazionali di categoria operanti nelle principali piazze commerciali. I Princìpi riguardano l'intera area del diritto contrattuale senza riferirsi a particolari figure di contratto. Intendono, dunque, proporsi come parametri generali di riferimento per la soluzione dei problemi comuni ad ogni tipo di contratto commerciale internazionale. I Princìpi UNIDROIT non sono neppure una Convenzione né hanno le caratteristiche di una legge uniforme. Sono, dunque, privi di efficacia vincolante, sì che la loro affermazione nella pratica è affidata alla bontà intrinseca delle soluzioni in essi previste; in altri termini, alla loro capacità di persuasione.

2.- L'obbiettivo può apparire eccessivamente ambizioso. Tuttavia, già a tre anni dalla loro emanazione si registra un sempre più frequente richiamo ai Princìpi nelle sentenze arbitrali internazionali; ai Princìpi si

sono ispirate alcune recenti codificazioni (Quebec e Federazione Russa); a molte disposizione degli stessi fa riferimento la Relazione finale della Commissione per la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni; in molti paesi ancora carenti di un corpo sufficientemente ampio di princìpi e norme relativi al settore dei contratti (quali ad es., la Repubblica popolare cinese, l'Indonesia, il Vietnam e l'Estonia), si è prescelto, come modello di riferimento per la riforma delle rispettive normative nazionali, quello delineato nei Princìpi.

Questo successo, seppur ancora parziale e non consolidato, può facilmente spiegarsi se si considerano le modalità, i criteri e la metodologia utilizzati nell'elaborazione dei Princìpi. Alla loro stesura definitiva, dopo lunghi anni di studio, ricerca, confronto e dibattito, hanno contribuito i maggiori esperti nel campo del diritto dei contratti e del commercio internazionale, che rappresentavano praticamente tutti i principali sistemi giuridici e socio-economici del mondo. Questo gruppo di esperti, nonostante fosse particolarmente qualificato, non si è mai chiuso in se stesso, ma si è sempre confrontato con l'esterno, sottoponendo alla valutazione degli operatori del settore i risultati via via raggiunti. Nella scelta delle soluzioni il gruppo di studio non si è limitato a far proprie quelle adottate nella maggior parte dei sistemi giuridici esistenti, ma ha talora accolto anche soluzioni che, seppur non seguite dalla maggioranza degli ordinamenti, risultassero comunque più funzionali alle peculiari esigenze del commercio internazionale. Si è, inoltre, evitato di adottare nella stesura delle singole disposizioni una terminologia tecnico-giuridica che fosse peculiare o esclusiva di un dato sistema o comune soltanto ad alcune aree giuridiche. Così, ad es., anziché utilizzare il concetto di "eccessiva onerosità sopravvenuta" o di "imprévision" (tanto per indicare la terminologia del sistema italiano e francese), si è usata l'espressione *hardship* che è categoria contrattuale tipica del commercio internazionale; ancora, si è coniato il concetto di *non performance*, nuovo per la maggior parte dei sistemi giuridici, che ha un significato sufficientemente generico e col quale si indica qualsiasi forma di violazione degli impegni contrattuali ("inadempimento", "ritardo", "impossibilità sopravvenuta" ecc.).

3.- L'iniziativa UNIDROIT è stata intrapresa perché risultano insoddisfacenti le regole che attualmente disciplinano i rapporti economici transfrontalieri, i quali sono prevalentemente assoggettati ai diritti dei singoli stati che sono fra loro sensibilmente diversi e che non hanno alcuna capacità di adattarsi alle esigenze particolari del settore. La coesistenza di molteplici diritti nazionali genera inevitabilmente conflitti fra leggi, e la diversità dei criteri adottati dai singoli stati per risolverli (norme c.d. di diritto internazionale privato) lascia il più delle volte le parti nell'assoluta incertezza sul diritto applicabile. Non si rivelano idonee a risolvere questo problema neanche le Convenzioni internazionali, che pur vengono adottate al fine di uniformare le norme di diritto internazionale privato. Tali convenzioni, infatti, risultano settoriali e parziali e comunque non dotate di quella necessaria elasticità e flessibilità che ne consenta l'adattamento alle esigenze sempre nuove dei commerci internazionali.

Non costituiscono un rimedio adeguato neppure i formulari ed i contratti tipo elaborati dagli stessi ambienti economici interessati, in quanto questi, essendo predisposti per lo più da singole imprese o da associazioni di categoria nazionali operanti sulle principali piazze commerciali dei paesi maggiormente industrializzati, sono caratterizzati da una accentuata unilateralità e risultano fortemente influenzati dalla cultura giuridica dei rispettivi paesi d'origine.

D'altro canto, neppure quei prodotti normativi che risultano ispirati ad una maggiore neutralità (si pensi agli INCOTERMS o alle Regole ed usi uniformi relativi ai crediti documentari, entrambi elaborati dalla Camera di commercio internazionale), appaiono idonei a risolvere tutti i problemi del commercio internazionale, in quanto, dato il limitato oggetto della loro regolamentazione, non possono che offrire una soluzione parziale. In ogni caso questi strumenti presuppongono l'esistenza di un sistema normativo più generale, al quale far riferimento per risolvere le numerose questioni dagli stessi non regolate e per stabilire anche i limiti della loro efficacia.

Si è talora ritenuto di poter superare le difficoltà attraverso l'esaltazione del ruolo della libertà contrattuale. Questa, consentendo di prevedere in maniera dettagliata ed esauriente le rispettive posizioni contrattuali, eviterebbe alle parti di dover ricorrere a fonti esterne di regolamentazione. Si

è, tuttavia, osservato che il c.d. contratto "autosufficiente" presuppone anch'esso un sistema più ampio entro cui operare. La "autosufficienza", d'altro canto, è obbiettivo arduo da realizzare in concreto: si pensi alle difficoltà linguistiche ed alla carenza di una terminologia giuridica internazionale unitaria.

La libertà contrattuale può manifestarsi anche nella libertà di scelta del diritto nazionale applicabile. Il ricorso a tale alternativa non appare, tuttavia, risolutivo: i diritti nazionali, infatti, il più delle volte non tengono conto delle problematiche sottese ai contratti internazionali, sì che il rinvio ad essi può rivelarsi del tutto inutile. Inoltre la scelta di un diritto nazionale, che inevitabilmente cade su quello di una delle parti, costringe l'altra a soggiacere ad un diritto che non conosce e col quale ha, dunque, scarsa dimestichezza.

L'incertezza e l'imprevedibilità sul diritto applicabile, infine, non sono eliminate neanche dal ricorso o dal rinvio - peraltro invocabile soltanto di fronte ai tribunali arbitrali - ai c.d. "princìpi generali del diritto" o alla *lex mercatoria*. Dei primi, infatti, non risultano sufficientemente delineati né la natura, né i contenuti. Ci si limita di solito ad elencarne alcuni di carattere generalissimo (buona fede, *pacta sunt servanda*, clausola *rebus sic stantibus*, divieto di arricchimento senza causa, e pochi altri), senza preoccuparsi minimamente del fatto che alcuni di tali princìpi non sono sempre universalmente riconosciuti o sono accolti in significati diversi nei vari ordinamenti o, comunque, si riconosce ad essi un diverso àmbito di operatività (così, ad es., il principio di buona fede, in alcune aree giuridiche, non opera nella fase di formazione del contratto; i princìpi *pacta sunt servanda* e la clausola *rebus sic stantibus*, d'altro canto, contrastano palesemente fra loro). Sì che può seriamente dubitarsi che la *lex mercatoria* possa rappresentare un sistema normativo sovranazionale autonomo, grazie al quale gli operatori economici impegnati negli scambi commerciali internazionali possano disciplinare i loro rapporti d'affari in maniera del tutto svincolata dai singoli diritti nazionali. Si è al riguardo osservato che "[...] questo preteso 'diritto autonomo dei commercianti' esiste e produce effetti solo perché gli Stati [questi sì ordinamenti sovrani per definizione] danno particolare riconoscimento alla volontà delle parti nei rapporti economici internazionali e, quin-

di, esclusivamente nella misura della loro tolleranza al riguardo". Tuttavia, pur volendo prescindere dal problema dell'autonomia (che non costituisce poi il nodo centrale), a non consentire che possa parlarsi di una *lex mercatoria* è l'insufficiente grado di sviluppo delle sue regole, che la rende inidonea ad offrire, con sufficiente certezza e prevedibilità, una soluzione per i diversi problemi che si pongono nella pratica delle contrattazioni tipiche del commercio internazionale.

4.- L'iniziativa UNIDROIT si prefigge l'obbiettivo di superare tutte queste difficoltà. Per realizzare nelle contrattazioni la certezza e la prevedibilità del diritto applicabile si sono "codificati" dei princìpi generali in materia contrattuale. Nell'individuazione di questi princìpi si sono tenuti presenti gli orientamenti di tutti i più importanti sistemi giuridici del mondo; sì che gli stessi si propongono di operare a livello planetario. L'elaborazione dei Princìpi non presenta, tuttavia, la rigidità tipica delle codificazioni. Si è, infatti, cercato di imprimere loro, attraverso una spiccata apertura verso gli usi, il carattere della *flessibilità* che dovrebbe consentire ad essi di tenere il passo con i mutamenti tecnologici ed economici del commercio internazionale.

Oltre che nell'àmbito dell'autonomia negoziale i Princìpi possono essere utilizzati per offrire soluzioni a problemi non risolti dalla legge applicabile al contratto, per fornire criteri interpretativi del diritto uniforme internazionalmente imposto, e, infine, può fungere (come già è talora accaduto) da modello per i legislatori nazionali ed internazionali.

Nella codificazione dei Princìpi si è tenuto particolarmente conto delle esigenze del commercio internazionale, come può chiaramente evincersi dalle soluzioni adottate che si rivelano funzionali alle suddette esigenze.

a) Prima fra queste è, come si vedrà, quella di conservazione del contratto, in ragione della quale si è operata una rigorosa limitazione dei casi d'invalidità o di risolubilità e si è prevista un'ampia possibilità di "correggere" l'inadempimento (7.1.4).

b) In considerazione del fatto che oggi sempre più frequentemente si comunica mediante strumenti elettronici e telematici, si è ampliato il significato normativo del concetto di "forma scritta", ricomprendendovi qualsi-

asi forma di comunicazione che conservi la documentazione delle informazioni contenute e sia riproducibile in forma tangibile (1.10).

c) Funzionale alla certezza ed alla celerità delle contrattazioni internazionali appare anche l'adozione piena ed incondizionata del principio della liberta di forma nella conclusione dei contratti, che può essere provata con ogni mezzo, ivi inclusa la prova per testimoni (1.2). In sintonia con questa scelta si pone la regolamentazione della fase di conclusione del contratto, per la quale si prescinde dal consueto e tradizionale schema dell'incontro fra proposta ed accettazione. L'art. 2.1, infatti, dispone che "Un contratto può essere concluso sia con l'accettazione dell'offerta, sia con un comportamento delle parti che dimostri con sufficiente certezza il raggiungimento dell'accordo". L'abbandono di una concezione formalistica sembra conseguenziale alla (o comunque temperata dalla) forte valorizzazione della correttezza nelle relazioni commerciali internazionali.

d) Tiene conto della transnazionalità dei mercati anche la regola racchiusa nell'art. 4.7, secondo la quale, in caso di discrepanze linguistiche tra due o più versioni redatte in lingue diverse, va accordata prevalenza a quella versione linguistica nella quale il contratto è stato originariamente redatto.

e) Da segnalare sono anche le disposizioni contenute negli artt. 6.1.7 e 6.1.8 che autorizzano forme di pagamento diverse dalla moneta; operano la presunzione che l'accettazione dell'assegno, della carta di credito e di altri consimili mezzi di pagamento, s'intende effettuata solo a condizione che il titolo venga onorato; prevedono, infine, che in caso di pagamento mediante giroconto, la liberazione del debitore si realizza soltanto quando il trasferimento è divenuto effettivo.

f) Ispirate a valutazioni *latu sensu* politiche risultano le disposizioni relative all'*eccessivo squilibrio* (3.10), la cui disciplina sembra in parte discostarsi dall'ispirazione liberale dei Princìpi, ed alla *moneta di pagamento* (6.1.9), che risponde all'esigenza di non escludere dal mercato imprese appartenenti a paesi la cui condizione economica non consenta la convertibilità della propria moneta. Si prevede, in tal caso, la possibilità che il pagamento avvenga con moneta diversa da quella del luogo stabilito per il pagamento (che, di regola, costituisce, invece, il criterio per l'individuazione della divisa utilizzabile).

5.- Una prima valutazione d'assieme dei Princìpi in chiave di modelli di politica del diritto consente di affermare che essi sono ispirati ad una ideologia sinceramente "liberale". Ciò è già testimoniato dal fatto che solo una libera scelta delle parti ne consente l'operatività (1.5); alle parti che pur ne abbiano scelto l'applicazione è consentito anche derogare a singole disposizioni, salvo quelle che, nella logica dei Princìpi, possano considerarsi "imperative" (v., ad es., art. 1.7, il quale fa divieto di escludere o limitare la buona fede nel commercio internazionale). La logica liberale dei Princìpi emerge anche dall'àmbito di operatività degli stessi che è, infatti, limitato ai soli contratti commerciali ed internazionali. Non vi ricadono, dunque, le contrattazioni con i consumatori ed in genere con coloro che non esercitano attività commerciale o professionale. Con questa scelta si è voluta evitare ogni interferenza con aree governate più incisivamente dalla legislazione statale o sovrastatale che tende a realizzare la tutela del contraente c.d. "debole", ispirandosi a ragioni di natura più squisitamente politica.

A questo punto risulta opportuno individuare le idee di fondo alle quali si sono ispirate le regole UNIDROIT, anche perché il comma 2 dell'art. 1.6 prevede che "Le questioni concernenti materie disciplinate dai presenti Princìpi che non sono espressamente risolte da questi, devono, per quanto possibile, essere risolte secondo i princìpi generali sui quali i Princìpi si basano".

a) **Libertà contrattuale.** Solennemente enunciata nell'art. 1.1 essa si specifica sia nella *libertà di concludere il contratto*, sia nella *libertà di determinarne il contenuto*. Si legge nel Commento ai Princìpi (predisposto dall' UNIDROIT) che "il diritto degli operatori economici di decidere liberamente a chi essi offriranno beni e servizi e da chi desiderino essere riforniti, come pure la possibilità di accordarsi liberamente sulle condizioni dei loro singoli affari, rappresentano le pietre angolari di un ordine economico internazionale aperto, competitivo e rivolto al mercato".

Quanto alla prima espressione della libertà contrattuale v'è da osservare che per la sua positiva attuazione nulla possono i Princìpi senza la collaborazione dei singoli stati che può realizzarsi compiutamente soltanto con l'adozione di una politica di privatizzazioni. Espressione della libertà

contrattuale, in negativo, è anche la libertà di non accordarsi. L'art. 2.15, comma 1, prevede che "Ciascuna parte è libera di condurre trattative e non è responabile per il mancato raggiungimento di un accordo". Questa libertà incontra soltanto il limite della mala fede che i Princìpi identificano, però, con il comportamento di chi entri in trattative senza alcuna intenzione di concludere il contratto (2.15, comma 3). Con riguardo a questa scelta si è osservato come essa comporti enormi difficoltà probatorie. Come si fa, infatti, a dimostrare che il contraente non aveva sin dall'inizio alcuna intenzione di vincolarsi? Probabilmente sarebbe stato preferibile accogliere le diverse soluzioni adottate nelle codificazioni nazionali (ad es., il codice civile italiano, all'art. 1337 impone il comportamento di buona fede, e poi tipizza - all'art. 1338 - uno specifico comportamento di mala fede).

Al contrario di quanto accade negli ordinamenti nazionali nei quali la libertà contrattuale incontra i limiti previsti dalla legge e quelli connessi alla meritevolezza di tutela degli interessi (v., ad es., art. 1322 cod.civ.it.), nei Princìpi non sono previste limitazioni alla libertà di determinazione del contenuto. Come già sottolineato, infatti, si riconosce addirittura alle parti la libertà di escludere in tutto o in parte l'applicazione dei princìpi, salvo quello di buona fede (art. 1.7, comma 2). La regola della buona fede, tuttavia, nell'accezione in cui è assunta, non può neppure essere considerata come un limite alla libertà contrattuale, in quanto finisce sostanzialmente per identificarsi con la correttezza nel commercio internazionale, sì che dovrebbe assumere un significato sensibilmente diverso da quello attribuitogli nei singoli diritti o esperienze nazionali.

Un vero e proprio limite alla libertà di determinazione del contenuto contrattuale è costituito dall'insieme delle norme imperative, di origine nazionale sovranazionale o internazionale, altrimenti applicabili. Sì che i Princìpi UNIDROIT, quand'anche scelti dalle parti, saranno di regola sostituiti dalle norme imperative esterne. Ciò è stabilito espressamente dall'art. 1.4 secondo il quale "nessuna disposizione di questi Princìpi è intesa a limitare l'applicazione delle norme imperative di origine nazionale internazionale o sovranazionale, applicabili secondo le norme di diritto internazionale privato".

b) **Rinvio agli usi**. Come già osservato, altra caratteristica essenziale dei Princìpi UNIDROIT è l'apertura nei confronti degli usi. Con tale scelta si è inteso assicurare una disciplina sufficientemente flessibile che consenta l'adattamento costante alle sempre mutevoli condizioni tecniche ed economiche dei traffici internazionali. La rilevanza degli usi è statuita in termini generali nell'art. 1.8, comma 1, secondo il quale "Le parti sono vincolate dagli usi che hanno accettato e dalle pratiche che si sono instaurate tra loro". Il comma 2 dello stesso articolo aggiunge, tuttavia, che "Le parti sono vincolate dagli usi che sono generalmente conosciuti e regolarmente osservati nel commercio internazionale nel particolare settore commerciale considerato, salvo quando l'applicazione di tali usi sia irragionevole". Alla stregua di quest'ultima disposizione, dunque, gli usi possono trovare applicazione non soltanto quando accettati dalle parti, ma anche in mancanza di un accordo in tal senso, purché ricorrano i requisiti oggettivi indicati nella norma. Oltre alla disposizione generale ora citata si rinvengono poi molteplici disposizioni specifiche nelle quali si effettua un esplicito richiamo agli usi (v. artt. 2.6, 2.7, 6.1.1, 6.1.4, 5.6, 5.7, 6.1.7, 6.1.8, 7.1.4, 4.3, 5.2).

c) "**Favor contractus**". Com'è noto questo principio esprime la scelta di mantenere in vita, per quanto possibile, il rapporto contrattuale. Questa finalità viene perseguita mediante la limitazione rigorosa dei casi in cui è possibile mettere in discussione la validità del contratto o comunque porre fine alla sua esistenza prima della scadenza. Alla base di questa scelta v'è la considerazione pratica secondo la quale è normalmente nell'interesse delle stesse parti fare tutto il possibile per tenere in vita l'affare originario piuttosto che essere costretti a ricominciare tutto da capo, procurandosi altrove sul mercato i beni o servizi sostitutivi. Molteplici sono le disposizioni attuative di questo principio.

In tema di *formazione del contratto*, significative sono quelle contenute nei seguenti articoli: 2.1 (sulle modalità della conclusione che, come già visto, si distaccano dal rigido schema proposta - accettazione); 2.11 (sull'accettazione non conforme all'offerta e secondo il quale un'accettazione, seppur difforme alla proposta, vale comunque come valida accettazione se le difformità non alterino sostanzialmente i termini dell'offerta);

2.12 (il quale, in relazione alle lettere di conferma, stabilisce che se in esse siano presenti clausole aggiunte o difformi, tali clausole entrano comunque a far parte del contratto salvo che non alterino sostanzialmente il suo contenuto originario). Alla stessa logica si ispirano anche le disposizioni degli artt. 2.14 e 2.22, relative, rispettivamente, ai contratti con clausole intenzionalmente lasciate in bianco ed al conflitto fra clausole *standard*.

In relazione alla *validità del contratto* i Princìpi, coerentemente alla soluzione accolta nell'art. 1.4, non disciplinano i profili della capacità, dell'incapacità, della carenza di potere, dell'immoralità e dell'illegalità. Essi effettuano così un rinvio implicito alle soluzioni adottate dai singoli diritti nazionali. Una specifica disciplina è prevista soltanto in relazione ai vizi del consenso (3.4 -3.9).

Particolarmente ispirate al principio di conservazione risultano anche le norme sull'*hardship* (6.2.1 - 6.2.3). La maggiore onerosità sopravvenuta della prestazione di una delle parti non vale di per sé a determinare lo scioglimento del rapporto contrattuale, sì che la parte è ugualmente tenuta ad eseguire le sue obbligazioni (6.2.1), salvo che non ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi dell'*hardship* (6.2.2). Neppure la ricorrenza di tali presupposti è, tuttavia, idonea a legittimare la risoluzione: la parte svantaggiata può, innanzitutto, chiedere la rinegoziazione del contratto la quale non legittima comunque la sospensione dell'esecuzione; soltanto il mancato raggiungimento di un accordo, entro un tempo ragionevole, giustifica la richiesta di risoluzione. Il giudice anche se accerti la ricorrenza dell'*hardship* non è tuttavia obbligato a concederla, potendo modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio (6.2.3).

In tema di *inadempimento* si segnala, infine, la disposizione dell'art. 7.1.4 che disciplina la possibilità della parte inadempiente di correggere l'inadempimento.

d) **Buona fede**. La funzione di garantire condizioni di equilibrio ed equità nei traffici internazionali è principalmente affidato al principio di buona fede enunciato in termini generali nell'art. 1.7. Il comportamento delle parti deve essere informato alla buona fede durante l'intero ciclo vitale del contratto: dalle trattative all'esecuzione. I Princìpi UNIDROIT han-

no dunque effettuato una scelta che si pone in sintonia con i sistemi di *civil law* ma non necessariamente con quelli di *common law,* i quali quando riconoscono la buona fede come principio generale, ne confinano, tuttavia, l'operatività alla fase dell'esecuzione. Nonostante i Princìpi non ne forniscano una definizione è opinione concorde che la buona fede va intesa in senso oggettivo, cioè come ordinario criterio di correttezza, non già in senso soggettivo, cioè come uno stato mentale e psicologico.

Questa accezione del principio di buona fede (che lo assimila sostanzialmente al principio di correttezza nel commercio internazionale) comporta, come già osservato, che il suo significato normativo non va ricercato nella logica particolare dei singoli sistemi giuridici nazionali.

e) **Correttezza e misure contro i soprusi nella contrattazione.** Superando l'erronea, ma diffusa, convinzione secondo la quale i contratti fra commercianti mettono in contatto soltanto dei professionisti esperti e competenti che operano secondo consolidati princìpi di correttezza; e prendendo atto, ad un tempo, che al contrario - come peraltro l'esperienza pratica dimostra - tra gli uomini d'affari si riscontrano diversi livelli di educazione e di preparazione tecnica, i Princìpi UNIDROIT hanno disciplinato degli strumenti per combattere i soprusi che, nella singola contrattazione, una delle parti, approfittando della sua superiorità economica e/o organizzativa, abbia perpetrato ai danni dell'altra.

Strumenti specifici di prevenzione degli ubusi nella fase delle trattative sono previsti negli artt. 3.8 e 3.9 che riguardano, rispettivamente, il dolo e la violenza. Da segnalare la particolare disciplina delle condizioni generali di contratto o delle clausole *standard.* Per tali, i Princìpi intendono le condizioni unilateralmente predisposte e destinate ad un uso ripetuto. Alle condizioni generali si applicano le regole generali sulla formazione del contratto (2.19, comma 1). Il che significa che su tali condizioni deve formarsi il consenso della parte non predisponente, non essendo sufficiente, per la loro impegnatività, la mera conoscenza o conoscibilità delle stesse. Alla formazione di un consenso consapevole nell'accettazione delle clausole *standard* è finalizzata anche la disposizione dell'art. 2.20 (*clausole a sorpresa*), la quale dispone l'inefficacia delle clausole che presentino un

carattere ed un contenuto tali che l'altra parte non avrebbe ragionevolmente potuto attenderseli. Opportunamente il comma 2 dello stesso articolo stabilisce che nel determinare se una clausola possa qualificarsi *a sorpresa* si deve tener conto del suo contenuto, della sua formulazione linguistica e presentazione grafica. Completa la disciplina della contrattazione standardizzata l'art. 4.6 che accoglie la regola secondo la quale se le clausole predisposte unilateralmente sono ambigue esse vanno interpretate nel significato più sfavorevole al predisponente (*interpretatio contra stipulatorem*).

Per ciò che concerne il controllo sul contenuto del regolamento contrattuale si segnalano le disposizioni contenute negli artt. 7.1.6 (che prevede l'invalidità delle clausole di esonero dalla responsabilità) e 7.4.13 (il quale prevede la possibilità che il giudice riduca ad un ammontare ragionevole la somma prestabilita dalle parti per l'inadempimento qualora risulti eccessiva rispetto al danno effettivamente subìto).

Le norme più significative ed importanti per eliminare gli squilibri contrattuali che derivino da soprusi nella fase di formazione del contratti sono qualle racchiuse nell'art. 3.10 (*Eccessivo squilibrio*). Vi si prevede la possibilità di annullare (o di adattare ai criteri ordinari di correttezza nel commercio) il contratto o singole sue clausole, quando tra le obbligazioni delle parti vi sia uno squilibrio tale da conferire ad una di esse un vantaggio spropositato e comunque ingiustificato.

6.- Quanto ai rimedi contro l'inadempimento, i Princìpi privilegiano la *specific performance*, che incontra i soli limiti della impossibilità di fatto e di diritto, dell'eccessiva onerosità e della personalità della prestazione. Contrariamente all'esperienza francese che, muovendo dal dogma dell'incoercibilità del fare, aveva privilegiato il risarcimento del danno; diversamente dall'esperienza inglese che prevede il ricorso alla *specific performance* solo in via sussidiaria, e cioè quando non si riveli adeguato il risarcimento del danno; diversamente anche dall'esperienza italiana che, pur avendo previsto l'esecuzione in forma specifica non l'ha corredata di adeguati strumenti di realizzazione, i Princìpi UNIDROIT mostrano di preferire strumenti attuativi e satisfattori dell'originario interesse contrattuale rispetto a forme di tutela per equivalente. La misura coercitiva indiretta che

dovrebbe garantire l'adempimento in natura consiste nella previsione di una penale giudiziale (7.2.4), che si diversifica sia qualitativamente sia quantitativamente dal risarcimento del danno, col quale, anzi, può cumularsi. Si è in sostanza adottato uno strumento analogo a quello dell'*astreinte*, elaborato, in epoca relativamente recente, dalla giurisprudenza francese.

Il secondo rimedio disciplinato dai Princìpi è quello della risoluzione la cui operatività è subordinata al presupposto che l'indempimento sia essenziale. La risoluzione non è incompatibile (sì come accade, invece, nel sistema tedesco) con il risarcimento del danno.

Il risarcimento del danno, nella logica dei Princìpi, costituisce un rimedio residuale dal punto di vista della priorità delle scelte, ma generale perché sempre esperibile per reagire contro l'inadempimento e comunque cumulabile con ogni altro rimedio (7.4.1).

Di particolare interesse la previsione della possibilità di richiedere anche il risarcimento del danno morale (7.4.2, comma 2). Al riguardo si è, tuttavia, espresso l'auspicio che i giudici ne facciano un uso equilibrato onde evitare quella proliferazione eccessiva di questo tipo di danno che si registra in alcune esperienze giurisprudenziali nazionali.

7.- Dal quadro, probabilmente incompleto, che si è cercato di delineare emerge che se, da un lato, i Princìpi rappresentano un *mix* dei modelli dominanti nelle varie famiglie giuridiche, dall'altro essi sembrano maggiormente ispirarsi all'esperienza anglo-americana che non a quella dell'Europa continentale o dei sistemi di *civil law*. Questa preferenza è comprensibile in quanto è dato riscontrare nei sistemi di *common law* maggiore attenzione alle esigenze pratiche delle contrattazioni commerciali internazionali.

Le scelte di fondo in relazione ai rapporti fra contratto e suoi effetti si discostano così dalla tradizione tedesca ed italiana. Per contenuto del contratto s'intendono, infatti, le obbligazioni espressamente o implicitamente assunte dalle parti (artt. 5.1, 5.2); l'obbligazione, in questa prospettiva, non ha più dunque autonomia rispetto al contratto. Questa ottica, nuova per il giurista di *civil law* (salvo che per quello francese), ha comportato che il profilo dell'esecuzione (*performance*) sia direttamente collegato al contrat-

to e non autonomamente all'obbligazione. Ecco perché si parla di tempo e luogo dell'esecuzione del contratto e non di adempimento, o di esecuzione parziale anziché di adempimento parziale. L'abbandono della logica rigida e generalizzante dello Statuto generale dell'obbligazione consente una maggiore valutazione e considerazione delle specificità delle singole concrete obbligazioni contrattuali.

Significativo, nei Princìpi, risulta anche l'abbandono sia del concetto di causa (tipico dei sistemi di *civil law*) sia di quello di *consideration* (tipico dei sistemi di *common law*). L'art. 3.2 prevede, infatti, che "Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti senza bisogno di ulteriori requisiti". Questo abbandono è, dal punto di vista pratico, condivisibile e comunque rispondente all'ispirazione "liberale" dei Princìpi. I concetti astratti di causa e di *consideration*, infatti, si sono rivelati nel tempo gli strumenti del controllo statale sulla stessa giuridicità o impegnatività o meritevolezza del contratto o delle singole pattuizioni in esso contenute. E', dunque, facile comprendere quante difficoltà ed inconvenienti avrebbero potuto comportare per i traffici internazionali. D'altro canto il ruolo svolto tradizionalmente dai concetti di causa o di *consideration* può essere in parte svolto dalla valorizzazione e dal potenziamento di altri concetti, quali, ad es., quello di buona fede o di eccessivo squilibrio (*gross disparity*).

E' presto per fare un bilancio sull'accoglienza dei Princìpi fra gli operatori del commercio internazionale. Certo i primi segnali sono confortanti, anche se si deve prender atto che, data la non vincolatività degli stessi, la loro compiuta affermazione richiede anche che si diffonda l'abitudine di affidare alle decisioni di collegi arbitrali le controversie a carattere internazionali. Solo così, infatti, ci si può del tutto svincolare dalle regole di diritto internazionale privato della *lex fori*, che, come già sottolineato, non si prestano ad offrire una risposta adeguata alle esigenze dei traffici transfrontalieri.

PIERO GUALTIERI

LE ASSOCIAZIONI RAPPRESENTATIVE DI INTERESSI LESI DAL REATO IN UN PROCESSO ACCUSATORIO

La condizione psicologica della vittima è complessa e la sua disponibilità a rendersi socialmente visibile è, per lo più, assai ridotta (solo in casi estremi è, al contrario, esasperata quasi come una sorta di compensazione): il costume e la tradizione hanno ormai convinto i più che queste esperienze appartengono al privato e che la loro gestione va realizzata individualmente o nell'ambito della famiglia.

Gli episodi vissuti, poi, sono spesso autocolpevolizzanti e la lettura che l'interessato ne dà è spesso quella del fallimento e dell'inadeguatezza personale nel gestirlo. Queste considerazioni, e molte altre insieme ad esse, fanno della vittima un soggetto difficile da avvicinare e da aiutare.

Si è sviluppata in Italia una discreta quantità di soggetti sociali informati che, a titolo diverso (chi per statuto, chi per caso, chi per necessità), si occupa in qualche modo di vittime. C'è chi si limita a raccogliere, in silenzio, le loro segnalazioni, chi le ascolta, chi offre consulenze e supporti materiali, chi si affianca nella elaborazione del lutto e chi arriva a prendere totalmente in carico la persona segnata dalla sofferenze subite. E' un pianeta non molto conosciuto dove si muovono associazioni, gruppi, fondazioni, ognuna per conto e a modo proprio: sono diverse decine quelle, ad esempio, che si occupano di violenza alle donne, quasi un centinaio quelle interessate ai minori; e poi ci sono le associazioni di commercianti e di imprenditori che si impegnano contro il *racket* e l'usura e, ancora, le parrocchie e i centri giovanili che si dedicano agli anziani e alla loro paura del crimine. Accanto a questa realtà se ne muove un'altra, sempre di natura associativa, ma diversamente orientata: le entità autoorganizzate e autogestite che nascono intorno alle vittime, più o meno numerose, di eventi tragici di una certa rilevanza. Sono associazioni famose perchè legate ad episodi di grosso rilievo nazionale (vedi ad esempio le vittime di Ustica o quelle di Bologna), ma sono anche piccoli comitati che nascono in conseguenza di un incidente ferroviario, o di un caso di inquinamento collettivo o in reazione a qualche calamità (naturale o provocata dall'uomo). Talvolta l'esigenza di stare insieme si esaurisce con la soluzione dei problemi (giudiziari, materiali, ecc...) degli associati implicati nella vicenda mentre altre volte si con-

tinua ad agire a tutela di altre vittime. In ogni caso a prevalere, in tutte queste presenze, è la dimensione del mutuo-aiuto, del tentativo, cioè, di cercare, all'interno del gruppo di chi sta condividendo la stessa esperienza, gli aiuti e i supporti più efficaci. La credibilità, il radicamento nella società civile, la vicinanza e la capacità di rafforzare sentimenti di accoglienza e di appartenenza fanno di questo interlocutore informale il riferimento più naturale della vittima in difficoltà.

Nasce tuttavia il problema della partecipazione diretta di queste associazioni al processo penale, ancor più delicato se si tratta di sistema di tipo accusatorio che, com'è noto, di regola non tollera la presenza di soggetti diversi dal rappresentante della pubblica accusa e dall'imputato (oltre che, ovviamente, del giudice).

Il dibattito sul punto, spesso connotato da posizioni fortemente caratterizzate sotto il profilo ideologico, ha tratto origine dalle denunce di inadeguatezza delle istituzioni, in una società a struttura individualistico-borghese, e della stessa inidoneità dell'ufficio del pubblico ministero, pensato e istituito in ragione del perseguimento di reati tradizionali, a far fronte ad urgenti bisogni sociali (quali quelli relativi alla tutela dell'ambiente, del lavoro, dei consumatori), e ha visto su posizioni contrapposte quanti ritenevano già esistenti nel sistema gli strumenti per realizzare tali obiettivi e chi invece ribatteva che la vigente legislazione non consentiva l'ingresso come parti civili nel processo penale di enti e associazioni costituiti per il perseguimento degli anzidetti fini sociali.

Ad una giurisprudenza di merito incline ad allargare (forse eccessivamente) il concetto di soggetto danneggiato, si è opposta fin quasi al termine degli anni ottanta una interpretazione della Corte di cassazione, secondo la quale legittimato ad esercitare l'azione civile nel processo penale è soltanto chi abbia subito un danno che derivi dal reato in modo diretto e immediato, ragion per cui il risarcimento dovrebbe essere necessariamente correlato alla lesione di un diritto soggettivo e parametro di valutazione dovrebbero essere i principi che regolano la responsabilità civile da fatto illecito.

La descritta impostazione rigoristica è andata poi attenuandosi, forse in dipendenza del naturale avvicendamento presso la Corte di legittimità,

ove si sono insediati magistrati che lì hanno trasferito i propri convincimenti maturati nell'esercizio delle funzioni di merito, ma anche di iniziative legislative, adottate sulla spinta del consenso politico acquisito dalle varie associazioni c.d. esponenziali, le quali sono state ammesse in misura crescente a presenziare attivamente al processo penale nell'unica forma allora possibile della costituzione di parte civile, attraverso specifiche disposizioni, a volte quanto meno discutibili, che hanno introdotto nel sistema anomale figure di azioni a forma e contenuto risarcitori, ma "indipendentemente dalla prova di un danno immediato e diretto".

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale sembrava che tali discordanze potessero ritenersi superate in virtù del principio di tendenziale separazione fra azione penale e azione civile e, soprattutto, della precisa individuazione di uno strumento processuale (l'intervento, disciplinato dagli artt. 91 seg. c.p.p.) atto a permettere la partecipazione degli enti rappresentativi di interessi lesi dal reato, nonchè del disposto dell'art. 212 disp.att. stesso codice, il quale ha statuito che, allorquando "leggi o decreti consentono la costituzione di parte civile o l'intervento nel processo penale al di fuori delle ipotesi indicate nell'art. 74 del codice, è consentito solo l'intervento nei limiti e alle condizioni previsti dagli artt. 91, 92, 93 e 94 del codice".

I contrasti giurisprudenziali non sono però cessati, e accanto a decisioni che confermano gli orientamenti tradizionali, se ne leggono altre che ammettono la costituzione di parte civile degli enti in esame riconoscendogli il potere di richiedere il risarcimento del danno (normalmente, e asseritamente, non patrimoniale) arrecato al loro diritto di personalità e connesso alle specifiche finalità statutarie.

Lo stesso legislatore ha contribuito a provocare disordine in un sistema a nostro avviso invece ben delineato, attraverso vari interventi normativi.

A nostro parere, non può escludersi in assoluto il diritto di costituzione di parte civile di enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato: il citato art. 212 disp.att. impone, infatti, l'intervento solo "al di fuori delle ipotesi indicate nell'art. 74 del codice", vale a dire se gli enti e associazioni medesime non abbiano subito un danno risarcibile ai sensi dell'art. 185 c.p.; e, in effetti, lo stesso art. 74 e il successivo art. 76, ampliando le

previsioni delle corrispondenti norme del codice abrogato, usano i termini soggetto e successori universali, ed estendono così anche agli enti e alle associazioni non riconosciuti e a chiunque subentri nella situazione giuridica del danneggiato, la titolarità dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale.

Il problema si incentra, quindi, sull'individuazione delle ipotesi nelle quali sia ravvisabile un danno risarcibile in favore degli enti e associazioni in questione.

Al riguardo, non ci pare possa dubitarsi che i presupposti per l'esercizio dell'azione civile nel processo penale differiscano da quelli richiesti per la sua proposizione in sede civile unicamente per il fatto che, nel primo caso, deve trattarsi di un danno dipendente dalla commissione del reato (art. 74 c.p.p.): tanto vero che tale azione può essere trasferita nel processo penale fino a quando nel giudizio civile non sia stata pronunciata sentenza di merito e può ivi proseguire se il trasferimento non vi è stato o essa è stata iniziata quando non è più ammessa la costituzione di parte civile (art. 75, primo e secondo comma, c.p.p.).

Non è, dunque, immaginabile, salvo l'ora enunciata limitazione (vale a dire la dipendenza da un reato), l'azionabilità nel processo penale di pretese che non siano esperibili anche avanti al giudice civile.

Ebbene, requisito indefettibile per essere legittimati ad adire la giurisdizione civile è la titolarità di un diritto soggettivo, che si assume leso o posto in pericolo da un comportamento altrui: gli interessi diffusi e collettivi non possono perciò trovare protezione fin tanto che non assurgano a questo rango in forza di legge, e siano così riferibili ad una o più persone. La giustizia civile non è per essi invocabile, poichè la giurisdizione in materia ha, appunto, come presupposto e limite necessari il diritto soggettivo (artt. 24 cost., 2907 c.c. e 99 c.p.c.): "contro i tentativi di introdurre la tutela di un interesse collettivo in quanto tale, si pongono insolubili problemi in punto di presupposto della misura, di legittimazione ad agire e di efficacia della sentenza... Che estensione e portata potrebbe avere un presupposto non consistente in un diritto soggettivo? Chi potrebbe far valere tale interesse davanti al giudice civile? Nei confronti di chi svolgerebbe effetti la sentenza?".

Da questi rilievi discende necessariamente l'inammissibilità della costituzione di parte civile ove vi sia la lesione di semplici interessi protetti dal reato.

Il nuovo codice di procedura penale ha, invero, stabilito uno stretto e indissolubile parallelismo fra la tutela di un interesse collettivo, ottenibile attraverso l'intervento a norma degli artt. 91 ss. (14) e la difesa di diritti soggettivi, da attuarsi mediante la costituzione di parte civile ex artt. 74 ss.: e la previsione dell'art. 212 disp.att. ha chiuso il cerchio, imponendo la trasformazione in intervento del predetto potere di costituzione di parte civile, se in precedenza conferito.

Tale regolamentazione inibisce, quindi, agli enti e associazioni in esame, pur se sia stata loro riconosciuta in forza di legge finalità di tutela degli interessi lesi dal reato (e, a maggior ragione, se il riconoscimento manchi), di costituirsi parte civile in dipendenza della mera realizzazione di condotte penalmente illecite contrastanti con i loro scopi statutari.

Quanto detto vale in modo particolare allorquando si tratti di reati ambientali, poichè l'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, riserva la costituzione di parte civile allo stato e agli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo, mentre alle associazioni individuate in base al precedente art. 13 attribuisce solo il potere di "intervenire" nei giudizi per danno ambientale.

Vi è, dunque, un trattamento nettamente differenziato fra queste ultime e lo stato, le regioni, le province e i comuni, unici legittimati ad esercitare l'azione di risarcimento. E la terminologia usata, ambigua all'epoca dell'entrata in vigore della disposizione per la già evidenziata inesistenza di partecipazione al processo penale in forme diverse dalla costituzione di parte civile, assume oggi il significato tecnico di necessario raccordo alle ipotesi disciplinate dagli artt. 91 ss. c.p.p., tale da far propendere per un vero e proprio divieto normativo all'esercizio dell'azione civile nel processo penale da parte degli enti esponenziali.

Si è, in contrario, sostenuto che l'autonomia dell'illecito civile disciplinato dall'art. 185 c.p. giustificherebbe un minor rigore in tema di nesso di causalità e permetterebbe quindi l'ammissione a risarcimento anche dei danni mediati e indiretti e non derivanti dalla lesione di diritti soggettivi,

purchè ingiusti.

A differenza di quanto prevede l'art. 2043 c.c., che richiede almeno la presenza della colpa e si riferisce al solo danno patrimoniale, il citato art. 185 c.p. consentirebbe, infatti, il risarcimento anche in caso di responsabilità oggettiva, estendendolo al danno non patrimoniale: e il concetto di "ingiustizia" andrebbe ricostruito, non perseguendo criteri formali di ricerca, ma attraverso una verifica qualitativa e comparativa dei valori coinvolti.

Orbene, seppure non sia contestabile che la responsabilità civile da reato abbia propri peculiari profili (come, ad esempio, la risarcibilità del danno non patrimoniale), le opinioni ora riferite non paiono affatto condivisibili.

Va in proposito osservato che il nostro sistema costituzionale pone a fondamento della responsabilità penale il principio di colpevolezza, inteso come criterio limitativo della potestà punitiva, sia riguardo alla misura della pena, sia con riferimento alla esigenza di assoggettare a sanzione solo le condotte rientranti nella sfera delle possibilità soggettive di controllo, a garanzia della certezza dell'agire individuale, e mette così al bando la responsabilità oggettiva: viceversa, è proprio la legislazione civile a contemplare ipotesi di colpa presunta (artt. 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054 c.c.).

Parimenti, non ci sembra esatto dedurre la inapplicabilità in materia dell'art. 2056 c.c. dal suo mancato richiamo nell'art. 185 c.p. e dalla circostanza che quest'ultima disposizione ammetta il ristoro anche del danno non patrimoniale.

Il risarcimento del danno da fatto illecito trova, invero, la sua generale disciplina nel titolo nono del libro quarto del codice civile, di cui fanno parte sia l'art. 2043 (che costituisce il cardine della responsabilità civile extracontrattuale, quale è certamente quella dipendente da un illecito penale), sia l'art. 2059 (riguardante il danno non patrimoniale, senza alcun dubbio riferibile anche, e forse esclusivamente, alle ipotesi di reato), sia l'art. 2056 (che fissa i principi per la valutazione del risarcimento da fatto illecito, e tale è senza dubbio il reato).

Le disposizioni citate sono, all'evidenza, collegate sistematicamente fra loro e dettano regole e criteri unitari ai fini della valutazione della sussi-

stenza di tutti i danni da fatto illecito e della loro liquidazione: da ciò discende che l'art. 2056 c.c. è applicabile pure alle ipotesi di responsabilità civile derivanti dalla commissione di un reato e che il suo richiamo nell'art. 185 c.p. sarebbe stato manifestamente inutile. Dal silenzio osservato al riguardo dalla ora menzionata norma non è lecito, dunque, trarre le conclusioni criticate: può, anzi, aggiungersi che, al contrario, solo un'espressa deroga consentirebbe di prescindere dai principi affermati nel codice civile per la materia in esame.

Il risarcimento del danno da illecito penale è, pertanto, richiedibile e determinabile ai sensi degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., vale a dire solo se sia "conseguenza immediata e diretta" del fatto dell'agente e se sia monetizzabile, anche in via equitativa ove non provato nel suo preciso ammontare.

D'altro canto, la precisazione contenuta nell'art. 74 c.p.p. che l'azione civile nel processo penale può essere esercitata "per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'art. 185 del codice penale", appare indirizzata a restringere, e non certo ad allargare, la categoria dei soggetti danneggiati legittimati a costituirsi parte civile, specie con riguardo agli enti in esame, e la derivazione del danno da un reato richiederebbe, semmai, una più approfondita disamina sul nesso di causalità, sulla scorta dei più rigidi principi che regolano la responsabilità penale.

E', tuttavia, opportuno avvertire che in dottrina non manca chi ritiene priva di effettivo rilievo giuridico la distinzione fra danno immediato e diretto e danno mediato e indiretto, rilevando non avere alcuna importanza il numero dei termini intermedi nella serie danno-reato, essendo sufficiente che fra l'uno e l'altro esista un rapporto causale. E la stessa giurisprudenza, pur utilizzando spesso le parole contenute nell'art. 1226 c.c., nella sostanza si rifà ai criteri stabiliti dal codice penale e afferma la necessità che fra l'antecedente (comportamento colposo) e il dato conseguenziale (evento dannoso) vi sia un rapporto tale da integrare una sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza normale dell'antecedente, richiamando il principio di equivalenza delle cause, salvo il temperamento di cui all'art. 41, capoverso, c.p..

A noi sembra che, in effetti, i concetti di immediatezza e diretto col-

legamento fra condotta e danno debbano essere interpretati alla stregua dei criteri dettati dal codice penale in tema di nesso di causalità, che forniscono i parametri di valutazione più sicuri al fine di evitare una inopportuna divaricazione fra l'attribuzione di responsabilità extracontrattuale per danni in sede penale o in sede civile.

E proprio in applicazione di questi principi sono stati considerati risarcibili quei danni mediati e indiretti che si presentino come effetto normale del fatto illecito, rientrando nella serie delle conseguenze ordinarie cui esso dà origine in base al principio della cosiddetta regolarità causale, ed invece, e conseguentemente, esclusi da riparazione quelli non collegati al fatto stesso dal necessario nesso teleologico, per essere intervenute altre cause o circostanze estrinseche al comportamento dell'autore del fatto illecito e senza le quali il danno non si sarebbe verificato.

Quanto al requisito dell'ingiustizia, espressamente richiamato dall'art. 2043 c.c, esso è inteso nella duplice accezione di danno prodotto *non iure e contra ius*; *non iure* nel senso che il fatto produttivo del danno non possa venire altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico; *contra ius*, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo, nella forma del diritto soggettivo: così che, anche per questo verso, non trovano fondamento i tentativi di allargare l'ambito della pretesa risarcitoria attraverso una estensione del concetto di ingiustizia del danno.

Le considerazioni svolte portano ad ammettere che soggetti titolari di interessi non direttamente tutelati dalla norma penale, ma lesi in un proprio diritto soggettivo (ad esempio, in un procedimento penale per lesioni colpose, il terzo proprietario di un veicolo rimasto danneggiato), possano costituirsi parte civile per ottenere la condanna dell'imputato al risarcimento dei danni subiti e dipendenti causalmente dalla condotta dell'agente, la quale integra, allo stesso tempo, un illecito penale ed uno extracontrattuale civile, valutabili disgiuntamente: il soggetto passivo del reato viene ammesso a richiedere la riparazione anche del danno non patrimoniale, preclusa invece a chi non rivesta tale qualità, legittimato invece ad ottenere il ristoro del solo danno patrimoniale. Si realizza, così, una ipotesi di litisconsorzio facoltativo, simile a quella regolata dall'art. 103 c.p.c.: e sa-

rebbe contrario a regole di economia processuale vietare in sede penale un'azione consentita in quella civile.

Parimenti, non sembra condivisibile la tesi per cui la violazione di una norma penale provocherebbe un danno non patrimoniale agli enti e alle associazioni costituiti a difesa degli interessi lesi da quel reato, in quanto intaccherebbe il conseguimento dei loro fini istituzionali. In contrario, si può replicare che proprio la commissione del fatto criminoso potrebbe avvalorare (e non ledere) la necessità e la meritorietà di quelle formazioni sociali, e che, ad accettare questa impostazione, si dovrebbe giungere ad affermare che ogni reato provoca, come tale, un danno risarcibile allo Stato, in quanto ne frustra la funzione di garante dell'ordine sociale, il che appare manifestamente insostenibile; o addirittura, che in qualsiasi reato, ed in particolare in quelli ove è maggiore l'offesa agli interessi pubblici, vi potrebbe essere una pretesa risarcitoria da parte, non solo di associazioni esponenziali, ma anche di singoli cittadini, avendo tutti gli illeciti penali come oggetto giuridico mediato l'interesse della società civile al rispetto delle regole giuridiche.

Ma, più in generale, va detto che i tentativi di dare al concetto di danno non patrimoniale più ampi contenuti non paiono compatibili con il vigente ordinamento. La tendenza a considerarlo più esteso del danno morale (con il quale, tradizionalmente, si allude al dolore, ai patemi d'animo, alle sofferenze spirituali), e a intenderlo come il pregiudizio arrecato ad interessi non economici aventi rilevanza sociale o come conseguenza peggiorativa che non tollera, alla stregua di criteri oggettivi di mercato, una valutazione pecuniaria rigorosa, ci pare non tenga nel debito conto che, comunque, il suo ristoro si risolve nella liquidazione di una somma di danaro, che viene determinata in via equitativa ai sensi degli artt. 2056 e 1224 c.c., norme, come si è visto, sicuramente riferibili anche all'art. 2059, collocato nel medesimo titolo riguardante i fatti illeciti.

E, in ogni caso, che danno non patrimoniale e danno morale (la c.d. *pecunia doloris*) si identifichino è tuttora ritenuto da ampia parte della dottrina, soprattutto penalistica.

La Corte costituzionale ha recentemente riaffermato, all'esito di una attenta e lunga esegesi di carattere storico-sistematico, che, secondo il dirit-

to vivente, l'art. 2059 c.c. pone soltanto una riserva di legge e con la locuzione "danno non patrimoniale" fa riferimento al danno morale subiettivo e risulta applicabile soltanto quando all'illecito civile, costituente anche reato, consegue un siffatto danno.

Ugualmente, la giurisprudenza di legittimità è tradizionalmente orientata nell'indicare quali parametri per la sua valutazione le sofferenze subite dalla persona offesa, la gravità dell'illecito penale e tutti gli altri elementi peculiari della fattispecie penale.

Del resto, il danno non patrimoniale è strettamente correlato alla commissione del reato e il suo riconoscimento dipende in modo inscindibile dall'accertamento dell'effettiva violazione della legge penale, che può avvenire anche ad opera del giudice civile: tanto vero che non può farsi luogo alla sua liquidazione ove la responsabilità del danneggiante venga attribuita in via presuntiva a norma delle leggi civili (artt. 2047 ss. c.c.): esso, inoltre, non è concedibile a chi non sia titolare del bene-interesse prevalente o secondario, tutelato dal reato, e quindi in favore di persone diverse dal soggetto passivo del reato (salvo il discusso caso dei prossimi congiunti). E non pare proprio sostenibile che gli enti e le associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato possano essere ricompresi in questa categoria in riferimento alla mera violazione dell'interesse statutario a prevenire o denunciare determinati comportamenti: ad essi sarà, dunque, consentita la costituzione di parte civile (alla stessa stregua degli altri soggetti pluripersonali) solo se il reato abbia provocato, come sua conseguenza diretta e immediata, un danno risarcibile in violazione di un loro diritto soggettivo (ad esempio, nei casi di reati contro il patrimonio o contro l'onore o, più in generale, se il perseguimento dei fini statutari sia stato impedito o ostacolato da comportamenti criminosi spiegati nei confronti dei legali rappresentanti, dai quali siano derivati danni economicamente determinabili).

* Il lavoro costituisce parziale rielaborazione dell'articolo pubblicato sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, sotto il titolo *La tutela di interessi lesi dal reato fra intervento e costituzione di parte civile*.

GUSTAVO PANSINI

LO STATO ATTUALE DEL PROCESSO PENALE ITALIANO: DALLA ILLUSIONE ACCUSATORIA AL RIMPIANTO INQUISITORIO

La scelta che, nel 1989, per la emanazione del nuovo codice di procedura penale, aveva compiuto il legislatore italiano, era una scelta indubbiamente coraggiosa.

L'Italia utilizzava, in quel momento storico, uno strumento processuale che innestava in una tradizione politica liberale, che era stata il terreno di fondazione dello sviluppo degli studi processualistici italiani, una sollecitazione di tipo autoritario: il codice precedente, infatti, aveva visto la luce nel 1930, in pieno vigore della dittatura fascista, e doveva, perciò, rispondere a quella visione di "Stato forte" nel quale, ovviamente, trovavano scarso credito le preoccupazioni di garanzia delle libertà individuali.

Ma la tradizione culturale liberale, dalla quale traevano origine gli artefici di quel codice, finì con l'influenzarne l'opera e li portò ad una strenua difesa di certi valori e ad una conseguente scelta di compromessi che, come diremo di qui a poco, rivelò, col passare del tempo, in pieno la inconsistenza del sistema misto adottato.

Per completare la indicazione di quanto quella tradizione culturale liberale abbia giuocato un ruolo decisivo nella evoluzione della scienza penalprocessualistica e nella amministrazione della giustizia in Italia nel ventennio fascista, ci piace ricordare due accadimenti. Il primo, risale al momento in cui il "regime" ebbe bisogno di far ricorso ai processi politici, tradizionale strumento repressivo adottato da tutte le dittature. Ebbene, di fronte alle inevitabili resistenze della magistratura a piegarsi ai voleri del potere, il fascismo fu costretto a creare un giudice speciale, il Tribunale speciale per i crimini contro lo Stato, non composto da giudici di carriera, più prono al suo volere.

Il secondo, risale al momento in cui il fascismo, alle prese con una guerra ormai compromessa, tentò di rifarsi il belletto chiamando insigni personaggi a responsabilità di governo. Tra questi, Ministro della Giustizia, venne nominato un grandissimo giurista, altrettanto grande come avvocato penalista: Alfredo de Marsico. Ebbene de Marsico, contemporaneamente iniziando il suo corso di procedura penale all'Università di Roma, pronunziò una lezione inaugurale in difesa della concezione del processo penale

come rapporto giuridico, di chiara ispirazione liberale e di severa critica ai cedimenti che la dottrina tedesca aveva fatto verso la politica nazista, con l'abbandono, da parte di Goldschmidt, del concetto di rapporto giuridico.

In questo clima si creò un processo misto di tipo verticale, nel senso che, ad una fase istruttoria scritta, non partecipata e quindi non garantita - cioè marcatamente inquisitoria - seguiva una fase orale, dinanzi al giudice del dibattimento, nella pienezza del contraddittorio e con il rispetto dei tradizionali principi di oralità, pubblicità, concentrazione ed immediatezza.

La scelta si appalesò ben presto illusoria. La conoscenza da parte del giudice del dibattimento della istruttoria scritta finì col determinare un pregiudizio, a totale scapito della oralità e del contraddittorio: l'oralità venne sempre più a mortificarsi ed a trasformarsi in una ritualità scenografica, in cui si registrarono significativi passaggi nella escussione delle prove in dibattimento, che divenne non il luogo della formazione della prova in contraddittorio, ma quello in cui si discuteva in contraddittorio di una prova già altrove formata. Con l'ulteriore aggravamento della alterazione della parità tra le parti, poiché una delle due si trovava non già a dover convincere il giudice, ma a dover modificare un convincimento che il giudice si era già formato. Ed infatti, nella applicazione quotidiana del codice, questo subì una trasformazione di fatto: dalla dichiarazione orale, da confrontarsi con quella resa in precedenza e scritta, alla previa lettura di questa per chiedere al dichiarante se la confermasse o avesse da apportarvi modifiche, fino alla prassi - censurata da Gaetano Foschini in un suo scritto avente proprio questo titolo - del **"dar per letto"**; il tutto passando per una prevalenza istintiva che il giudice dava alle dichiarazioni rese in precedenza, perché rese in epoca più vicina al fatto, con un ricordo più vivo, senza la presenza delle parti, senza la pubblicità del dibattimento, prima che sul dichiarante potesse esercitarsi una qualche forma di pressione o di intimidazione.

Svuotato di ogni contenuto il dibattimento e, quindi, vanificata la funzione mitigatrice del carattere inquisitorio del sistema, costituito appunto da esso, sempre più pressanti si fecero le istanze per una riforma che rivalutasse tale fase. E, con la felice espressione di Michele Massa, la dottrina assunse posizioni sempre più decise in tal senso: "la aspirazione ad un processo moderino é la aspirazione ad un tavolo del giudice sgombro di

carte e ad una mente del giudice sgombra di pregiudizi", cosi' scriveva Massa.

La riforma del 1989 si mosse in tal senso: la fase istruttoria si trasformava in "indagine", senza che sul tavolo del giudice giungesse poi lo scritto di tale fase, finalizzata esclusivamente alla formazione della tesi del pubblico ministero, sia per consentirgli di individuare la sussistenza delle condizioni per l'esercizio dell'azione penale, sia per sostenere, poi, eventualmente l'accusa in giudizio. Si superava, quindi, quella esigenza che era apparsa pressante, dopo la trasformazione della forma di stato conseguente alla caduta del fascismo, per adeguare ai principi della nuova Costituzione il codice di procedura penale: l'accentuazione della partecipazione della difesa alla fase istruttoria. Il che aveva fatto la Corte costituzionale ed il legislatore modificando in tal senso molte norme del codice, dando vita a quella situazione ibrida che, efficacemente, Amodio aveva definito di **garantismo inquisitorio.**

Per una fase di indagine non finalizzata alla formazione della prova, il cui luogo esclusivo veniva collocato nel dibattimento, non vi era bisogno che vi fosse assicurato il contraddittorio: il potere del pubblico ministero poteva esercitarsi in tutta la sua pienezza, accresciuto, quindi, rispetto al vecchio codice, perché esso si inseriva in quella fase che il codice aveva voluto caratterizzare anche nominativamente in modo diverso: **procedimento** e non **processo.**

Un attento dosaggio di equilibri e opportuni bilanciamenti di interessi facevano apparire il nuovo codice come un saggio punto di incontro fra le non rinunciabili tradizioni inquisitorie dei processi di *civil law* e l'apertura alle più moderne e democratiche strutture mutuate dai sistemi di *common law.*

Per la verità, il giudizio che oggi siamo in grado di esprimere sull'efficacia dello schema normativo del codice del 1989 é un giudizio, per cosi' dire, maturato *in vitro.* Quella svolta legislativa non ebbe, in realtà, nemmeno il tempo di essere sperimentata, perché prima la prassi giurisprudenziale, poi le manipolazioni della Corte costituzionale, infine gli interventi a pioggia del legislatore con modifiche alle norme del codice, finirono con lo snaturare la neonata riforma.

Il ripescaggio di un principio di *"conservazione della prova"* che con una ardita operazione di ermeneutica costituzionale la Corte costituzionale ebbe ad operare, e le conseguenti modifiche apportate in sede di miniriforma al codice, distrussero la barriera che separava la fase procedimentale da quella processuale.

Seguiamo per un momento l'*iter* logico seguito dalla Corte costituzionale.

Norma fondamentale ed insuperabile di tutto il sistema costituzionale é costituita dal principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost. It.). A questo principio si agganciano, nel processo, altri due principi: quello della obbligatorietà dell'azione penale e quello della indipendenza del pubblico ministero. Alla luce di questi principi, la Corte Costituzionale ha ritenuto di poter affermare che *"fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità, perché in un ordinamento improntato al principio di legalità, che rende doverosa la punizione delle condotte penalmente sanzionate, nonché al connesso principio della obbligatorietà dell'azione penale non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino il processo di accertamento del fatto storico, necessario per pervenire ad una giusta decisione"*. Ogni forma, quindi, di disponibilità della prova, non atteggiandosi in maniera diversa dalla disponibilità, non consentita, dell'azione penale, finiva con il violare il principio di uguaglianza; e, pertanto, tutte quelle cause di inutilizzabilità di prove che derivassero da ragioni diverse da cause naturali (ad es., la morte del testimone), non potrebbero trovare accesso, in un sistema che, evidentemente, alla luce di quei ricordati principi, privilegia la verità reale rispetto a quella processuale.

La conseguenza di questa affermazione è stato il recupero, operato dalla Corte prima e dal legislatore poi, di tutto il materiale probatorio che era stato raccolto nella fase delle indagini, da una parte (il pubblico ministero), in assenza di contraddittorio. Uno svilimento, quindi, del concetto di **contraddittorio per la prova,** e di quello di **centralità del dibattimento,** come momento esclusivo della formazione della prova, sui quali il legislatore aveva organizzato tutta la costruzione del nuovo processo penale.

Vediamo, ancora da vicino, i tre più clamorosi esempi di questo stra-

volgimento.

In quel ricordato equilibrio fra interessi contrapposti, di cui si é detto, il legislatore aveva costruito una norma estremamente complessa, quella dell'art. 500: *"le parti per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione resa in dibattimento possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese...ma queste non possono costituire prova dei fatti in essa affermati e possono essere valutate dal giudice solo per stabilire la credibilità della persona esaminata"*. Una riaffermazione forte, quindi, del principio di centralità del dibattimento, come luogo esclusivo per la formazione della prova in contraddittorio; ma anche una prudente affermazione che il fatto storico che il dichiarante avesse reso diverse dichiarazioni in precedenza, pur senza costituire queste prova dei fatti in esse affermati, non poteva passare inosservato e avrebbe potuto incidere sull'apprezzamento della veridicità di quanto affermato in dibattimento. Se il dichiarante avesse detto in fase di indagini: "l'auto del rapinatore era nera" e in dibattimento "era bianca", il giudice non avrebbe mai potuto affermare che l'auto era nera, ma ben avrebbe potuto dire: non credo che l'auto fosse bianca.

La limitazione nella efficacia delle dichiarazioni rese fuori del dibattimento veniva fatta cadere dalla Corte Costituzionale; e se anche il legislatore accompagnava successivamente con garanzie ulteriori la efficacia di tali dichiarazioni (necessità che non fossero l'unico elemento di prova, accertamento che la difformità fosse consequenziale a minacce, violenze o altro subite dal dichiarante), si dava uno scossone al sistema: il dibattimento non era più l'unico luogo di formazione della prova; questa poteva essersi formata anche fuori del dibattimento.

Il secondo momento conseguì alla sentenza con cui venne dichiarata illegittima la norma che vietava l'utilizzo delle dichiarazioni rese fuori del dibattimento, allorché il coimputato o l'imputato in altro procedimento connesso, si fosse in dibattimento avvalso (sulla base del principio, vigente nel nostro ordinamento, del *nemo tenetur se detegere)* della facoltà di non rispondere. Anche qui, malgrado il successivo sforzo del legislatore di accompagnare la utilizzabilità di tali dichiarazioni con una serie di accorgimenti limitativi, più o meno analoghi a quelli or ora ricordati, si segnava la introduzione di un ulteriore elemento spurio nel sistema.

Il terzo momento venne rappresentato dalla sentenza con la quale la Corte Costituzionale espulse dall'ordinamento la norma che vietava alla polizia di riferire il contenuto di dichiarazioni rese ad essa durante le indagini: attraverso il riferimento fatto dalla polizia, confluivano nella formazione del convincimento del giudice elementi di prova che non si erano formati dinanzi a lui e nell'ambito del contraddittorio.

La conseguenza di tale mutata struttura processuale era questa: il dosaggio di equilibri che aveva usato il legislatore aveva consentito, come si diceva, di allargare i poteri del pubblico ministero in fase di indagini, sul presupposto che questa non avesse valore probatorio. Il successivo riconoscimento del valore probatorio di essa, portava ad uno sbilanciamento del processo in favore del pubblico ministero, paradossalmente un processo che vedeva garantito il contraddittorio addirittura in misura minore di quanto non lo fosse nel codice precedente, quando, almeno, i poteri del pubblico ministero erano più ridotti e il contraddittorio consentito anche in fase di indagini, nella prospettiva che essa fosse successivamente utilizzata per la ricostruzione dei fatti.

Un altro fronte veniva, peraltro, contemporaneamente ad aprirsi, incidendo anch'esso sul principio della formazione della prova in dibattimento. Tutto un filone innovativo della struttura originaria del codice, sulla spinta di sollecitazioni derivanti dalla incongrua visione del processo come strumento di lotta alla sempre più dilagante criminalità (specie quella legata alle grandi organizzazioni criminali): il codice era nato all'insegna del principio tendenziale "un *reato, un processo; un imputato, un processo*", nella ottica di una definizione più rapida delle vertenze giudiziarie. Questo aveva comportato, peraltro, la necessità della ripetizione delle medesime assunzioni probatorie in più procedimenti. Di qui le intervenute modifiche al codice con la attuazione della *circolazione della prova:* una prova formata in un procedimento vale anche in altri procedimenti.

E' ben evidente quanto una normativa di questo genere finisse con l'incidere sulla struttura del processo: la prova formata in un processo é una prova formatasi in altro contesto di contraddittorio, cioè in un contraddittorio fra altre parti, senza che parti di questo diverso contraddittorio potessero esercitare quel diritto ad esaminare le prove, che, pure è garantito da accor-

di internazionali (Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; Convenzione Europea per i Diritti dell'uomo). Ancora una volta il codice, concepito come esaltazione del principio del **contraddittorio per la prova,** si riduce e si svilisce ad un mero contraddittorio sulla prova; esso, cioè, ritorna nell'alveo del processo come speculazione dialettica su materiale probatorio alla cui formazione le parti, o almeno una di esse, non hanno partecipato.

Il terzo settore nel quale ha inciso in maniera notevole la tendenza riformatrice, contrastante con la ispirazione originaria del codice, è quello della regolamentazione della libertà personale.

Paradossalmente, le modifiche pur di segno opposto, hanno confluito in un risultato negativo per la struttura del codice e delle garanzie individuali.

La struttura prescelta era quella della sottrazione al pubblico ministero del potere di incidere sulla libertà personale dell'indagato, riservandogli soltanto un potere di richiesta al giudice di emissione di misure limitative di questa. Un giudice che, non partecipando alle indagini, doveva atteggiarsi come giudice perfettamente *terzo,* in grado di valutare con obbiettività la richiesta del pubblico ministero. Emesso, per ovvie necessità di **sorpresa,** il provvedimento *inaudita altera parte,* si aveva l'immediato ripristino del contraddittorio, attraverso l'interrogatorio dell'arrestato da svolgersi, a pena di caducazione, entro cinque giorni, da parte dello stesso giudice autore del provvedimento cautelare. Dopo di che si instaurava la possibilità della impugnazione dinanzi ad un giudice collegiale di merito e - dopo o direttamente, *per saltum* - dinanzi la Corte Suprema. Struttura, questa disegnata, che appariva come il massimo delle garanzie che potessero prevedersi nell'ambito del più volte ricordato bilanciamento di interessi.

Già la prassi evidenziò le disfunzioni del sistema: la tendenza alle cosiddette *maxi-inchieste.* investendo (per la verità anche contro la ispirazione originaria del codice, che privilegiava la separazione dei processi) un numero rilevante di imputati e di reati (spesso gli uni e gli altri raggiungono parecchie centinaia!), ha determinato una difficoltà di controllo iniziale sulla richiesta del pubblico ministero da parte di un giudice, costretto allo studio di migliaia di atti, ed una sorta di consequenziale tendenza all'affidamento

sulla fondatezza di questa, che ha finito col rendere evanescente il controllo. Ma ancor più, dopo l'instaurazione del contraddittorio, lo studio nei ristretti termini temporali di una quantità enorme di atti, ha reso sempre più evanescente anche questo secondo controllo da parte del giudice dell'impugnazione. E la reazione legislativa ad ulteriormente ridurre, sia pure in chiave garantista, i termini di tale controllo, attraverso modifiche che non è qui il caso di elencare, ha paradossalmente aggravato la situazione di un processo che, sul tema fondamentale della restrizione anticipata della libertà personale, finisce con l'affidarsi essenzialmente alle scelte di una parte; peggio, di quella parte che, nella ottica originaria di accrescimento dei suoi poteri in vista di una non utilizzabilità della sua attività ai fini del giudizio, è, viceversa, predominante, se non onnipotente.

Sempre in tema di libertà personale, poi, la situazione è stata ulteriormente aggravata dalla costante tendenza all'allungamento dei termini massimi di custodia cautelare, anch'essa conseguenza della scelta, quanto mai improvvida, operata a monte, di privilegiare i processi con molti imputati e per molti reati, rispetto a quelli individualizzati sia soggettivamente che oggettivamente. Di fronte alla sempre più frequente impossibilita oggettiva di conclusione del processo entro termini ragionevoli, e al conseguente sempre più frequente verificarsi di scarcerazioni, anche di pericolosi delinquenti, per avvenuto decorso del termine massimo di carcerazione preventiva, il legislatore, non riuscendo ad operare sulla riduzione dei tempi del processo, ha operato sull'allungamento dei termini di custodia preventiva e sulla introduzione di una serie di eccezioni, interruzioni e sospensioni di questa, che la hanno riportata a quei termini lunghissimi, al di là della ragionevolezza, che erano propri del vecchio codice e rispetto ai quali il nuovo codice aveva segnato una inversione di tendenza.

Quello che sinora si è detto riguarda gli aspetti tecnici del processo. Molto ci sarebbe da dire a questo punto su altre cause dello stravolgimento della struttura del processo, sul conseguente abbandono della scelta accusatoria e sugli effetti che questo ha determinato sul funzionamento stesso della giustizia penale in Italia: ma si tratta di considerazioni di natura politica più che strettamente giuridica.

Solo per accenno dirò che questo accresciuto potere endoprocessuale

dei pubblici ministeri ne ha accresciuto un potere extraprocessuale, facendo registrare veri e propri sconfinamenti in settori che spettano ad altri poteri. A ciò si è aggiunta una legislazione penale sostanziale che, attraverso la formulazione di fattispecie di vago ed impreciso contenuto, consente la ipotizzazione di condotte asseritamente rilevanti sotto il profilo penale, e conseguentemente apre la strada ad iniziative politiche del pubblico ministero, che ha portato a coniare la espressione: il *partito dei pubblici ministeri*. Anche all'estero credo sia giunta l'eco di iniziative processuali che, inserite in momenti di particolare rilevanza internazionale, hanno portato a rovesciamenti di maggioranze; a pesanti condizionamenti che il potere legislativo ha subito nelle sue scelte ad opera di alcuni pubblici ministeri, particolarmente in vista.

Come si diceva, peraltro, queste sono considerazioni sulle quali ci si può fermare in altra sede, essendo questa sede esclusiva di discorsi scientifici. Ed il discorso conclusivo che va fatto è il seguente. L'Italia aveva un codice che, per la sua origine autoritaria, era stato strutturato in una ottica marcatamente inquisitoria e nel quale - peraltro per un fenomeno naturale - si era andato sempre più indebolendo il momento ipotizzato come accusatorio, a ulteriore vantaggio della scelta inquisitoria. Su questo tessuto erano intervenuti la Corte Costituzionale ed il legislatore, con una serie di modifiche che, pur senza intaccarne, per quanto detto all'inizio, la struttura inquisitoria, la avevano accompagnata con alcune previsioni garantistiche, sicché ebbe vita quel processo **inquisitorio garantito.**

La rivoluzione copernicana operata con il codice del 1989, aveva fatto disegnare un codice marcatamente accusatorio; ma le successive modifiche, pur avendo come solo fine immediato quello di allentare la spinta accusatoria, hanno invece avuto l'effetto indotto di dar vita ad una struttura concreta del processo in cui ad una parte è riconosciuto un potere così dilatato, che influenza tutto il sistema: il processo è oggi un processo **accusatorio non garantito.** Ma la assenza di garanzie contraddice, eliminandola, ogni parvenza di accusatorietà, portando a quello che, nel titolo di questa relazione, ho polemicamente indicato come **il rimpianto inquisitorio.**

A questa amara conclusione mi porta anche un'ultima osservazione. Gli interventi della Corte Costituzionale - quelli che abbiamo qui citato,

perché più significativi, e i numerosi altri che si sono succeduti non hanno messo in discussione questa o quella norma, ma con la individuazione - ripeto, estremamente discutibile - di principi costituzionali per il processo, quali quello della *conservazione della prova* o della *esigenza della verità reale* hanno finito col mettere in discussione proprio la stessa struttura accusatoria del processo. Anche io, quando sono stato chiamato ad ipotizzare la stesura di norme che, pur muovendosi nel segno, non deviabile, delle sentenze della Corte Costituzionale, ne riducessero la portata esplosiva, ho incontrato grosse difficoltà nel rendere compatibile una diversa struttura con i principi enunciati dalla Corte.

E non so davvero come si possa pensare di riequilibrare il tasso di accusatorietà del processo senza incorrere in nuove censure della Corte Costituzionale, la cui scelta mi pare di una chiarezza estrema: non il processo accusatorio, ma quello inquisitorio garantito.

L'amarezza di un convinto assertore della validità del processo accusatorio sta tutta nella constatazione che, per accrescere le garanzie, dovremo probabilmente ritornare ad uno schema inquisitorio.

EDUARDO ROZO ACUÑA

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO EN LAS CONSTITUCIONES DE AMERICA LATINA[1]

[1] Ponencia presentada en el Seminario Internacional organizado sobre el tema por la Fundación Universitaria de Boyacá. Tunja, Boyacá, Colombia Septiembre de 1997.

Sumario. 1.- Orden jurídico interno y orden jurídico internacional: teoría dualista-pluralista y teoría monista. 1.1-Las relaciones necesarias entre orden jurídico interno y orden jurídico internacional. 1.2- La permeabilidad de los dos sistemas jurídicos. 1.3- La transformación de las normas internacionales en disposiciones internas. 1.4- La adaptación de las normas internas al derecho internacional. 1.5- La eficacia de la norma internacional y su extinción en el derecho interno. 2.- Derecho internacional y derecho constitucional. 2.1- Derecho comunitario y derecho constitucional. 2.2.- La constitucionalidad de las normas comunitarias.2.2.- Límites de la supremacía y revocabilidad del derecho comunitario. 3.- El constitucionalismo de la América Latina, el derecho internacional general, el derecho internacional "pacticio" y el derecho internacional comunitario. 4.- Las constituciones latinoAmericanas vigentes, el derecho internacional y el derecho comunitario. 4.1- En los Países del Cono Sud. 4.2.- En los Países de la Comunidad Andina. 4.3- En México, República Dominicana y Centro América. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

1.- **Orden jurídico interno y orden jurídico internacional: teoría dualista-pluralista y teoría monista.** La existencia de una pluralidad de Estados caracterizados por su condición soberana para adoptar e imponer sus sistemas normativos internos a sus sociedades lleva a la conclusión de que cada Estado tiene un ordenamiento singular, propio y distinto de los demás. Por otra parte, la existencia comprobada de una comunidad internacional global, que se caracteriza por poseer un sistema normativo propio y distinto de los sistemas normativos internos de los Estados, y de comunidades internacionales regionales también con ordenamientos jurídicos diferentes de aquellos de los Estados miembros, ha llevado a los estudiosos[2] del tema a concluir que en el mundo normativo existen

[2] Los principales exponentes de esta teoria dualista o pluralista son **Triepel** con su libro de final del siglo pasado, *Volkerrecht und Landsrecht (Derecho Internacional y Derecho Interno)* y **Anzilotti**, con su *Corso di Diritto Internazionale* de 1928.

separadamente y también coexisten influenciándose recíprocamente, los sistemas u ordenamientos jurídicos internos de los Estados con los sistemas u ordenamientos jurídicos de carácter internacional y comunitario. Estos sistemas jurídicos internos e internacionales existen separadamente dada su originalidad, como quiera que se encuentran fundamentados en normas que para su validez no requieren de otras normas y por lo tanto su existencia no es susceptible de demostración jurídica[3].

A la concepción dualista o pluralista precedentemente expuesta se ha opuesto la concepción monista, representada por la llamada escuela vienès,[4] que recibe el nombre por tender a reducir a uno solo el derecho interno y el internacional, considerándolos no originales sino derivados uno del otro según se quiera demostrar la supremacía del derecho interno o del internacional. En otros términos, con la teoría monista se afirma que la norma fundamental del sistema juridíco no es esclusiva de uno de los ordenamientos sino que pertenece al mismo tiempo a otro ordenamiento y por esta razón el ordenamiento es derivado y no puede ser considerado autónomo e independiente. De este modo se puede defender que la norma fundamental originaria pertenece al ordenamiento jurídico estatal y que de ésta se ha derivado el ordenamiento internacional, pudiéndose concluir de este modo que el orden interno o estatal predomina sobre el internacional. Pero se puede tambien defender la tesis contraria, es decir, que la norma fundamental pertenece al derecho internacional de donde el derecho interno la ha tomado y por lo tanto la supremacía pertenece a aquel[5].

El problema entre monismo y pluralismo o dualismo en nuestros días ha quedado superado con el reconocimiento y la constatación histórica de

---

[3] Gaetano **Morelli,** *Nozioni di Diritto Internazionale*, Padova, 1963, p 68.

[4] La escuela de Viena está representada en modo particular por **Kelsen**, especialmente en un libro de los años 20, *Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrecht* (El Problema de la Soberania y la Teoria del Derecho Internacional), y por **Verdross,** especialmente en su escrito sobre las *Reglas generales del derecho internacional de la paz de 1929 y en* su libro *Volkerrecht* (Derecho Internacional) de 1937.

[5] Para un resumen de la teoría ver **Morelli,** op. cit pp 69 ss.

la existencia, como realidades en sí mismos, de los ordenamientos interno-estatal e internacional, que son separados y distintos. De donde se desprende que las normas o disposiciones del derecho interno rigen y tienen eficacia solo dentro del ámbito estatal y sólo para las relaciones de ese determinado sistema al que pertenecen. El ordenamiento internacional, por su parte, tiene validez sólo para las partes o para los sujetos de ese orden jurídico. Un tratado internacional es norma solo para los contrayentes, los estados firmatarios, y no para los cidadanos de éstos, que están obligados solo de frente al derecho interno y no ante el derecho internacional. Mientras que las normas de un ordenamiento interno obligan a sus ciudadanos y habitantes pero no a los miembros de la comunidad internacional o a los estados[6].

1.1- **Relaciones necesarias entre orden jurídico interno y orden jurídico internacional.** Aceptada la existencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos internos, separados, distintos, soberanos, lo mismo que la existencia en sí y por sí del derecho internacional, se supera el monismo y el problema de la supremacía de aquellos sobre éste o viceversa, quedando fácil demostrar que entre los ordenamientos internos y el internacional se pueden y de hecho se establecen permanentes relaciones que se realizan mediante la constante y recíproca invocación o recurso a sus respectivas normas.

Las formas o modalidades según las cuales un ordenamiento jurídico puede invocar o recurrir a las normas de otro ordenamiento para completar, precisar o determinar el contenido de sus propias normas se pueden reducir a dos, que corresponden a dos hipótesis típicas según se trate de determinar todo el contenido de la norma o sólamente alguno o algunos de sus elementos. En el primer caso se tiene la llamada remisión o **reenvio receptivo** o **material** y en el segundo la remisión o **reenvio no receptivo** o **formal**[7].

---

[6] Ver, entre otros, **Alessandro Tommasi Di Vignano e Mario Solina**, *Profili di diritto* internazionale, Torino, 1990, pp 8 ss.

[7] Morelli, op. cit. pp. 79 ss , Tommasi Di Vignano, op. cit. p. 12.

En el **reenvio material** el ordenamiento que recurre adopta la norma del ordenamiento al cual se recurre y de este modo entran a ser parte de aquel ordenamiento normas que pertenecen a éste. Es el caso, por ejemplo, de las normas de un tratado internacional sobre derechos humanos (ordenamiento internacional) al cual uno de los estados firmantes reenvia para la solución, dentro del ordenamiento interno, de un problema de garantías o respeto de los mismos. En el **reenvio formal** la norma a la cual se remite el ordenamiento interno no se vuelve parte de éste sino que se limita a establecer una interpretación o a precisar aspectos jurídicos de la normas o normas del ordenamiento que hace el reenvio. Es el caso, por ejemplo, del recurso a un tratado internacional para precisar el significado de capital extranjero y determinar su tratamiento en materia de derechos y obligaciones.

Los dos tipos de recepción se pueden presentar en doble sentido: del ordenamiento interno al internacional o viceversa, pues la coexistencia de los ordenamientos presenta una correlación permanente y una interdependencia constante. Pero el fenómeno también obedece a lo que los estudiosos del tema denominan economía jurídica, pues si los ordenamientos, sin la técnica del reenvio, tuvieran que determinar el alcance, el contenido, el significado de sus normas, el esfuerzo sería mucho mayor y tal vez el resultado menos satisfactorio.

1.2 **La permeabilidad de los ordenamientos jurídicos.** De lo anterior se puede concluir que los ordenamientos internos y el internacional, que su vez también es plural, reconociéndose mútuamente como distintos y originarios, para su funcionamiento en la vida real de las sociedades y de la comunidad internacional, parten del recíproco reconocimiento de su existencia y de la necesidad de recurrir también recíprocamente a sus respetivas normas. A parte la discusión de si para el derecho internacional los ordenamientos estatales son o no son jurídicos o viceversa, la realidad es que tanto para el uno como para los otros, existe la necesidad de referirse recíprocamente no solo para poder determinar el contenido de las propias normas, sino también para otros objetivos. Esta consideración nos lleva diréctamente a la afirmación de la llamada permeabilidad de los sistemas

normativos, de manera especial en el actual momento histórico caracterizado por la globalización de las sociedades, de los espacios y de las economías y, al mismo tiempo, por la reducción del mundo casi a las dimensiones de un solo territorio. Globalización y reducción se realizan a través de una pluralidad de sistemas jurídicos tanto de orden estatal como de orden internacional, lo que comporta necesariamente un pluralismo jurídico que, como todo pluralismo, es interdependiente y por lo tanto permeable recíprocamente. Lo que lleva, por ejemplo, a que en el mundo jurídico de hoy, las normas internacionales adquieran carácter jurídico y eficacia en los ordenamientos internos: piénsese al caso del cumplimiento de la protección o tutela de los derechos fundamentales, que las personas de un estado pueden pretender y obtener por medio del recurso a normas y tribunales internacionales[8].

En este sentido, la diversidad y la distinción de sistemas normativos u ordenamientos jurídicos, que nadie niega, va siempre acompañada de su interrelación y permeabilidad, como la prática jurídica lo demuestra.

1.3- **La transformación de las normas internacionales en disposiciones internas.** Se trata de ver como las normas del orden jurídico internacional entran a ser parte de un ordenamiento interno. La esencia del problema es el de la eficacia de las normas internacionales en el derecho de un estado o eficacia interna de la norma internacional. Según la teoría de la transformación, la norma internacional no es por sí misma ejecutable o no tiene eficacia en el derecho interno. Para lograr este fin es necesario volver a crear la norma por medio de la aplicación de las fuentes de producción normativa del orden interno lo que implica una duplicación del trabajo legislativo, considerando que primero la norma internacional ha tenido que ser creada por medio de una norma jurídica interna y luego, para su eficacia interna, se requiere otro acto jurídico interno. En otras palabras, no es

[8] Para todo el tema ver, Riccardo Monaco, Manuale di diritto internazionale pubblico, Torino, 1971.

suficiente la aprobación inicial del acto o norma internacional de parte del ordenamiento interno sino que para su ejecución se debería volver a emanar otro acto interno de contenido idéntico al emanado en ámbito internacional.

Ante este problema la doctrina y la práctica jurídicas actualmente concuerdan en la superación de dicha teoría de la transformación colocando en su lugar la de la **adaptación** del derecho interno al derecho internacional. En este caso la solución del problema queda siempre en ámbito del ordenamiento interno, que puede siempre prever y ordenar la transformación de la norma internacional por medio de un acto interno o no decir nada y, por lo tanto, no poner obstacúlo normativo interno para la aplicación inmediata de las disposiciones internacionales. En otras palabras la solución no es absoluta sino que deja el campo tanto para la **transformación** como para la **adaptación** reenviándose el problema a cuanto establecen las normas del derecho interno en materia de ejecución de los tratados internacionales[9].

1.4- **La adaptación de la normas internas al derecho internacional.** Como ya se puede imaginar, el nucleo del fenómeno de la adaptación se encuentra en la necesaria investigación, caso por caso, de lo que dice el ordenamiento jurídico interno sobre la materia y en poder hallar el modo más apropiado para conseguir que la norma internacional tenga eficacia en dicho ordenamiento. Se trata por lo tanto de una operación más compleja de la transformación o de la recepción, pues se trata de precisar cómo la norma internacional se conforma o se armoniza con las características, exigencias y condiciones internas del ordenamiento que trata de hacerla eficaz. Si se constata que en todo ordenamiento jurídico hay una norma según la cual el acto jurídico internacional es susceptible de ser adoptado y convertido en disposición interna para que sea eficaz, la adaptación consiste en encontrar y precisar esta norma o instrumento jurídico.

---

[9] Sobre este aspecto se puede ver a Kelsen, Principles of International Law, 2a ed., New York, 1966.

La norma interna necesaría para la adaptación se da según el tipo de efecto normativo que produce la norma internacional que se desea adaptar lo que, en otras palabras, significa un problema de fuentes de producción jurídica. Así: si con la adaptación a la norma internacional se afecta la carta constitucional será necesaría la emanación, modificación o abrogación de un acto legislativo constitucional; si se afecta una materia reservada a la ley se debe recurrir a una ley y así respectivamente. De esta manera la adaptación se concreta en la creación, modificación o abrogación de normas del orden interno necesarías para el ejercicio de derechos o facultades previstos por la norma internacional o para el cumplimiento de deberes u obligaciones que el estado-parte ha asumido internacionalmente, es decir ante el orden jurídico internacional. De este modo, adaptación del derecho interno al derecho internacional significa pruducción, variación o cambios normativos internos, requeridos o impuestos por éste último. Con estas consideraciones se comprende cómo y por qué la adaptación debe ser precisada en cada caso concreto y no en abstracto.

Como es fácil imaginar, los procedimientos de adaptación son diversos[10]. En primer lugar está la **adaptación automática o general,** que se realiza con una norma del orden jurídico interno que reenvía a la fuente de producción del ordenamiento internacional, para que la norma de adaptación actúe de manera permanente transformando en normas internas todas las normas presentes y futuras producidas por la fuente internacional. Un ejemplo lo podemos obtener de la constitución colombiana de 1991 que en su artículo 93 dispone que "...Los derechos y deberes consagrado en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia." Aun mejor, el articulo 55 de la constitución del Peru de 1993 que ordena: " Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.". En los dos ejemplos las normas internacionales tienen eficacia en el derecho interno de los dos

[10] Para el tema ver **Zagrebelsky,** *Manuale di diritto costituzionale, vol. I, Il sistema delle fonti del diritto, Torino, 1987, pp.121 ss.*

países y en el caso peruano la adaptación es plena y sin límites. Si en los ordenamientos internos de esos dos países una ley anterior o sucesiva estuvieran en contraste con la norma internacional serían anulable por inconstitucional ya que sería contraria al artículo 93 o al 55 de las respectivas constituciones colombiana y peruana.

Otro ejemplo típico de adaptación automatica, aunque de menor alcance en comparación con las disposiciones peruana o colombiana, lo ofrece el articulo 10 de la constitución italiana: "El orden jurídico italiano se adapta a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas." En este caso, las normas de derecho internacional a las que se refiere el art. 10 son integradas al derecho italiano y tienen eficacia, pueden substituir a las normas legislativas anteriores incompatibles, como también pueden derogar normas constitucionales particulares, aunque no los principios fundamentales de la constitución[11].

En segundo lugar está la **adaptación especial** por medio de la **orden de ejecución o aprobacion,** es decir mediante un acto por medio del cual el Estado manifiesta la voluntad de que un cierto acuerdo o tratado internacional, cuyo testo es incluído en el acto, sea de obligatorio cumplimiento y tenga, por tanto, eficacia como si fuera una norma interna. Generalmente la orden de ejecución se da mediante ley o decreto con fuerza de ley y, naturalmente, como acto legislativo, es diferente de aquel por medio del cual el Estado manifestó su voluntad positiva y participó en la formación de la norma internacional o tratado. Frecuentemente la orden de ejecución o de aprobación hace parte de la ley que autoriza al gobierno a la ratificación de la norma internacional y funciona en aquellos casos en los cuales la norma internacional (el tratado) es "self-executing", es decir jurídicamente completo por contener todos los elementos para que puedan ser aplicados en situaciones jurídicas concretas. No funciona si el contenido de la norma internacional se refiere a compromisos u obligaciones de actuar en un cierto modo para lograr determinados objetivos. En este caso se requiere la

[11] Zagrebelsky, op. cit. p. 122.

emanación de normas precisas de ejecución y cumplimiento de la norma internacional.

La actitud más conforme al reforzamiento del derecho internacional es aquella que tiende a ser general en América Latina, según la cual concedida la aprobación o autorización de la ratificacción de la norma internacional, el parlamento queda constitucionalmente vinculado a dar ejecución al tratado y por lo tanto la orden de ejecución queda implícita en la autorización de la ratificación. Sin embargo son muchos los estados, entre ellos Italia, por ejemplo, que consideran que para la entrada en vigor de los tratados son necesarias normas *ad hoc*, es decir leyes ordinarias que inclusive pueden modificar la orden de ejecución, naturalmente quedando salva la responsabilidad internacional del estado.

La tercera forma de adaptación de la norma internacional al ordenamiento interno es la llamada **especial ordinaria,** que recibe la denominación del hecho que se aplica caso por caso, como en la aprobación u orden de ejecución, pero es ordinaria porque representa un mecanismo utilizable cada vez que haya ausencia de técnicas más automáticas y directas. En este sentido la adaptación ordinaria consiste en la promulgación por parte del estado de normas dirigidas a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas, que no son, por tanto, actos normativos de reenvio o de ejecución del tratado, necesarias especialmente para los tratados no ***self-executing***, arriba mencionados.

1.5- **La eficacia de la norma internacional y su extinción en el derecho interno.** Las normas del ordenamiento internacional tienen eficacia en el orden interno por efecto de la norma consuetudinaria, *pacta sunt servanda,* que hace que los pactos o acuerdos internacionales deban ser respetados por sus firmantes y que su capacidad de producir efectos, creación de nuevas normas o modificación de las existentes, sea inmediata. Si la norma internacional no prevé otra cosa su eficacia comienza en el mismo momento de su perfeccionamiento. Se entiende que si la norma internacional se perfecciona en un cierto momento para todos los estados que han participado en su creación, como sucede siempre en el caso de las normas bilaterales, éstas comienzan a existir y a tener capacidad de producir efectos

contemporáneamente para todos los estados. Si la norma internacional es multilateral se perfecciona en diversos momentos, ésto es cada vez que los estados depositan sus ratificaciones o se cumplen sus adhesiones. Por otra parte, si las normas internacionales tienen capacidad para producir efectos inmediatamente quedan perfeccionadas, ésto no impide que la misma norma pueda prever para el comienzo de su eficacia un momento diverso, sucesivo a su perfeccionamiento, mediante la fijación de un plazo determinado o de una condición suspensiva. En este caso el acuerdo o tratado internacional pospone o subordina su eficacia a la fecha prevista o al cumplimiento de la condición. Generalmente los tratados multilaterales prevén su entrada en vigencia después de que un cierto número mínimo de Estados hayan depositado su ratificación[12].

La extinción de la eficacia de la norma internacional en el derecho interno se concreta con la extinción de la misma norma internacional. Esta puede ser total, es decir para todos los Estados que han concurrido a su formación, ésto es, para las partes contrayentes, que es generalmente el caso de los tratados bilaterales, o puede ser parcial, si se extingue solo para uno o algunos de los contrayentes, quedando en vigencia y, por lo tanto, con eficacia para los demás.

Las causas de extinción de la eficacia de las normas internacionales son varias pudiéndose resumir, teniendo en cuenta los hechos que la producen, las que tienen carácter de *actos jurídicos*, especialmente la manifestación de la voluntad, de una o más partes contrayentes en el sentido de querer extinguir el acuerdo. En este sentido se tiene el *acuerdo derogativo, la denuncia o receso, la renuncia, la declaración de voluntad* con la cual se ejerce, con efecto retroacctivo, el poder de anulación por vicios de la voluntad. A estas causas de extención se contraponen otras que se concretan en *hechos juridicos*, es decir en hechos que no constituyen declaración de la voluntad de la o de las partes dirigida a ese fin , como son la determinación

[12] Morelli, Op. Cit. pp 321 ss.

previa de la duración o *término final* del tratado o acuerdo y las *condiciones resolutivas*.

En el primer caso, *término o plazo final*, por efecto de una cláusula prevista en el acuerdo o tratado, las normas del mismo dejan de tener o pierden su eficacia en un momento cierto, que puede ser fijado en una fecha preestablecida o también al momento o con referencia al logro de un determinado objetivo. El tratado, en otras palabras, puede disponer que su duración sea de 20 años o hasta el momento de alcanzar sus objetivos o alguno de ellos. En el segundo caso, la condición resolutiva es un hecho no solo futuro, como el plazo o término final, sino que es también incierto y, según la voluntad de las partes consagrada en el pacto, acuerdo o tratado, al presentarse se tendrá la extinción del mismo. En forma análoga a lo que sucede con la condición suspensiva corresponde a la interpretación establecer con precisión los efectos de la constación de la existencia de la condición resolutiva, en sentido de establecer si la extinción de la norma internacional o la pérdida total de su eficacia es con retroactividad o sólo después de que la condición se presente, es decir *ex nunc*, como sucede en el caso del plazo o término final.

La extinción de la eficacia de las normas internacionales también se puede dar por la *abrogación, extinción de los sujetos o imposibilidad de ejecución,* es decir por causas que no tienen que ver con la voluntad de las partes manifestadas en el acuerdo o tratado. La abrogación se puede dar en el caso de un sucesivo acuerdo o tratado o por aplicación de los principios de la costumbre. La extinción de los sujetos, como causa de pérdida de eficacia de las normas internacinales, se presenta sólo cuando se trata de normas bilaterales, ya que en este caso la falta de una de las partes deja sin vigencia el tratado. En el caso de normas multilaterales, la extinción de una de las partes no implica que no siga existiendo y en vigencia para las partes restantes. La imposibilidad de ejecución extingue la norma internacional por la falta del comportamiento adecuado previsto por la norma, que agota o impide su eficacia si ésta depende del respeto de las obligaciones contraídas.

El *incumplimiento* o la violación de una norma internacional bilateral por parte de uno de los sujetos hace surgir en el otro el poder jurídico de la

resolución del acuerdo o tratado. En este caso el incumplimiento no es la causa de la extinción de la norma internacional sino la declaración de la voluntad de la parte lesionada de rescindir el acuerdo como reacción por el incumplimiento. La parte perjudicada puede decidir no ejercer el poder jurídico de resolver el tratado y más bien dejarlo vigente y exigir su cumplimiento pretendiendo la debida reparación por el daño sufrido.

El *incumplimiento* en los tratados multilaterales conlleva dificultades mayores para provocar la extinción de los mismos, ya que sólo se puede ejercer con relación al estado o parte incumplidora quedando con plenos efectos para el resto de partes por lo que no se puede hablar de extinción del tratado, a menos que el incumplimiento sea de parte de todos los estados contrayentes contra uno solo de ellos, lo que llevaría a la situación similar de los acuerdos o tratados bilaterales arriba mencionada.

Otra causa de extinción de la norma internacional es el *cambio de circunstancias*, que obedece al cumplimiento de la cláusula *sic rebus statibus* implicíta o explícitamente existente en todos los tratados o acuerdos internacionales y según la cual las partes se comprometen a respetar la norma internacional siempre que sus circunstancia o sus condiciones no hayan cambiadas. El cambio de circunstancias es aceptado no como causa de la extinción de la norma internacional sino como causa del poder jurídico que faculta a los estados comprometidos a *denunciar* el tratado, lo que podría llevar, según la praxis internacional, si en la cotroversia se demuestra la veracidad y el efectivo cambio de circunstancias, a la solución del tratado.

Parte de la doctrina también considera la *guerra* entre los contrayentes del tratado como causa de extinción de la norma internacional aunque también es considerada sólo como causa de su suspensión, lo que significaría que superado el evento bélico la norma internacional recobra su vigencia y eficacia a menos que las circuntancias hayan cambiado, precisamente por la guerra, dando lugar a la aplicación de la mencionada cláusula *rebus sic stantibus*.

2.- **Derecho internacional y derecho constitucional.** El primer gran problema que se presenta en esta materia es el de la relación entre las normas generales del derecho internacional y la carta constitucional. En el mundo

actual, que sigue a la segunda guerra mundial, son muchas las constituciones que, como la carta italiana, tienen entre sus normas un dispositivo como aquel del artículo 10 que promulga que el orden juridico interno se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas. Se podria decir que representan la excepcion aquellas constituciones que se apartan de este principio. Conformarse al derecho internacional generalmente reconocido, consideran la doctrina y la jurisprudencia dominantes, no significa que los ordenamientos juridicos nacionales acepten el primado de todo el derecho internacional, que se adapten a las normas internacionales o que las adopten automáticamente. Las *normas generalmente reconocidas* del derecho internacional son las costumbres internacionales y los principios generales del derecho de gentes, del derecho diplómatico y consular. No tienen que ver con las normas derivadas de los tratados y convenios internacionales.

En aquellos ordenamientos jurídicos cuyas constituciones contemplan una norma como el articulo 10 de la constitución italiana,[13] aquel tipo de normas del derecho internacional pueden sustituir y ocupar el lugar de las normas legislativas internas incompatibles, como también pueden derogar normas constitucionales particulares pero quedando a salvo los principios fundamentales de la constitución. Es claro que la sustitución legislativa o la abrogración constitucional tiene lugar siempre que las normas internacionales tengan existencia anterior a la entrada en vigencia de la constitución, ya que en estos casos la adaptación es plena y sin límites. En cuanto a las normas internacionales sucesivas, la adaptación no es ni automática, ni plena, ni sin límites sino condicionada a la expedición de una norma interna *ad hoc*. Si son contrarias a los principios fundamentales de la constitución, la adaptación de la norma internacional queda excluida ya que de ninguna forma podría hacer parte del orden jurídico interno. Por otro lado, las normas

[13] Más adelante veremos cuales son las constituciones latinoamericanas que se encuentran en esta condición.

internacionales incluídas en el orden interno según el principio constitucional mencionado no podrán ser abrogadas, ni modificadas, ni derogadas por ley interna sucesiva ya que esta ley sería contraria a la constitución.

El segundo problema en la materia es el de las relaciones entra derecho internacional "pacticio", es decir el derivado de los pactos, tratados, acuerdos o convenciónes entre los estados que forman la comunidad internacional y el derecho constitucional. Como en el caso anterior, son muchas las constituciones contemporáneas que préven diréctamente, con adaptación automática, la inclusión de estas normas internacionales en su ordenamiento interno, sin necesidad de decisión legislativa o constitucional *ad hoc*. El prototipo en este caso lo ofrece, entre otras, la Constitución colombiana de 1991, que en su artículo 93 dispone que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno y que las normas colombianas al respecto deben ser interpretadas de conformidad con las normas internacionales derivadas de aquellos. En otros casos, que seran analizados más adelante, como el de la Constitución argentina (articulo 31)[14], la materia de los tratados y convenios se extiende hasta comprender de manera general y amplia a todos los acuerdos internacionales que quedan, por decision constitucional, colocados diréctamente en el ordenamiento interno del país y en una jeraquía normativa superior a las leyes. En este caso la norma internacional es aplicada diréctamente sin necesidad de norma jurídica interna que, supuestamente en este caso, tendría que ser superior a la ley pues, como ya dicho, es la misma constitución la que incorpora la norma internacional en el ordenamiento interno dándole vigencia y eficacia automáticamente.

En el caso anterior, como en el de otras constituciones de paises

[14] Este artículo dice que la *Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nacion; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*

latinoAmericanos que se verán más adelante, se refleja no solo una actitud internacionalista del Estado sino también una realista aceptación de la tendencia conteporánea a la globalización y a la integración de los ordenamientos, connatural al nacimiento y al desarrollo de los estados nacionales en América Latina. Muy diferente a lo que sucede en la mayor parte de los países europeos, dónde, como sucede con la constitución italiana, la adaptación automática vale solo para los principios generales del derecho internacional y no para los tratados, acuerdos y convenios internacionales para los cuales la adaptación es especial, es decir por medio de la aprobación de una norma específica que en cada caso particular transfiere el contenido de la norma internacional del plano de las relaciones internacionales al del orden jurídico interno[15]. En el caso italiano donde más se ha avanzado es en la aceptación de que, por ejemplo, en materia de acuerdos internacionales sobre derechos humanos, cómo la Convención Europea de Derechos del Hombre o el Pacto internacional de la ONU sobre derechos civiles y políticos, aunque si estas normas no tienen valor interno directamente como fuentes juridicas, pueden sin embargo desempeñar un papel importante como criterios de interpretación de los principios constitucionales y ser eficaces, indiréctamente, al máximo nivel.

El tercer aspecto constitucional de importancia internacional es que en las constituciones modernas, que prevén la participación política directa del pueblo a través de la consulta, del plebiscito o del referendum,[16] los tratados, acuerdos y convenios internacionales, sus leyes de ejecución o aprobacion y aquellas que producen efectos diréctamente con relación al ámbito de aplicación de dicha normatividad internacional, quedan excluídos por mandato constitucional de la posibilidad de la aplicación del referendum abrogatorio. Principio constitucional que, por otro lado, se encuentra también consagrado en el constitucionalismo latinoAméricano, aunque se

[15] Zagrebelsky, op. cit. p. 123.

[16] En el caso de Italia la constitución no consagra este principio, como tampoco lo hace ninguna otra fuente jurídica, sino que es el resultado de una elaboración de la Corte constitucional, que con varias sentencias ha sentado definitívamente esta jurisprudencia.

admite el referendum consultivo o aprobatorio, para algunos tratados después de su aprobación legislativa, como en el caso de las Constituciones de Panamá y de Ecuador. En otras palabras, la soberanía popular y el poder de iniciativa legislativa y constitucional que de ella derivan, quedan limitados y condicionados por el derecho internacional.

2.1.- **Derecho internacional comunitario y derecho constitucional.** Una parte del derecho internacional "pacticio" que crece no solo en importancia formal sino sobre todo de contenido, es el derecho internacional comunitario, cuya ejemplificación emblemática se tiene en el Derecho Comunitario Europeo, representado inicialmente en las comunidades europeas para el carbón, el acero, la energía atómica y para la integración economica, que en su desarrollo han llevado a la constitución de la Unión de Estados de Europea, más sintéticamente llamada Unión Europea. En América Latina el desarrollo de este tipo de derecho internacional se constata en todos los procesos de integración regional y subregional, más precísamente en la Organización de Estados Americanos, el Sistema Ecónomico LatinoAméricano, la Comunidad Andina (antes Grupo Andino), el Mercosur y el Nafta, para mencionar solo algunos de los desarrollos más importantes del derecho internacional regional y comunitario de las Américas.

El derecho internacional comunitario a diferencia del resto del derecho internacional, forma un verdadero nuevo ordenamiento jurídico, el *derecho comunitario* que, a diferencia del derecho que nace de los demas comunes tratados, obliga a las partes al respeto de obligaciones recíprocas y, cuando necesario, a adaptar sus normas internas a las del tratado comunitario[17]. En este sentido los tratados de la Comunidad Europea, de la Comunidad Andina[18] o del Nafta (North American Free Trade Agreement) no son

[17] Para un análisis completo, ver Catalano, Rapporto fra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali, en Studi Monaco, Milano, 1977.

[18] Este es el nuevo nombre adoptado con el último protocolo firmado por los representantes del ex-Grupo Andino en abril de 1997.

comunes tratados, constituyen un nuevo derecho que cuenta con sus propios órganos, legislativos, jurisdiccionales y ejecutivos, que funcionan regularmente y con capacidad de tomar decisiones con fuerza obligatoria y, por lo tanto, válidos y eficaces, después de su promulgación y publicación, para todos los estados miembros, casi siempre sin que se requiera ningun acto posterior de confirmación o consentimiento. Por ésto el derecho comunitario, aunque nace de uno o varios tratados o acuerdos internacionales, no tiene la misma relación con el derecho interno de las partes que por lo general se da con el derecho internacional "pacticio". Esta ultima relación es de pura y verdadera coexistencia de ordenamientos paralelos, unos originarios, los de los estados partes, el otro derivado, el comunitario, que nace como expresión de la soberanía de las partes en el campo de las relaciones internacionales. De este modo los tratados o acuerdos que crean las comunidades internacionales regionales o subregionales son verdaderos actos de poder constituyente y por tanto son para las Comunidades, asi creadas, lo que las **constituciones** para los estados partes.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto surge el problema constitucional de la supremacía del derecho comunitario sobre los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros[19]. Premisa del funcionamiento y de la eficacia del ordenamiento comunitario es su primado sobre el ordenamiento interno. Sin este principio cada estado parte estaría en posibilidad de sustraerse a los compromisos adquiridos justificándose en cada caso con la normatividad interna. Con la aceptación de la supremacía del derecho comunitario se asegura la igualdad de derechos y deberes de las partes y, consecuentemente, la eficacia de la normatividad comunitaria o societaria.

En cuanto a la razón o explicación jurídica de la supremacía normativa comunitaria, seguramente no hay que buscarla en el mismo ordenamiento

[19] Zagrebelsky, op. cit., 127.

comunitario, que, como ya se dijo es derivado, sino en la voluntad constitutiva o poder constituyente de las partes que creando la comunidad han también decidido atribuir a su producción juridica ese carácter y jerarquía. En este sentido, el orden jerárquico de la relación entre derecho comunitario y derecho interno es establecido por este último, con su constitución, con los tratados constitutivos de la comunidad y, eventualmente, con las normas de armonización del derecho interno con el comunitario.

En cuanto respecta a los acuerdos de integración en América Latina se tratará más adelante. En la experiencia europea, los estados miembros de la Comunidad o de la Union Europea, han resuelto el problema en el sentido arriba mencionado, según las normas y los principios constitucionales, que no siempre han coincidido, pero que siempre han defendido el principio de la supremacía del derecho comunitario actualmente ratificado en todas las constituciones de la Unión. Ha sido un camino, tal vez el unico posible, que ha hecho realidad la coexistencia y la eficacia del ordenamiento internacional-regional-comunitario con relación al derecho interno. Seguramente con el desarrollo de la Unión Europea, sobre todo desde el punto de vista de la unión política federal, como ya lo demuestra la tendencia de los últimos años, del Acuerdo de Schengen al Tratado de Maastricht, el camino se invertirá, como está sucediendo, ya que creciendo el poder soberano de la Unión Europea su ordenamiento será cada vez más originario mientras el derecho interno de los paises miembros es y será cada vez más derivado del derecho comunitario.

En América Latina el desarrollo del ordenamiento internacional-regional- comunitario y sus relaciones con el ordenamiento interno está siguiendo en gran medida el mismo modelo o camino europeo, como se podrá precisar más adelante.

2.2.- **La constitucionalidad de las normas comunitarias.** Este problema en la Unión europea comprende dos aspectos: el de la constitucionalidad de los tratados y acuerdos constitutivos y el de las normas comunitarias prumulgadas por los órganós comunitarios en desarrollo de los mismos tratados y acuerdos. Sobre el primer aspecto la solución italiana

al problema es emblemática[20]. Se parte de la norma constitucional que sirve de fundamento a las firma de los tratados, el art.11, que en efecto permite que Italia, en paridad de condiciones con los otros Estados límite su soberanía en favor de un ordenamiento que garantice la paz y la justicia entre las Naciones, lo mismo que para favorecer la creación y promover las organizaciones internacionales que tiendan a esos fines. Los tratados que crean las comunidades europeas tienen este fundamento constitucional y para su vigencia y eficacia el Parlamento italiano promulgó sendas leyes ordinarias, que aprueban y ponen en total y completa ejecución los tratados. Se podría preguntar por qué, tratándose de tratados con base constitucional, con efectos directos de limitación o derogación de normas constitucionales, no fue necesaria una norma de este nivel para su aprobación según el articulo 138 que se refiere a las reformas de la constitución. La Corte constitucional italiana resolvió la cuestión con base en la más amplia interpretación del mencionado artículo 11, haciendo entrar los tratados y las comunidades con ellos creadas completamente en el contenido y significado de este articulo[21]. De esta manera el sistema italiano ha evitado tener que reformar la constitución cada vez que ocurre una limitación de la soberanía como previsto por el artículo 11 que, consecuentemente, tiene valor no solo sustancial sino también

[20] Los demás países de la Unión Europea tinen normas constitucionales semejantes. Por ejemplo, Alemania, art. 25 de la Ley Fundamental que prescribe que *las normas generales del derecho internacional son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía ante las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del erritorio federal*. Francia también consagra en su constitución, art. 55, el principio que *los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, supremacía sobre las leyes,a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte*. La constitución de España, art.93, también pescribe que con *ley orgánica se pueden celebrar tratados que concedan a una organización o institución internacional el ejercicio de poderes derivados de la Constitución...* y con el art. 96/1 que *los tratados internacionales en vigor hacen parte del ordenamiento interno...sus disposiciones pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas segun el procedimiento previsto en el mismo tratado o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.* Ver, *Le Costituzioni dei Paesi della Comunità Europea*, a cargo de Elisabetta Palici di Suni Prat (et. al.), Pavia, 1993.

[21] Sentencia 14/1964.

formal-procesal, pues descarga al Parlamento, en estos casos particulares, de tener que actuar como poder constituyente, ex art.138[22]. En el derecho costitucional de América Latina la solución ha sido la misma, como se podrá comprobar más adelante.

En cuanto a las normas emanadas por los órganos comunitarios competentes y a los mismos tratados, después de una evolución jurisprudencial, no solo del juez italiano, que al comienzo tuvo una tendencia preponderantemente estatalista, sino también del comunitario, que al comienzo quiso favorecer preferencialmente al interés comunitario, se ha llegado a la solución de que las normas cumunitarias tienen en el ordenamiento interno vigencia y eficacia y van en un nivel normativo superior a las leyes ordinarias, teniendo de esta manera una supremacía sobre el derecho interno.

A este punto surge el problema del control de constitucionalidad de las normas comunitarias en dos circunstancias particulares: cuando cambian o limitan el ordenamiento interno o cuando las normas del derecho interno se encuentran en contraste con las comunitarias. Actualmente, después de diferentes cambios, la solución jurisprudencial de la Corte Constitucional italiana ha llegado a confirmar que, tanto en el primer caso de fuerza ejecutiva de las normas comunitarias, como en el segundo de resistencia pasiva, al derecho comunitario se le ha dado categoria de normatividad constitucional. De este modo surge, como primera consecuencia logíca, el rechazo por parte de la Corte Constitucional de todas las demandas de inconstitucionalidad de las normas comunitarias porque, como ya dicho, ex art. 11, estas tienen capacidad de derogar la misma constitución y por lo tanto ellas mismas son normas constitucionales. Solo en el supuesto de violar los principios fundamentales de la constitución o los derechos fundamentales del hombre, cuya tutela vale la pena recordar es también tarea de las normas comunitarias, cabría el control jurisdiccional sobre las normas comunitarias. Con la sentencia 183/1973, la Corte Constitucional

[22] Ver la sentencia de la Corte constitucional italiana 183/1973.

ha fijado que es natural que *"en el ordenamiento comunitario no pueden valer las garantías previstas por la constitución para las actividades legislativas del estado, que tienen que ver con la formación y la publicación de las leyes, la posibilidad del referendum abrogativo y el control de constitucionalidad."* Considera también la Corte que el ordenamiento comunitario posée todo un sistema de controles políticos y de garantías jurisdiccionales que sin duda suplen y llenan el vacío de las garantías de todo el ordenamiento.

Como segunda consecuencia, también derivada del artículo 11 de la Constitución italiana, que ya se dijo ser emblemático del constitucionalismo europeo comunitario, dado el carácter constitucional de la normatividad comunitaria la legislacion interna está condicionada a su respeto. Si una ley interna contrasta con los tratados comunitarios, viola el articulo 11 y por lo tanto será anulable por inconstitucional. De esta manera la ley interna no puede contradecir, derogar o crear excepciones a las normas comunitarias so pena la inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Para concluir esta parte se puede precisar algo más sobre la eficacia de los actos emanados por los órganos comunitarios europeos (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y conceptos) especialmente en el ordenamiento italiano. **Los reglamentos** y demas actos comunitarios que tengan en sí un contenido legislativo, son de eficacia obligatoria y directa aplicación a sus distinatarios sin necesidad de leyes de adaptación o recepción y entran en vigencia contemporáneamente en todos los países miembros, que tienen el derecho-deber de promulgar los actos necesarios para su efectivo cumplimiento, incluyendo aquellos de carácter presupuestal. Como ya se dijo no tienen control de constitucionalidad, por ser considerados como normas de nivel constitucional. Las **directivas** vinculan en general a los estados miembros en lo que tiene que ver con el logro de los resultados, dejándolos libres de escoger los modos y los medios, lo que hace necesaria la emanación de nuevas normas internas. Las **decisiones** son actos obligatorios para las partes interesadas y tienen carácter ejecutivo de actos generales anteriores. Las **recomendaciones y los conceptos o pareceres** no son vinculantes. Naturalmente la eficacia de la normatividad comunitaria se desprende de las mismas normas que dan vida y constituyen a las

comunidades, es decir los tratados comunitarios, por lo general confirmadas por la jurisprudencia constitucional.

2.3.- Con relación a los **límites de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno** la doctrina concuerda en modo general que dicha supremacía es ilimitada, siempre y cuando los órganos comunitarios actúen dentro de su esfera material de competencias determinada por los tratados constitutivos. Dentro de esta frontera la supremacía comunitaria no se discute y no tiene límites y los problemas de invalidez o legalidad de las normas comunitarias no son de competencia del derecho interno sino que dependen del ordenamiento comunitario y por lo tanto su evaluacion corresponde al juez comunitario. Por otra parte, los límites de la supremacía comunitaria están también fijados, en el caso italiano, por el mencionado artículo 11, que es el que permite la limitación de la soberanía del estado y del ordenamiento interno con fines claros y precisos, que el ordenamiento comunitario debe respetar y dentro de los cuales la supremacía del ordenamiento comunitario sobre el interno es total. Por tanto, en caso de contraste de una norma comunitaria y una ley anterior, esta última se debe considerar abrogada o por lo menos superada por aquella, lo que permite a cualquier autoridad aplicar la norma comunitaria en vez de la interna.

En caso de contraste entre la norma comunitaria y una ley posterior hay por lo menos dos formas de resolverlo: o se trata de un problema de inconstitucionalidad de esta última y por lo tanto se da completa competencia a la Corte Constitucional para que resuelva el problema, excluyendo el poder del juez interno de inaplicar o desaplicar la ley, inponiéndole más bien el deber de la acción de legitimidad constitucional o el juez interno tiene todo el poder para desaplicar la norma interna en contraste con la comunitaria sin tener en cuenta el elemento temporal (si es anterior o posterior), excluyendo así la intervención de la Corte Constitucional. En Italia la primera solución se aplicó en el pasado pero actualmente se sigue solo la segunda solución[23]. En este sentido desde 1984 la Corte constitucional considera

[23] A partir de la sentencia 170/1984.

que al juez común corresponde conocer de los contrastes entre los dos ordenamientos y hacer valer la supremacía del comunitario sobre el interno sin tener en cuenta el factor temporal normativo.

En cuanto a la revocabilidad de la adhesión a los tratados comunitarios o revocación total de los mismos por parte de un estado miembro, el problema es ciertamente de derecho interno, y se haría seguiendo el mismo camino jurídico que llevó a su firma, ésto es mediante la reforma del artículo constitucional que permite la limitación de la soberanía del estado, quedando en firme las responsabilidades internacionales de quien rescinde el pacto. Esta interpretación contrasta con parte de la doctrina que considera que, teniendo en cuenta el grado de institucionalización comunitaria alcanzado, ya no es posible volver atrás y que los tratados son ya irreversibles. Admirando la tendencia europeista de esta tesis no es posible jurídicamente aceptarla ni siquiera en una etapa más avanzada de integración política porque equivaldría a negar el derecho soberano y originario de los pueblos a darse la forma de gobierno que más les conviene y modificarla durante el desarrollo histórico de sus sociedades. Tampoco es aceptable si se tiene en consideración que la Union Europea, como cualquier otra integración política, social, económica, ha sido creada para los pueblos de los estados miembros y no viceversa. En fin, no parece jurídicamente lógico que para algunos tratados se pueda aplicar la normatividad internacional sobre su extinción y para otros no. La mayor parte de las federaciones de estados lo mismo que los intentos más o menos exitosos de crear la comunidad internacional en este siglo nos enseñan sobre el origen, evolución y extinción de las mismas y no es posible que para la experiencia europea no sea válida esta parte de la historia internacional. Naturalmente, como actitud augural y propiciatoria, vale la pena pensar y desear que los tratados de la comunidad europea no sean revocables por las partes.

3.- **El Constitucionalismo de América Latina, el Derecho Internacional General, el Derecho Internacional "pacticio" y el Derecho Internacional Comunitario** han superado de tiempo atrás las teorías monistas tanto para reforzar el primero como para proclamar un predominio absoluto del derecho internacional sobre el interno. En más de siglo y

medio de evolución jurídico-constitucional, sin duda como consecuencia de una doctrina siempre dirigida a defender la coexistencia de los dos ordenamientos jurídicos haciéndolos coincidir como soberanos y respetados en sus propias esferas de competencia[24], el constitucionalismo latinoamericano ha llegado a la total consagración y a un pleno reconocimiento, primero del derecho internacional general, luego del derecho internacional pacticio y finalmente del derecho internacional comunitario en un proceso que corresponde al mismo desarrollo del derecho y de las sociedades latinoamericanas. Desafortunadamente el deficiente desarrollo político y económico del subcontinente, causalmente ligado a los problemas verdaderamente graves de la dependencia, que produce efectos tan nefastos como la desigualdad en los términos de intercambio, la monoproducción, la monoexportación o la deuda externa, hacen que la realidad de la praxis jurídica, no solo a nivel interno sino también internacional, se encuentre relativamente lejana del respeto y del imperio de la ley. No por ésto se puede desconocer el esfuerzo realizado, que se podrá comprobar más adelante, casi siempre ejemplar, por instaurar un estado de derecho respetuoso de sus obligaciones internas y para con la comunidad internacional.

El respeto por el derecho internacional general, y más precisamente por las prácticas, usos y costumbres internacionales que forman lo que comunmente se llama el derecho de gentes, es una constante en América Latina. No podía ser diferente si se considera que la ideología fundamental en la formación de los nuevos estados después de la emancipación de España fue una síntesis, como se dijo antes, del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, representada por esos paladines de los derechos fundamentales, del federalismo internacional y de la comunidad universal que comprende todos los hombres sin distinción alguna, que fueron Vitoria, Suárez, Las Casas, y del iluminismo liberal inglés, francés y nordamericano que da vida

[24] La doctrina está representada en las enseñanzas de la Escuela de Salamanca y el derecho de gentes fundamentalmente con las obras de Suárez, Vitoria, Las Casas, pero además con la praxis internacionalista de los padres de la patria latinoAmericana e iuspolíticos, Miranda, Bolívar, Santander, San Martín, Bello, Texeira de Freitas, Velez Sarsfield, para mencionar sólo algunos.

a la teoría y a la práctica del constitucionalismo como técnica de la libertad e instrumento de desarrollo de los pueblos.

No de otra manera se puede explicar que desde el siglo pasado en las constituciones latinoamericanas no falte la referencia a los principios generales del derecho de gentes y a su debido respeto, como fundamento de la comunidad internacional, de la coexistencia pacífica de los pueblos, de la solucion pacífica de las controversias internacionales y de la paz mundial. Mientras que en las constituciones vigentes es permanente y generalizada la invocación a los principios del orden jurídico internacional general, del orden jurídico internacional américano, del derecho pacticio, del derecho de la integración regional y subregional y del derecho comunitario, con las mismas mencionadas finalidades, más las actuales del desarrollo de los pueblos latinoamericanos, la defensa de los derechos humanos, el respeto de las fronteras territoriales, de la autodeterminación y soberanía de los estados.

En cuanto a los principios generales del derecho internacional, el constitucionalismo latinoaméricano siempre los ha reconocido y los ha hecho suyos. En este sentido *derecho de gentes, pacta sunt servanda, sic rebus stantibus, cláusulas de reciprocidad, de nación más preferida, de asilo, extradición, trato al extranjero, solución pacífica de los conflictos internacionales, arbitraje, buenos oficios, amigable composición,* han sido parte integral de los ordenamiento internos de los países latinoAmericanos.

Con relación al derecho internacional "pacticio", es decir el creado por los tratados, convenios, acuerdos y pactos internacionales, lo mismo que por los concordatos, todas la constituciones latinoamericanas lo reconocen como parte integral de sus ordenamientos jurídicos internos y casi todas le reconocen jerarquía superior a la ley y por lo tanto de carácter constitucional. La doctrina generalmente se refiere a él como parte del llamado "bloque de constitucionalidad"[25].

---

[25] Sebastián Rodriguez Robles, *Algunas reflexiones sobre la doctrina del bloque de la constitucionalidad en Panamá,* en Anuario de derecho constitucional latinoaméricano, Medellín, 1996, pags. 391 ss. Igualmente ver la parte de este trabajo sobre la supremacía de la constitución y las normas internacionales en Panamá.

En cuanto al derecho comunitario la experiencia latinoAmericana tiene un comienzo paralelo con las luchas de independencia, es suficiente pensar en la Carta de Jamaica de Bolivar y en el Congreso Anfictionico de Panamá de 1826, programado y organizado por el mismo Bolivar, presidente de la Gran Colombia, considerado como el antecedente fundamental de la Organización de Estados Americanos de 1948, y del cual salieron los primeros pactos de unión y defensa mútua del subcontinente[26]. A la OEA han seguido diversos tentativos de integración regional y subregional con la consiguente creación de organizaciones regionales y la producción jurídica internacional comunitaria que, aunque sin llegar a los niveles del derecho comunitario europeo, ha representado un enorme esfuerzo no solo por su cantidad sino por su cualidad[27]. En este sentido se pueden mencionar los principales sistemas de integración, cooperación y concertación económica y en cierto modo también política, que a nivel regional y subregional están vigentes en América Latina y que representan en el mejor de los modos su tradicional tendencia internacionalista y comunitaria[28].

El Mercado Común CentroAméricano, que comienza en 1951 y lleva como idea central la integración política de la región con la perspectiva de la **Organización de Estados centroAmericanos** y, naturalmente, con la creación de la República CentroAmericana, como lo promulgan algunas constituciones del área. Cuenta hoy con la base jurídica del **Tratado multilateral de libre comercio e integración económica**, el **Acuerdo sobre el Régimen Industrial CentroAméricano, el Acuerdo para la uniformidad de las tarifas de importaciones y de Aduanas y el Acuerdo que crea el Banco CentroAméricano de integración económica.** Los

[26] Eduardo Rozo Acuña, *El Congreso de Panamá: proyecto de unión continental*, en *Bolívar y la organizacóon de los poderes públicos*, Bogotá, 1988.

[27] Massimo Panebianco e Piero Pennetta, Introduzione al diritto delle organizzazioni internazionali, Salerno, 1993, pp. 298 ss.

[28] Para una profundización de estas experiencia ver especialmente, Angela Di Stasi (compiladora), *Código de la integración LatinoAmericana. El SELA, Sistema Económico LatinoAméricano*. Salerno, 1992, pp 675 ss.

tratados y acuerdos han tenido lenta pero constante aplicación y las perspectivas no son pesimistas, como lo pueden permitir avances concretos, como la creación del **Parlamento centro-Américano en 1990 y del SICA, Sistema de integración centro-Americana,** en diciembre de 1991 con el Protocolo de Tegucigalpa, que también ha puesto al dia la Carta de la **ODECA**/Organización de Estados Centro-Americanos.

El Grupo Subregional Andino, hoy **Comunidad Andina,** creado en 1969 con el Acuerdo de Cartagena y sostenido hasta el presente por Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru y Venezuela, constituye un Tradado internacional con base jurídica en las constituciones de estos países y en sus normas de aprobación y ratificación. En este año de 1997, con el Protocolo de Quito, se ha modificado el nombre para tomar el de **Comunidad Andina** con lo que se ha querido enfatizar el aspecto de una mayor integración y unidad política. Cuenta hoy con un aparato institucional completo: **Comisión, Junta, Corte de Justicia y Parlamento Andino.** Los primeros tres tienen competencias normativas y jurisdiccionales y están formados por los representatantes de los gobiernos con plenos poderes y por funcionarios escogidos por medio de acuerdos entre los gobiernos. El Parlamento tiene facultades para dar orientaciones y emprender acciones de alta política. El Tratado de La Paz, que lo creó en 1979, prevé que sus miembros sean elegidos por sufragio universal, pero en la actualidad está compuesto de miembros de los parlamentos nacionales. Interesante notar que al lado de los tratados puramente económicos, la Comunidad Andina ha logrado la firma de acuerdos y convenciónes de carácter cultural, educativo, tecnológico y científico, como la **Convención Andrés Bello** de 1970; la **Convención Unanue** de 1971 para mejorar las condiciones de salud en la subregión y la **Convención Simón Rodríguez** de 1973 con fines de integración social y del trabajo. La Comunidad Andina ha trabajado con lentitud pero árdua y persisténtemente y no obstante los altibajos explicables, dadas las limitaciones y diferencias estructurales de los países miembros, su futuro también es de prever con actitud optimista.

La **Comunidad del Caribe-CARICOM,** fue creada con el Tratado de Chaguaramas, firmado por Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad Tobago y a ellos se agregaron más tarde Belice, Dominica, Granada, St. Lucia, St.

Vincent, Montserrat, Antigua, St. Christopher-Nevis-Anguilla y Bahamas. Entre sus realizaciones, obtenidas con un aparato institucional conforme sustancialmente al esquema de las organizaciones internacionales para obtener la cooperación y la integración, sobresalen el Acuerdo sobre la Tarifa Externa Común y las Normas de Origen que han permitido la creación de una zona de libre comercio, y el Programa de Libre Circulación de Bienes, Personas (comprendidos los trabajadores, especialmente mano de obra calificada), Servicios y Capitales. Se espera que este esfuerzo lleve al desarrollo del mercado común de la región caribe y a su ampliación, ya en acto, con la inclusión de Haití, Suriname y de República Dominicana y con la firmas de acuerdos privilegiados con Puerto Rico y las Antillas holandesas.

El Tratado de Brasilia firmado en 1969 por Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay, entró en vigencia en 1969, como un instrumento jurídico internacional para el desarrollo y la integración de los territorios de la **Cuenca del Plata**. Representa un acuerdo internacional limitado a una región geo-económica, que según las reglas internacionales, es aplicable sóla y exclusivamente, dentro de los límites geográficos, a los territorios de los países miembros que se encuentran precísamente en la Cuenca del Rio de la Plata. Cuenta con una organización exclusívamente intergubernativa y por tanto sin poderes propios. Solo el Fondo Financiero, creado en 1974 para la integración física y económica, la navegación, la cooperación y el desarrollo de la Cuenca, goza de alguna autonomía y capacidad operativas. Este tratado cobra vigencia mayor con la creación del **Mercosur**, como se verá luego.

El Tratado de Cooperación Amazónica, firmado también en Brasilia por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Venezuela en 1978, representa la formalización jurídica de un proceso de cooperación multilateral para la preservación, utilización y desarrollo de los recursos naturales de la región bañada o bajo la influencia directa del rio más grande e importante del mundo, sobre todo desde el punto de vista de sus riquezas. El Tratado se aplica no sólo a los territorios de los paises limítrofes con el Amazonas sino a cualquier territorio cuyas características geográficas, ecológicas o economícas lo relacionen con el gran rio. Por tal motivo actualmente del Tratado hacen parte países que no tienen acceso o fronteras amazónicas,

como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Guyana y Suriname. Como ejemplo de primacía del derecho internacional en la utilización de los recursos naturales en los respectivos territorios vale el principio del derecho de cada estado, que no admite otras limitaciones que las del derecho internacional, segun el art. 4 del tratado amazónico, lo que lleva a definir, en modo preciso, los derechos y la acción de los estados: **nacional**, como en el caso de los problemas de la utilización de los recursos del rio; **bilateral**, frente a problemas de la ocupación y convivencia en zonas limítrofes y **regional**, como en el caso de las normas de la navegación del rio. La igualdad de los países miembros la asegura el tratado al establecer la unanimidad en la toma de decisiones. A este respecto hay que recordar que en 1989 se creó el Parlamento amazónico con la representación de los países arriba mencionados menos Guyana. No hay duda que este tratado es de gran importancia para el desarrollo de la integración latinoAmericana, que crece en experiencia y se enriquece con la participación de países tan diversos cultural, económica y geográficamente. Su influencia se notó en la Conferencia de la Onu, de Rio de Janeiro sobre el ambiente, con la Declaración de Manaos y el documento-programa para la misma Conferencia, elaborado conjúntamente por los países miembros del tratado. Es un trabajo lento, casi inperceptible, pero a la larga positivo.

De la **ALALC, Asociación LatinoAmericana de Libre Comercio** creada en 1960 por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay a los cuales se agregaron más tarde, Colombia, Ecuador, Bolivia y Venezuela se ha pasado últimamente en 1980 a la **ALADI, Asociación Latino-Americana de Integración**, con el Tratado de Montevideo de 1980. Sin solución de continuidad han evolucionado estos intentos de integración regional, absorbiendo la Aladi la normatividad y la experiencia de la Alalc y transformándolas según las nuevas condiciones históricas, económicas y políticas de la región - especialmente las surgidas como consecuencia del desarrollo subregional andino y del Mercosur-, la coyuntura económica mundial, la deuda externa de los Estados de la región y los cambios hacia una mayor participación y democracia de los gobiernos miembros del pacto.

La organización prevista por el Tratado de Montevideo -ALADI- comprende una estructura política, compuesta por el Consejo de Ministros

de Relaciones Exteriores de los países miembros, la Conferencia de Evaluación y Convergencia y el Comité de Representantes Permanentes, todos órganos intergubernativos, y una estructura técnica, la Secretaria, de carácter individual, representada en el Secretario General. El primer órgano, el Consejo de Ministros, tiene el poder legislativo y constitutivo con relación a los demás órganos, los Estados miembros, los organismos internacionales y las mismas normas estatutarias. Es también un órgano ejecutivo y evaluativo ya que puede adoptar medidas correctivas de carácter multilateral y controlar las actividades de la Asociación. Nombra al Secretario General. La Conferencia evalúa y controla los resultados del proceso de ejecución del Tratado y, como órgano deliberativo, es fuente para las recomendaciones que serán la base para las decisiones que debe tomar el Consejo. El Comité es el órgano de impulso y de coordinación de todo el proceso de integración, con funciones precisas de iniciativa, ejecución, de representación externa de la Asociación, de control sobre el cumplimiento del tratado y de asegurarar la compatibilidad del mismo con los demás tratados y compromisos jurídicos internacionales de la región y con el resto de la comunidad internacional. El Secretario es órgano de iniciativa, proyección, representación, control y ejecución de las decisiones administrativas con carácter comunitario y no gubernativo, dotado de una cierta autonomía e independencia.

La Aladí es un paso más en la integración continental de la América Latina y en la praxis de su vocación internacionalista, que representa el punto de referencia más importante de un sistema comercial abierto y pluralista de todo el continente Américano, que representa un interlocutor válido a nivel especialmente extra-latinoAméricano y una piedra angular para la integración política del subcontinente Américano.

El Mercosur, Mercado Común del Sur, se origina en el Tratado de Asunción de 1991, firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, representa el más reciente y dinámico intento de integración, concertación y cooperación económica entre países latino-Americanos en el ámbito y el respeto de los pactos y tratados del Sistema Económico de América Latina-SELA, de la Asociación LatinoAmericana de integración- ALADI, del Sistema Amazónico y naturalmente de la Organización de Estados Americanos. En este sentido el Mercado del Sur viene a poner en práctica un nuevo

esquema que supera el de la cooperación horizontal inspirado en los principios del derecho internacional en materia de desarrollo e intenta poner en práctica el respeto total de las reglas de un desarrollo económico basado en los grandes mercados multinacionales cada vez más integrados y globalizadores[29].

El Mercosur comprende, como derecho comunitario creador, el tratado constitutivo y los cinco anexos o protocolos firmados contemporáneamente. Con el primero se fijan los fines, las bases, la organización del intercambio comercial y se determinan los órganos institucionales. Con los anexos se precisa el programa de la liberalización de mercancias y se proyectan las líneas de desarrollo del mercado común, se fijan los requisitos para la admisión al régimen de beneficios de los productos, los criterios para la solución de las controversias y se establecen los órganos de apoyo técnico. En su desarrollo ha ya llegado a la liberalización de bienes, servicios y factores de producción, a la institución de una tarifa aduanera externa común, a la adopción de una política comercial común con relación a terceras partes, a la adopción de posiciones comunes en foros internacionales y regionales, a la coordinación de las políticas de los estados miembros en los diferentes sectores interdependientes y, por último, a la armonización de las legislaciones nacionales.

Con la experiencia que en materia de integración tienen los países miembros, Mercosur adopta una organización elemental y funcional, al menos por el momento: el **Consejo del Mercado**, que toma las decisiones; el **Grupo del Mercado** que ejecuta las decisiones y la **Secretaría** con funciones puramente administrativas. Los dos primeros órganos son intergubernativos y funcionan sobre la base del consenso, para asegurar a los estados miembros igual poder de decisión y control de la organización subregional. Para la solución de las controversias se ha establecido por el momento la negociación directa entra los Estados y eventualmente, en caso

[29] G. Martino, *Il Mercosur*, en *Código de la Integración LatinoAmericana*, op. cit. pp 757 ss.

de falta de acuerdo, el arbitraje, mientras se estudia la creación de un Tribunal o Corte de Justicia, como existe en la Comunidad Andina. Está previsto, en uno de los protocolos anexos, el Foro Consultivo Económico y Social, a la manera del existente en la Unión Europea, para la representación y vocería de las empresas y de sus partes para un funcional proceso de toma de decisiones, pero su ejecución aún no se ha realizado.

En este tentativo de unión e integración aparecen países grandes y ricos, como Brasil y Argentina y países pequeños y menos ricos, como el Paraguay y el Uruguay, ligados por un ideal esencial de Américanismo e integraciónismo que debe servir al desarrollo político y económico de los pueblos de esos Estados y contribuir así al desarrollo y progreso de América Latina.

El Grupo de Rio, otra experiencia mas, Américanista e internacionalista de América Latina, es un mecanismo permanente de consultación y concertación política formado en la actualidad por todos los países miembros de la ALADI. Lo componen los Jefes de Estado de los países de la región y se presenta como una institución de enlace y coordinación con y entre todos los países miembros de la ALADI . Nace en 1986 de la integración del Grupo de Contadora (México, Colombia, Panamá y Venezuela) creado en 1983 como mecanismo de mediación internacional y de solución a los conflictos de Centro América, y el Grupo de apoyo (Argentina, Brasil, Peru y Uruguay) creado en 1985. A estos dos grupos, compuesto de ocho países, han adherido los otro cuatro países miembros de Aladí y ha cambiado su nombre por el de Grupo de Rio. Hoy representa el principal foro de discusión de los problemas de la región, de definición y programación de actividades, centro de elaboración y determinación de políticas y de actitudes o posiciones comunes, lo mismo que de precisión de roles para los diferentes paises según los problemas por enfrentar. La institucionalización de las reuniones presidenciales y el apoyo parlamentario, también institucionalizado, explican por que este grupo se ha convertido en poco tiempo en un instrumento funcional que refuerza la labor de las demás organizaciones regionales y subregionales de integración y cooperación. La validez de la estrategia se percibe en las importantes intervenciones, por ejemplo, de Acapulco de 1987, donde se aprobó un compromiso regional

para la paz, el desarrollo y la democracia, emblema de la concertación política de los doce países que forman el Grupo de Rio; de Roma de 1990, donde se firmó el acuerdo programático de cooperación política y de intensificación de las relaciones con la Unión Europea; de Cartagena de 1991, para el reforzamiento del Sistema Económico latinoAméricano; de Buenos Aires de 1992 para el desarrollo del comercio inter-regional, la inversión y los proyectos conjuntos de industrialización y desarrollo. Las reuniones siguientes de La Paz y Lima también han representado avances en el camino de la consultación y la concertación política entre los países de la región.

Se ha querido dejar de último el tema del **SELA, Sistema Económico Latino-Américano**, por representar la experiencia más inportante en materia de derecho de la integración, el ejemplo mas emblemático de los esfuerzos que los países de esa región del mundo cumplen por lograr un desarrollo económico y político teniendo como instrumento válido y segura base el derecho internacional comunitario que en forma lenta pero constante comienza a formar parte de los ordenamientos internos de los países participantes.

El SELA, creado en 1975 con el Tratado de Panamá, representa una organización internacional única en su género. Muy conocida entre los expertos del derecho internacional para el desarrollo y la integración, como afirma Panebianco, ha contribuído y contribuye a la formación y al desarrollo de este sector del derecho en el subcontinente Américano sin olvidar su aporte valioso en el perfeccionamiento de los instrumentos jurídicos internacionales en el marco del dialogo Norte-Sur entre organismos de países en desarrollo y el actual sistema mundial. En este sentido el SELA representa un modelo global de cooperación-integración-concertación, entre Estados en via de desarrollo, de tipo muy especial para las relaciones de tipo diplomatico-institucional-convenciónal que lleva con las demás organizaciones internacionales, especialmente con la Comunidad Europea[30]. Resulta

[30] Massimo Panebianco, *Premessa, Código de la integración LatinoAmericana, El SELA, Sistema Económico LatinoAméricano, op. cit. V*

también única en su especie por la flexibilidad y elasticidad de su normatividad y operatividad, por la amplitud de la participación de todos los países del subcontinente, que ha hecho obligatorio el empleo de fórmulas de trabajo y compromiso poco rígidas y prágmaticas, adaptables a las diferencias de los y entre los participantes, que permiten la adopción de programas de acción común para la cooperación, la integración, la concertación, la consultación, la coordinación y la seguridad económica y jurídica inter-regional, con los organismos internacionales y en las relaciones con cada país y grupos de terceros países.

La organizacion del SELA es bastante simplificada: **El Consejo latinoAméricano, los Comités de Acción, la Secretaria permanente y la Comisiones nacionales**. El primero es el órgano supremo, compuesto por un representante de cada país miembro, titular de un solo voto, sin interesar el tamano o el grado de desarrollo del pais. Sus decisiones son tomadas a la unanimidad, según el tratado, cuando corresponden a sus funciones de definición de las políticas generales, interpretación y reforma del tratado, aprobación de posiciones y estrategias comunes con relación a organismos, foros internacionales y terceros países. Para el ejercicio de la demás funciones, presupuestales, de control, programación de acciones, ejecución de las decisiones, acuerdos operativos, convocación de reuniones, se requiere la mayoría calificada de dos tercios o la absoluta. Los Comités de Acción representan foros para la toma de decisiones especificas, realización de estudios, programas y proyectos espécificos, preparación y adopción de posiciones de negociación comunes. Son también órganos temporales (de dos a cinco años), descentralizados, ideados para facilitar el logro de específicos objetivos, casi nunca diréctamente sino por medio de otras instituciones y mecanismos a los cuales recurren, comprometen y motivan. Por esto, mas que llevar a cabo diréctamente las tareas, sirven para encontrar las vias de acción para el logro de los objetivos y en ésto consiste su flexibilidad y pragmatismo. El éxito de su labor depende en buena parte de la tendencia consolidada de los países latinoAmericanos hacia el respeto de las normas internacionales, considerando que el cumplimiento de los objetivos relativos a la cooperación regional, a través de los Comités de Acción, sólo es obligatorio para los Estados miembros que participen en

ellos (art. 24 del Tratado).

La Secretaría Permanente es el órgano técnico-administrativo del SELA, con sede en Caracas, dirigida por el Secretario Permanente, elegido por el Consejo entre sus miembros, representa legalmente al organismo y entre sus funciones sobresalen las de propiciar y realizar estudios preliminares que conduzcan a proyectos para todos o algunos de los países miembros; colaborar con los Comités de Acción y ayudar a su coodinación; proponer al Consejo programas y proyectos de interés común; organizar las reuniones de los órganos del Sela; preparar el presupuesto y los estados financieros de la organización; presentar los informes anuales de sus actividades y coordinar los de los Comités pudiendo éstos presentarlos también directamente al Consejo.

Las Comisiones Nacionales, creadas por la Decisión 247 de 1986, para fortalecer los mecanismos nacionales de participación y coordinación de las actividades desarrolladas por el SELA, representan otro ágil y pragmático mecanismo para la toma, ejecución y control de decisiones pues su organización y funcionamiento dependen de los Estados miembros que deciden crearlas, con la obligación de funcionar armonicamente con la Secretaria Permanente.

La larga experiencia en materia de derecho internacional de la integración y de la cooperación de los últimos cincuenta años en América Latina lleva a la aceptación de la conclusión de que ese derecho está determinado por la praxis y por los hechos y no por la técnica jurídica. No lleva directamente a los Estados que lo crean a la unificación jurídica o a la armonización de sus ordenamientos sino más bien a una adaptación continua y a una revisión sistemática de sus instituciones legales. En la mayoría de veces comporta la sustitución del derecho interno y la eliminación de sus normas en modo de permitir la aplicación de la normatividad de los organismos internacionales regionales y subregionales, como lleva también a los Estados miembros a producir en su derecho interno las normas necesarias a la integración. Para la vida jurídica de los países miembros es ciertamente una fuente permanente de doctrina, jurisprudencia, técnica legislativa, de principios generales y de praxis internacional que los enriquece y hace dinámicos y, sobre todo, los vuelve abiertos, pluralistas y receptores

de la comunidad internacional[31].

Como se podrá apreciar más adelante con el análisis de los textos constitucionales, esta marcha hacia la organización internacional universal, regional y subregional ha sido favorecida por la más completa disposición del constituyente latinoAméricano hacia la creación y el apoyo del orden internacional, con fuerza y primac´ta sobre el orden interno. En este sentido, en la segunda mitad de este siglo el constitucionalismo latinoAméricano se ha caraterizado: 1) por una tendencia universalista, como en los casos argentino y chileno, es decir de apoyo incondicional al orden jurídico internacional; 2) una disposición a participar en los procesos de integración y cooperación por medio de la creación de organismos internacionales, como en los casos del Brasil, Uruguay, Paraguay; 3) una inclinación a la integración política y económica de la región Centroamericana; 4) por la disposición y el compromiso hacia la integración latinoamericana, como en los casos de Venezuela, Colombia, Ecuador y Perú, con el apoyo a la idea de crear una comunidad latinoamericana mediante la integración económica, política, social y cultural[32].

Actualmente el constitucionalismo de América Latina decidídamente se ha vuelto universalista, completamente favorable al reconocimiento de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, definitivamente inclinado hacia la integración continental, regional y subregional principalmente económica pero sin desatender los demás aspectos socio-políticos y culturales de la integración, como lo acabamos de comprobar con el precedente repaso de las experiencias integracionistas y comunitarias y como enseguida se podrá analizar y comprobar en las

[31] En este sentido se desarrolló el Seminario Internacional que sobre *Unificación del Derecho y Derecho de la Integración en América Latina*, se celebró en Roma del 4 al 7 de diciembre de 1996, organizado por el Centro Interdisciplinare di Studi LatinoAméricani dell'Università di Roma "Tor Vergata" dirigido por Sandro Schipani.

[32] Massimo Panebianco, *Introduzione al diritto delle organizzazioni internazionali*, op. cit p 32.

nuevas constituciones latinoAmericanas.

4.- **Las Constituciones LatinoAmericanas vigentes y el derecho internacional.** En esta parte del análisis tomaremos en estudio los principales textos constitucionales latinoAmericanos que se encuentran en vigencia agrupándolos por regiones: las constituciones de los países del Cono Sur, **Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay;** las constituciones de la Región Andina o de los llamadados países andinos, **Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela**, las constituciones de **México y República Dominicana** y las de los países centroAmericanos, **Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá**[33].

El caso de Cuba queda para otro análisis separado, considerando que por motivos históricos, más precísamente por su revolución de 1959 que optó decidídamente, y tal vez forzadamente, por la via socialista, que todavía hoy persiste en recorrer, este país ha sido marginado de la comunidad interAmericana, ciertamente en modo no completamente justificado ni respetuoso del principio internacional de la soberanía y de la autodeterminación de los pueblos. Hasta hoy Cuba sigue por fuera de la Organización de Estados Americanos, OEA, y no hace parte de ninguna otra organización regional o subregional latinoamericana, ni siquiera de aquella que comprende a todos los países caribes, mas precisamente la Comunidad del Caribe, CARICOM. La constitución de Cuba, vigente de 1976, aunque de ideología socialista-marxista, no por ésto se puede calificar de cerrada a la aceptación del ordenamiento internacional; como se sabe, Cuba hace parte de las Naciones Unidas y de sus organizaciones especializadas y ha adherido a a la mayor parte de los pactos y convenios internacionales de estos organismos internacionales. La explicación para su marginación de la comunidad interamericana y panamericana, hay que buscarla ciertamete en la lucha continental anticomunista y antisocialista,

[33] Para los textos constitucionales ver *Perfiles Liberales (edición especial), Las constituciones de América Latina, Vols. I-II-III, Bogotá, 1995.*

encabezada por los Estados Unidos y apoyada incondicionalmente por los gobiernos latinoamericanos que han visto en Cuba una amenaza para sus regímenes, miedo reforzado por los intentos cubanos por exportar su revolución, especialmente durante los años 60, de los cuales fueron emblemáticos los del Che Guevara en Bolivia.. Auque si Cuba ha cambiado su política exterior, como también parcialmente su régimen interno, especialmente en los ultimos años, las puertas del derecho comunitario, regional o subregional no se han abierto y su marginación de la comunidad interamericana persiste[34].

4.1- En las Constituciones de los países del Cono Sur: La Constitución Argentina. Como se sabe, la constitución más reciente de América Latina es precisamente la de Argentina, promulgada en agosto de 1994. Es cierto que gran parte de su texto corresponde a su antigua constitución de 1853, pero la parte relativa al derecho internacional general, Americano y de la integración si es de reciente elaboración e inclusión[35]. Del antiguo texto de 1853 se tiene el artículo 27 que imponía la obligación al Gobierno Federal de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que debián estar en conformidad con los principios del derecho público establecidos en la constitución. Como se puede entender, la obligación de los tratados de respetar la constitución deja en claro que las demás normas del ordenamiento interno pueden ser contrastantes con el derecho paticio o viceversa y en este caso, primando la constitución, si la norma pacticia la respeta, debe cambiar o ser derogada la norma inferior interna para salvar la validez del orden jurídico, ya que con la entrada en vigencia del tratado la ley quedaría en contraste con la constitución.

---

[34] Miguel Angel Garcia Alzugaray, *El Sistema constitucional cubano*, en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, 1992.

[35] Para el viejo y el nuevo textos argentinos ver, Roberto Dromi y Eduardo Menem, *La constitución reformada, Buenos Aires, 1994*.

La misma antigua constitución de 1953 disponía en su artículo 67, numeral 19, que el Congreso tenía la función de *aprobar o desechar los tratados concluídos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica*. Naturalmente el Presidente tenía la función y el poder de *concluir y firmar tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras...*(art. 86/14).

En la Constitución de 1994 se mantiene el espíritu de los artículos mencionados actualizándolos y ampliando su portada internacionalista e integracionista, como también constitucionalizando la limitación de la soberanía del Estado a favor de la creación de la comunidad internacional y de la comunidad latinoAmericana. El nuevo art. 75 de la Constitución del 94, en su numeral 22, otorga la facultad al Congreso de *aprobar o desechar los tratados concluídos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede*. Precisando que los tratados y los concordatos tienen *jerarquía superior a las leyes*. Además, proclama que *la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; la Delaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discrimiación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño;* mientras se mantengan en vigencia *tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. Aún más, *solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara*. Los demás tratados y convenciónes sobre derechos humanos, luego de ser aprobados

por el Congreso, *requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarqíia constitucional.*

El mismo artículo 75 en el numeral 23 ordena que el Congreso legisle y tome medidas positivas especialmente para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los *tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas incapacitadas.*

Pero la parte más importante del artículo 75 de la nueva constitución argentina ésta en su numeral 24 que faculta al Congreso de la República a *aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos.* Para no dejar duda alguna sobre la primacía de la normatividad comunitaria que resulta de los procesos de integración el artículo concluye afirmando que las normas que se dicten con esta base constitucional *tienen jerarquía superior a las leyes.*

En cuanto a la aprobación de los mencionados tratados, la constitución diferencia el procedimiento: si son firmados con países latinoAmericanos se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Para los demás tratados el Congreso con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declara la conveniencia de la aprobacíon del tratado que sólo podra ser aprobado pasados 180 días de este acto declarativo, con el voto favorable de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Resulta de esta manera un procedimiento más rapido y más flexible para los tratados regionales o inter-regionales y más complejo y rígido en todos los demás casos.La denuncia relativa de todos los tratados de integración también debe pasar por un procedimiento rígido pués la constitución exige su previa aprobación por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara antes de que el gobierno la presente.

Con lo dispuesto por la nueva Constitución argentina de 1994, el derecho comunitaria e integraciónista a nivel mundial, regional y subregional no podía tener un fundamento constitucional más claro, preciso y amplio ni una mayor garantía de su preeminencia respecto del ordenamiento interno

hasta el punto que comparatívamente los artículos 10 y 11 de la Constitución italiana, arriba estudiados, dejan ver claramente sus limitaciones en cuanto se refiere a las relaciones entre ordenamiento interno y ordenamiento internacional.

Además, esta avanzada constitucional es cada vez más confirmada y llevada hacia adelante por la jurisprudencia de ese país. Como claro ejemplo, se puede citar una parte de una decisón de la Corte Suprema argentina relativa al MERCOSUR: "*El Tratado de Asunción...que establece el Mercosur, constituye la culminación de un proceso de toma común de conciencia entre las naciones de la región, y es una clara definición de política legislativa que el ordenamiento jurídico no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación prática*"[36]. Igualmente hay que recordar otro importantísimo pronunciamente de la Corte Federal en la materia, del 13/10/1994, donde se afirma que *la aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado, además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas*[37].

Por último, siendo Argentina un Estado Federal su constitución no podía no considerar el problema desde la perspectiva de los estados miembros, llamados por la constitución **provincias.** El artículo 124 en este sentido dispone que, informando al Congreso Nacional, las provincias pueden *celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación.* Naturalmente en el

[36] Corte Suprema Argentina, 2-12-1993 (Cocchia c. Estado Nacional), citado por Juergen Samtleben, *Perspectivas para uma Corte Do Mercosul e a Experiencia Europeia,* en Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in América Latina, Modena, 1966, p 78.

[37] Aida Kemelmajer de Carlucci, Maria Gabriela Abalos de Mosso, *Grandes líneas directrices de la jurisprudencia agentina sobre materia constitucional durante el año 1995,* en Anuario de Derecho Constitucional LatinoAméricano, op. cit.1996, p 515.

ámbito de la autonomía federal los tratados o convenios que firmen las provincias se colocan en una jerarquía superior a las normas provinciales, debiendo respetar las normas legales y constitucionales federales.

Como se verá más adelante, la Constitución Argentina no es la única que haya dado estos pasos para reforzar el derecho internacional pacticio y comunitario en América Latina. Con la ayuda de la comparación constitucioal se podría decir, más bien, que ella ha seguido el camino ya abierto y recorrido por el constitucionalismo de otros Estados, como Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú, Venezuela, para mencionar sólo algunos importantes casos.

La Constitución de Brasil vigente fué promulgada en 1988 y ratificada en su forma de Estado y de Gobierno con referendum popular en 1993. En la parte que interesa al tema de este estudio se puede considerar actualizada y avanzada lo que explica que haya servido de ejemplo para el desarrollo constitucional latinoaméricano en la materia. En efecto, desde el Preámbulo anuncia su vocación internacionalista al proclamar que Brasil, como estado democratico está comprometido en la construcción de una sociedad de igualdad, justicia, hermandad, pluralismo fundada en la harmonia social y en el respeto del *orden interno e internacional*. Luego en el paragrafo del articulo 4 declara que la Republica Federal de Brasil se compromete con la *integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina tratando de crear una comunidad latino-Americana de naciones*. Sigue en el articulo 21, que define las competencias de la Federación, en el numeral I, confirmando su inclinación internacional precisando como función federal *asegurar el mantenimiento de relaciones con los Estados extranjeros y la participación en las organizaciones internacionales*. En esta misma dirección el articulo 49.

En cuanto a los tratados y convenios internacionales, cuya competencia de negociación y firma corresponde al Presidente de la República (art. 84/VII-VIII) y su aprobación al Congreso Nacional (art. 49/I) la Constitución prevé indirectamente su adopción automática por el derecho interno y establece su jerarquía superior a las leyes federales. Sin embargo, en modo poco comprensible según las actuales tendencias del constitucionalismo moderno, en modo contradictorio y criticable por la doctrina en general, dispone que el Supremo Tribunal Federal tiene el control

de constitucionalidad sobre ellos. (art. 102/III b)

Interesa también notar que el artículo constitucional provisional y transitorio 7 dispone que el Brasil debe *promover la creacion de un tribunal internacional para la garantía de los derechos humanos.*

No queda duda que la constitución del Brasil tiene las bases para que el derecho internacional, el comunitario y de la integración se desarrolle siempre más, como ha quedado demostrado con la participación de ese país en todos los procesos integracionistas anteriormente analizados. Queda, no obstante, como aspecto negativo y criticable, la competencia constitucional del Supremo Tribunal Federal para declarar la incostitucionalidad de los tratados que, si se ejerce según la norma, violaría el princio fundamental del derecho internacional *pacta sunt servanda*[38].

La Constitución Chilena de 1980 además de las partes criticables que contiene, precisamente por haber sido redactada y promulgada en pleno régimen del general Pinochet, en materia de derecho internacional y de la integración ofrece pocos aspectos interesantes. Sólo el artículo 50/1 se refiere a que el Congreso de la República tiene la función de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente el Presidente antes de su ratificación. La aprobación de los tratados debe pasar por un procedimiento igual al de la aprobación de las leyes pero una vez aprobados y ratificados entran en vigencia sin que se requieran otras nuevas intervenciones del Congreso para su ejecución o cumplimiento. En otras palabras, el Presidente dispone autónomamente las medidas o los acuerdos necesarios para el cumplimiento del tratado sin tener que consultar al Congreso, a menos que se trate de materias propias o exclusivas de ley. El artículo dispone también que con la misma aprobación del tratado, el Congreso puede autorizar al Presidente de la República para, que durante la vigencia del mismo, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal

[38] Para profundizar en el tema ver Antonio Paulo Cachapuz de Madeiros, *O poder de celebrar tratados a luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional braseiro*, Porto Alegre, 1995

cumplimiento, pero siempre en el respeto de las normas constitucionales, lo que inmediatamente lleva al problema del control sobre la constitucionalidad de los tratados, que según el artículo 82/2, respetando la intangibilidad del derecho internacional, es de competencia del Tribunal Constitucional que sólo puede ejercer antes de la aprobación y, obviamente, antes de la entrada en vigencia de los mismos.

Es cierto que el período de gobierno de Pinochet, al menos hasta después de la promulgación de la Constitución, no fue favorable para el reforzamiento de la comunidad internacional y del derecho pacticio que de ella se desprende, pues la dictadura militar en este sentido significó aislamiento y, especialmente, congelación de las ratificaciones y entrada en vigor de los pactos internacionales sobre derechos y libertades. Los casos más salientes fueron los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, suscrito en la misma fecha por Chile y ratificado en 1972, solo entró en vigencia como parte del ordenamiento jurídico interno en 1989; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Culturales de las Naciones Unidas de 1966, suscrito por Chile en 1969 y ratificado en 1972 solo fué adoptado por el derecho interno en 1989. El caso más diciente, Chile firmó el Pacto de San José o sea la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en la misma fecha pero el tratado solo entró a ser parte del derecho chileno después del final de la dictadura, es decir en 1991. Naturalmente la supremacía de estos tratados y las competencias de sus órganos valen solo para los hechos posteriores a su entrada en vigencia[39] .

También hay que añadir que Chile había sido miembro fundador del Grupo o Mercado Andino, hoy Comunidad Andina, firmando el Acuerdo de Cartagena de 1969, pero poco después se retiró y aun hoy no ha vuelto a hacer parte, como tampoco hace parte de Mercosur. Con el retorno de Chile a la normalidad democrática, después de 1990, la apertura internacionalista

[39] Para consultar los decretos de promulgación de los Tratados mencionados, Editorial Jurídica de Chile, *Constitución Política de Chile*, Santiago, 1995, pgs. 649 ss.

de Chile vuelve a comenzar a ponerse en vigencia.

La Constitución de Paraguay es de las más recientes como quiera que fue promulgada en 1992 lo que en materia de derecho internacional general, Américano y de la integración significa que ha sido puesta completamente al día. En efecto, ya desde el Preámbulo se prumulga la inclinación y vocación internacional al afirmar que el pueblo paraguayo y su Estado se encuentran *intergrados a la comunidad internacional*. Luego, la Constitución dedica una parte[40] a las relaciones internacionales que comienza por prescribir que los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación hayan sido canjeados o depositados *hacen parte integral del ordenamiento legal interno con jerarquía constitucional*[41].

Y a proposito de la jerarquía jurídica u orden de prelación, la constitución lo determina así: Constitución, tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados, las leyes dictadas por el Congreso, las otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía[42].

En cuanto a la denuncia de los tratados la constitución hace la distinción entre los tratados internacionales relativos a los derechos humanos y los demás tratados, estableciendo que para la denuncia de los primeros se deben seguir los procedimientos que rigen para las enmiendas constitucionales[43]. Considerando la norma al respecto, que obliga a la consulta referendaria, en la práctica la denuncia de estos tratados es imposible porque no será el pueblo a querer privarse de los derechos consagrados por el ordenamiento internacional.

---

[40] Capítulo II, Parte II, Título I.

[41] Art. 141.

[42] Art. 137.

[43] Art. 142. En cuanto al procedimiento de enmienda constitucional la iniciativa debe partir de almenos una cuarta parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras, del Presidente o de treintamil electores. Luego el proyecto debe ser aprobado por la mayoría absoluta en la Cámara de origen y de igual modo por la otra Cámara. Después debe ser sometida a referendum popular, si el resultados no es afirmativo no se podrá volver a promover la enmienda sobre el mismo tema antes de tres años.

Además, la Constitución paraguaya ordena que la República en sus relaciones internacionales respete el derecho internacional ajústandose, entre otros, a los principios de la igualdad jurídica, la autodeterminación de los pueblos, la solidaridad y la cooperación internacional, la protección internacional de los derechos humanos, la libre navegación de los rios internacionales, la no intervención, la condena de toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo, la renuncia a la guerra y el respeto de la legítima defensa[44].

Pero la parte más importante de la Constitución del Paraguay, en materia de relaciones entre ordenamiento interno y orden internacional, se refiere a las relaciones entre soberanía del Estado y soberanía de la comunidad internacional, artículo 145: *La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación, del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.* Y concluye el artículo prescribiendo que las limitaciones de la soberanía en pro del orden internacional serán decididas por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso. En cierto modo equivale al artículo 11 de la Constitución Italiana siendo su portada más amplia y abierta, lo que adicionado a las otras partes de la constitución paraguaya sobre la materia nos presenta un marco de dimensiones verdaderamente internacionales.

Consecuente con los principios de la jerarquía normativa, la Constitución paraguaya no concede a la Sala Constitucional de la Corte Suprema competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los tratados, come resulta de la lectura atenta del articulo 260. Y no podía ser de otra forma si se considera el rango supranacional del derecho internacional, comunitario o de la integración. Después de muchos años de dictadura, el Paraguay se presenta en el concierto internacional con una

[44] Artículos 143-144.

Carta Constitucional en correspondencia con los tiempos y las nuevas tendencias del derecho constitucional.

La Constitución de la Republica Oriental del Uruguay, también después del período de dictadura militar de 1973 a 1984, vuelve a ser la de 1966 con su última reforma de 1989. Hay que recordar que la dictadura militar preparó un proyecto de nueva constitución que sometió a referendum popular en 1980 y fué rechazado por la mayoría del pueblo. De esta manera, restablecidos los gobiernos democráticamente elegidos con ellos se restauró la Constitución de 1966 que se encuentra en vigencia desde marzo de 1985.

En esta Constitución hay un sólo pero muy importante artículo, el 6, que trata el problema aquí analizado. Naturalmente la constitución prevé las facultades presidenciales para la negociación, firma y ratificación de tratados, convenciónes y acuerdos, que para que entren en vigencia y sean adoptados e integrados al ordenamiento interno requieren de la aprobación del Congreso o Asamblea General antes de su ratificación[45]. En cuanto al mencionado art. 6 su parte importante es el segundo inciso que ordena que *la Republica procure la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Así mismo, debe propender por la efectiva complementación de sus servicios públicos.* El primer inciso del artículo se refiere a que Uruguay al firmar los tratados debe tratar de incluir la cláusula para que todas las diferencias que surjan entre las partes sean decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

La actual política de integración económica, política y social de Uruguay ha sido adelantada con base en el artículo 6, que sin tener las dimensiones ni la apertura que en la materia tienen las normas

[45] Artículos 168 ordinal 20 y 85 ordinal 7. Este último impone la mayoría absoluta del total de los votos de cada Cámara para la aprobación de tratados de paz, alianza, comercio y las convenciónes o contratos de cualquier naturaleza que celebre el ejecutivo con otros países u organismos internacionales.

constitucionales de los países analizados anteriormente, ni de muchas otras constituciones latinoAmericanas, ha servido para dar fundamento jurídico al desarrollo y a la adopción del derecho pacticio, comunitario y de la integración como parte del derecho interno uruguayo.

Por otra parte, que las normas internacionales tengan jerarquía jurídica superior a las leyes se deduce de la misma enumeración constitucional taxativa de funciones de la Corte Suprema de Justicia que no comprende el control de constitucionalidad de los tratados, pactos o convenciónes internacionales. Aunque parte de la doctrina de Uruguay considera que la Corte si tiene competencia en esta materia, la realidad es que el artículo 239 de la Constitución uruguaya es equívoco en la materia y de difícil aplicación. En efecto, el mencionado artículo en su ordinal primero dice que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia: 1° *Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra el Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciónes con otros Estados...* La doctrina dominante considera que este artículo no confiere competencia a la Suprema Corte para conocer de la constitucionalidad de las normas internacionales. Por otra parte, no existe jurisprudencia al respecto con lo que se confirma, por ahora, el carácter, supranacional de la normatividad internacional y del derecho comunitario de la integración[46].

4.2 .- **En la Comunidad de Paises Andinos** las constituciones vigentes son de épocas diferentes. Las de más años son la Venezolana de 1961, la de Bolivia de 1967 y la de Ecuador de 1978 mientras que la de Colombia es de 1991 y la de Perú de 1993. Con estas costituciones en cierto modo sucede como con las de los Estados del Cono Sur. Las más recientes, como se verá, tienen la parte constitucional relativa al orden internacional más al día, con mayor apertura y precisión en cuanto a la recepción y

[46] Ruben Correa Freitas, *Introducción al Derecho Costitucional*, Montevideo, 1988, pp 130 ss. Perfiles Liberales, *Las Constituciones Políticas ... Op.Cit. Vol. I, pp 111 ss.*

supremacía del derecho internacional, aunque si esta verdad es controvertida en el caso de la Costitución venezolana que no obstante ser de 1961 tiene, no solo en materia de relaciones internacionales sino también en otras, caraterísticas de más actualidad y más modernas[47].

La Carta de Venezuela en la materia comienza por reconocer, algo que es muy fracuente en el constitucionalismo latino américano, que sus fronteras y límites geográficos dependen y son reconocidos según el derecho internacional que nace *de los tratados celebrados validadamente por la República*[48]. Es menos de admirar en este mismo tema la parte constitucional relativa al mar teritorial, la zona marítima contigua, la plataforma continental y el espacio áereo, lo mismo que al dominio y explotación de los bienes y recursos que contienen, que para el constituyente venezolano dependen solamente de la ley interna[49]. Se sabe que en el constitucionalismo moderno esas materias están sujetas no solo a la ley de cada país sino también al derecho internacional, a los tratados y acuerdos internacionales,[50] consideración que debía haberse tenido en cuenta en la Constitución venezolana, como lo han hecho otros Estados Latino americanos.

En cuanto a la integración latinoamericana la constitución de Venezuela la coloca como objetivo primario: *La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes*[51].

En materia de aprobación de tratados y convenios internacionales

---

[47] Guido Guidi, Eduardo Rozo Acuña, Costituzioni Straniere Contemporanee. I Paesi Andini, Milano, 1990. p 21 ss.

[48] Art. 7.

[49] Art. 7, segundo inciso.

[50] Alfredo Vásquez Carrizosa, *El Nuevo Derecho del Mar*, Bogotá, 1976; Enrique Gaviria Lievano, *La Plataforma Continental Colombiana y el Nuevo Derecho del Mar, Bogotá, 1986.*

[51] Articulo 108.

constitucionalmente se prevé que debe hacerse mediante ley especial[52] para que tengan validez salvo que se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones internacionales ya aprobadas o de ejecutar facultades que la ley atribuye exprésamente al ejecutivo. También se prevé la autorización de la ejecución provicional de los tratados o convenios internacionales por parte de la Comisión Delegada del Congreso en casos de urgencia, pero el Congreso los deberá aprobar o rechazar sucesívamete. Como es común en otras constituciones, al firmar los tratados o convenios la República deberá hacer incluir, en lo posible, una cláusula que implique la solución pacífica de las controversias que se susciten al intepretarlos o ejecutarlos. La constitución también faculta al ejecutivo para celebrar tratados o convenios para regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado,[53] autorización expresada en forma equívoca pues no utiliza el termino preciso de "concordato" y al transcribir el nombre Iglesia, con mayúscula, deja la seguridad que se trate de la Iglesia Católica, con exclusión de las demás, violándose en este caso el derecho a la igualdad de cultos y confesiones, situación que es común en América Latina considerando su carácter eminéntemente católico. Es suficiente al respecto recordar el artículo 75/22 de la constitución argentina, atrás analizado, aunque es necesario precisar que en América Latina hay también constituciones que prohiben la firma de concordatos (Mexico) o que los autorizan, ciertamente en teoría, con todos las iglesias (Colombia)[54].

Por último, aunque la constitución lo precisa solo en parte[55] , la doctrina y la jurisprudencia parecen confirmar que los actos del Estado que pueden ser objeto de una acción de inconstitucionalidad son las leyes

---

[52] Se trata de ley especial en el sentido del artículo 176 de la constitución venezolana que prevé la oportunidad en que debe ser promulgada la ley aprobatoria de tratados de tratados, acuerdos o convenciónes internacionales queda a la discreción del ejecutivo, en conformidad con los usos internacionales y la conveniencia de la República.

[53] Ver artículos 128, 128 y 129.

[54] Eduardo Rozo Acuña, Stato, *Chiesa e libertà religiosa in Colombia, in Quaderni di Diritto e Política Ecclesiástica*, Bologna, 1995/2, p 469 ss.

[55] Artículo 215/3-4-7

nacionales, las leyes de los estados federales, las ordenanzas municipales, los actos del Congreso o de la Camaras legislativas nacionales, dictados en ejecución directa de la constitución y los actos de las asambleas legislativas o de los concejos municipales dictados en función normativa no administrativa, los actos de gobierno y los reglamentos del ejecutivo nacional. Los tratados o sus leyes aprobatorias no aparecen como objeto del control de constitucionalidad por la Corte Suprema. En 1989 la Corte Suprema aceptó la demanda de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del Tribunal Andino de Justicia y al declararla sin lugar aceptó la tesis de la impugnabilidad por inconstitucionalidad[56].

No queda duda después de este analisis de la constitución de Venezuela que la apertura internacional y la vocacion integraciónista y comunitaria quedan aseguradas, hasta el punto que en la reforma constitucional que actualmente se discute en ese País, esta parte de la constitución requiere solo de algún retoque, por ejemplo para precisar unívocamente la supremacía del derecho internacional en el derecho interno, aunque si ya se reconoce en doctrina y jurisprudencia.

La Constitución de la República de Bolivia de 1967, aunque reformada en 1994, en materia de relaciones entre derecho constitucional y derecho internacional es posiblemente la menos al día de las constituciones que se analizan en este trabajo si bien por voluntad de los gobiernos y con el apoyo legislativo y jurisdiccional Bolivia logra superar los vacios constitucionales y permanecer haciendo parte de las comunidades regionales y subregionales latinoamericanas.

Las normas constitucionales en el tema de este estudio son: el art. 59, incisos 12 y 13, que da facultades al Congreso Boliviano para *aprobar tratados, concordatos con la Santa Sede y convenios internacionales* y a intervenir para *ejercitar influencia diplómatica sobre actos no consumados o compromisos internacionales del Poder Ejecutivo;* ell 96, inciso 2, que

---

[56] Allan R. Brewer-Carias, *El control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana,* en Revista de Derecho Público, Caracas, 1990- 44.

faculta al Presidente de la República a *negociar y concluir tratados con naciones extranjeras y a canjearlos previa ratificación <sic> del Congreso* y, por último, el artículo 120 inciso i, que como cosa curiosa y contradictoria con la praxis, la doctrina y la mayor parte de constituciones latinoAmericanas, concede competencia al Tribunal Constitucional para conocer y resolver las demandas sobre la *constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales.*

Es extraño que Bolivia, país miembro de la OEA, del Pacto de San José, del Grupo Andino, del SELA, de la ALADI, de grupo de la Cuenca del Plata, no contemple en su constitución ningún artículo sobre la integración, la comunidad latinoAmericana, la primacía del derecho internacional, lo que es aún más extraño si se recuerda que dicha constitución fue reformada en 1994, después de las experiencias constitucionales de sus compañeros de la Comunidad Andina, Colombia y Perú y de la Cuenca del Plata, Argentina y Paraguay. Pero el caso de la constitución boliviana sirve también a demostrar que sin normas constitucionales *ad hoc* también se puede adelantar sin mayores problemas jurídico-constitucionales una política de integración internacional, regional y subregional.

Siguiendo el análisis en orden cronólogico, la **Constitución de la República del Ecuador del 1978,** que incluye su última reforma de 1994-95, se presenta como un texto que está entre aquellas defitivamente internacionalistas (Argentina, Paraguay, Colombia) y aquellas poco abiertas y defensoras de la soberanía absoluta del Estado (Bolivia, Republica Dominicana). En efecto, el texto consagra algunos artículos al tema, que son de gran importancia, como el tercero, que declara que el Estado Ecuatorino proclama la paz y la cooperación como sistema de convivencia internacional y la igualdad jurídica de los Estados, condena el uso o la amenaza de la fuerza como medio de solución de los conflictos y repudia el despojo bélico como fuente de derecho. Propugna la solución de las controversias internacionales por métodos jurídicos y pacíficos y *declara que el Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.* Propugna también por *la comunidad internacional, así como la estabilidad y el fortalecimiento de sus organismos y dentro de ellos, la integración iberoamericana, como sistema eficaz para alcanzar el*

desarrollo de la comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad, nacidos de la identidad de origen y cultura. En este sentido la constitución autoriza al Estado a crear o formar, con uno o varios estados, asociaciones para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios.

Como es normal en el constitucionalismo moderno, los tratados y convenios deben ser sometidos a la aprobación del órgano legislativo, el Congreso Nacional, que como se sabe en Ecuador es monocameral (art. 59/ g). Y sobre este tema la Carta ecuatoriana contempla un procedimiento muy especial y *sui generis*: cuando los proyectos de tratados o convenios internacionales son rechazados en su aprobación o ratificación por el Congreso o por el Plenario de las Comisiones Lagislativas o por el propio Presidente de la República, según el articulo 79/o, éste tiene la atribución-deber de convocar y someter a consulta popular dichos tratados o convenios. En este sentido se da al pueblo el poder de decisión última y soberana en la materia y contemporáneamente se tiene la reforma autómatica de toda norma jurídica interna que esté en contradicción con el Tratado o Convenio así aprobado.

Sobre el mismo tema de la aprobación de los tratados, la Costitución ecuatoriana anterior a 1967, en modo especial y curioso preveía que lo podía hacer también el Tribunal de Garantias Constitucionales pero sólo si no se desprendían obligaciones permanentes para el Estado o para los ciudadanos, ni modificaciones de las leyes.

En cuanto a la jerarquía normativa y a las relaciones entre constitución, leyes y tratados internacionales, la Carta ecuatoriana es contradictoria, ambigua, equívoca y podría ser, por lo tanto, fuente de controversias. Afortunádamente esta última situación no se ha presentado pués de parte del Ecuador ha prevalicido el respeto de la normatividad internacional. En efecto, por una parte el artículo costitucional 3 consagra el deber del Estado de respetar el derecho internacional como norma de conducta en sus relaciones recíprocas y, por otra, el artículo 140 declara sin valor alguno los tratados o acuerdos internacionales que de *cualquier modo estuvieren en contradición con la Constitución o alteren sus prescripciones.* Si se aplica este último artículo a la letra se desconocería unilaterálmente la legitimidad de los tratados legalmente celebrados y se violaría el principio fundamental

del Derecho Internacional *Pacta Sunt Servanda*. Si el tratado está en contradicción con la constitución debe reformarse la constitución, denunciarse el tratado o negociarse su reforma, en cumplimiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Como se afirmó antes, Ecuador en su praxis internacional ha respetado la intangibilidad de los tratados.

Lo anterior nos lleva al tema del control constitucional de las leyes y de los tratados que según la constitución debía ejercer la Corte Suprema hasta la reforma constitucional de 1983 que pasó esta función al Tribunal de Garantias Constitucionales. Actualmente en la lista de funciones del Tribunal Costitucional aparece la del control de constitucionalidad de leyes, decreto-leyes, decretos, resoluciones, acuerdos u ordenanzas pero no aparecen los tratados o convenios internacionales. Si su negociación, firma, aprobación, ratificación y entrada en vigor han seguido el procedimiento constitucional no hay forma de poder acusarlos de inconstitucionales. Si ya están en vigor no hay autoridad interna o poder que pueda declar su invalidez. El problema se translada en su totalidad al derecho internacional, a menos que se desée reformar el derecho interno en contradicción con el tratado, la convención o el pacto internacional[57].

La Constitución Ecuatoriana vigente ayuda a demostrar una vez más la inclinación general del derecho constitucional latinoAméricano por el respeto al derecho internacional y la disposición jurídica generalizada a la aceptación del orden jurídico internacional con todas sus implicaciones sobre la limitación de la soberanía y la primacía de la norma internacional en el derecho interno.

La Constitución de la República de Colombia de 1991 toma el puesto de la vieja constitución de 1886 que duró en vigencia más de un siglo. La Asamblea Constituyente, que decidió abrogar la vieja constitución y en seis meses de trabajo elaboró una nueva, como en muchas otras materias,

---

[57] Julio Tobar Donoso, Juan Larrea Holguin, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, 1991, pp 467 ss.

en el tema de nuestro estudio ciértamente puso al día las instituciones del Estado Colombiano. En este sentido la nueva constitución didica un buen numero de artículos a la integración regional y subregional, al derecho internacional general y pacticio, a la relación entre orden jurídico interno, convenios y tratados internacionales, a la limitación de la soberanía interna en beneficio del derecho comunitario e internacional[58].

Ya en el préambulo constitucional se declara el compromiso de la Republica *a impulsar la integración de la comunidad latinoAmericana,* objetivo fundamental que es reforzado con el artículo 9, inciso segundo, que dispone que *la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoAmericana y del Caribe.* Esta última apertura es comprensible pues toda la costa norte del país es caribe no solo por geografía sino también por cultura. El inciso primero de este artículo consagra el respeto del Estado colombiano de los *principios del derecho internacional* como uno de los fundamentos de sus relaciones con los demás Estados y con la comunidad enternacional.

Otra afirmación básica de la Constitución colombiana en materia de apertura internacional y de la integración, no sólo con los países latinoAmericanos, se encuentra en el artículo 150, que parcialmente equivale al ya mencionado artículo 11 de la Constitución italiana. El artículo dispone que por medio de leyes el Congreso de la Republica ejerza una larga lista de funciones, entre ellas la número 16 de aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional: *Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.* Esta posición internacionalista es reafirmada con el articulo 227, como se verá más adelante.

---

[58] Pedro Agustín Diaz Arenas, *La Constitución Política Colombiana (1991)*, Bogotá, 1993, p 211ss.

Para dar mas énfasis en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores y para superar cualquier duda en materia de jurisdicción, competencia y jerarquía normativa, el artículo 53, inciso 4, precisa que los convenios internacionales del trabajo debídamente ratificados *hacen parte de la legislación interna.*

De igual modo, en este caso en materia de derechos humanos, el artículo 93 ordena que los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, *prevalecen en el orden interno.* A la vez este artículo impone a los jueces y demás autoridades colombianas la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la constitución *de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos debidamete ratificados.* A este propósito hay que recordar que Colombia ha firmado y ratificado todos los tratados, pactos, convenios y protocolos de las Naciones Unidas sobre la materia y que acepta también la jurisdicción de la Corte InterAmericana de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia[59].

En materia de fronteras y límites geográficos la nueva Costitución reafirma el principio ya contenido en la constitución de 1886 de que estos son *los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debídamente ratificados por el Presidente de la República y los definidos en los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.* Consecuéntemente los límites sólo podrán ser modificados en virtud de otros tratados debidamente aprobados y ratificados. En cuanto al subsuelo, el mar tarritorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio áereo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa son también parte del territorio colombiano *de conformidad con las normas del Derecho Internacional* y sólo en ausencia de éstas según las leyes colombianas[60].

---

[59] Eduardo Rozo Acuña, *Derecho Constitucional Latinoaméricano en Materia de Derechos Humanos y de los Pueblos, Perugia, 1997.*

[60] Artículo 101.

La nueva Constitución colombiana en el Título VII, dedicado a la Rama Ejecutiva, consagra el Capítolo 8 a las Relaciones Internacionales y óbviamente a los ratados, para los cuales la aprobación del Congreso es necesaria para su validez. Pero la constitución misma prevé una excepción a esta regla. El Presidente podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan. En este caso, apenas un tratado entra en vigor debe ser enviado al Congreso para su discusión y eventual aprobación. Si no lo fuere, su aplicación queda suspendida[61].

Además, en esta parte de la Constitución se fija el objetivo primordial del Estado de *internacionalizar* las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. En este sentido Colombia debe promover la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe mediante la conclusión de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoaméricano[62]. Esta ultima parte de la constitución es repetitiva pues los dos temas ya habían sido consagrados en articulos precedentes (arts. 9 y 150/16). Además, sobre la elección popular de los parlamentos, son los mismos tratados, por lo menos en el caso del Parlamento Andino, que disponen la forma de dicha elección, por lo tanto la norma constitucional al respecto ayuda y refuerza la institución pero no es indispensable.

Para terminar, en cuanto al control de legitimidad constitucional de los tratados, convenios y pactos internacionales, la Constitución colombiana ha podido superar un viejo problema que todavía hoy atormenta a los juristas y jueces costitucionales en buena parte de países latinoamericanos: el pro-

[61] Artículo 224.
[62] Artículos 226 y 227.

blema de sí los tratados son susceptibles de ser controlados en su legitimidad constitucional por la Corte Suprema o por la Corte Constitucional según la organización prevista en cada país. Como se sabe y en parte ha sido analizado en este trabajo, no existe una respuesta uniforme en el constitucionalismo latinoAméricano sino varias. Sobresalen la dada por la constitución boliviana que otorga plenas facultades al Tribunal Costitucional; la de las constituciones de Venezuela, Uruguay que no precisan y dejan la solución en manos de la Corte Suprema para que decida según su propio y soberano criterio. Con base en la experiencia, muy amenudo traumática,[63] los constituyentes colombianos de 1991 llegaron a dar otra respuesta y solución del problema: **el control automático de constitucionalidad de los tratados, convenios y pactos internacionales y de las leyes que los aprueben.** La Corte Costitucional, creada con la nueva constitución, entre sus facultades tiene expresamente la de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben y a tal fin: *el gobierno los remitirá a la Corte dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte lo declara constitucional, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo podrá manifestar el cosentimiento formulando la correspondiente reserva*[64].

---

[63] Hay que recordar los difíciles momentos que vivió la Corte Suprema de Justicia de Colombia en los años 80, cuando tuvo a su estudio y decisión la demanda de inconstitucionalidad del tratado de extradición firmado con los Estados Unidos y que en ese momento implicaba especial y directamente a los narcotraficantes extraditables. Como se sabe, la Corte terminó incendiada y con la muerte de muchos de sus magistrados, entre ellos el profesor de derecho constitucional, Manuel Gaona, quien en ese momento defendía la tesis de la competencia de la Corte para juzgar la inconstitucionalidad de los tratados pero antes de su ratificación y canje de notas. Esta tesis de lógica jurídica irrebatible terminaría por prevalecer pero no en ese momento sino después de la muerte de su autor. Más precisamente, los constituyentes del 91 la adoptaron como norma de la nueva constitución.

[64] Artículo 241, inciso 10.

No hay duda sobre la racionalidad y la logica de esta solución que salva el imperio de la constitución y la intangibilidad de los tratados sin tener que recurrir a concederles el carácter de supraconstitucionales sino, más bien, considerandolos supralegales[65].

Con el precedente repaso de la nueva constitución colombiana se puede reafirmar la vocación internacional e integracionista del continente latinoAméricano en verdad ejemplar en el contexto universal.

La Constitución de la República Peruana ha sido la última promulgada en el ámbito de la Comunidad de Paises Andinos, como quiera que fue ratificada en el referendum del 31 de octubre de 1993. La parte internacional y de la integración comunitaria de esta nueva carta no ha sufrido modificaciones respecto de la anterior constitución de 1979. En efecto, el articulo 44 de la vigente constitución dedicado a la integración latinoAmericana, que en su enciso segundo pone como deber del Estado peruano *establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoAmericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior* esencialmente corresponde al artículo 100 de la anterior constitución que decía: *El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, en el intento de lograr formar una comunidad de naciones latinoamericanas.* Con la norma actual se da preferencia al objetivo regional pero sin olvidar el internacional.

---

[65] La base doctrinaria y jurisprudencial de esta solución hay que reconocérsela a Manuel Gaona, profesor de derecho constitucional y magistrado de la Corte Suprema. Ver Manuel Gaona Cruz, *El Regimen Constitucional de los Tratados*, en *Control y Reforma de la Constitución*, Bogotá, 1988, II, pp. 133 ss. Igualmente, Allan Brewer-Carias, *El Sistema Mixto o Integral de Control de Constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, en *Anuario de Derecho Constitucional LatinoAméricano, op. cit. pp 163 ss.* donde se precisan las tesis presentadas por Manuel Gaona bajo el titulo *El control de constitucionalidad de los actos juridicos en Colombia ante el derecho comparado*, en la Primeras Jornadas Venezolano-Colombianas de Derecho Público, Caracas, 1983, publicadas en *Archivo de Derecho Público y Ciencias Administrativas*, vol. VII, 1984-85, Instituto de Derecho Público, Caracas 1986, pp. 39-114.

Posiblemente con la finalidad de tener un instrumento de negociación en materia de política exterior, el Presidente Fujimori, espíritu y cuerpo de la nueva constitución para lo cual, como se sabe, organizó y realizó un golpe de Estado institucional que llevo a cabo con toda precisión y cálculo[66], hasta el extremo que su golpe ha sido llamado "blanco" modificó en buena parte el capiítulo de la precendente constitución de 1979 dedicado a los tratados. Con la reforma se le quitó precisión a las relaciones entre derecho interno y derecho internacional; se dió mas énfasis a la soberanía nacional y la ley como su expresión en el campo internacional y se aumentaron los poderes del Presidente en materia de tratados. Más precisamente el Capítulo V de la anterior constitución, didicado a los Tratados, comenzaba por proclamar que *los tratados internacionales estipulados por el Perú con otros Estados hacen parte del derecho interno y en caso de conflicto entre el tratado y la ley debe prevalecer el primero.* En la Constitución de 1993, el Capitulo II dedicado a los Tratados recortó el artículo mencionado y dejo solamente:*Los tratados firmados por el Estado forman parte del derecho interno.* Al quitar la segunda parte, sobre la primacia del tratado, aunque en la práctica el Perú la debe reconocer, ciertamente Fujimori ha querido tener un instrumento más a su favor: el poder de condicionar, según su conveniencia y oportunidad, la supremacía de la norma internacional y por lo tanto la obligación constitucional de su respeto y aplicación[67].

En la nueva constitución no aparece el artículo 106 de la anterior constitución que prescribía que *los tratados de integración con Estados LatinoAmericanos prevalecen sobre los otros tratados multilaterales estipulados por las mismas partes.* Este cambio es más explicable, pues no se podía entender como unos tratados firmados por las mismas partes, por mandato constitucional de una de ellas, pudieran prevalecer sobre los demás.

Se entiende menos, o mejor se entiende solo por el deseo del régimen

---

[66] Eduardo Rozo Acuña, *La nuova Costituzione del Perú,* Urbino, 1994. Comisión Andina de Juristas, *Del golpe de estado a la nueva constitución, Lima, 1993.*

[67] Comparar los artículos 101 de la anterior constitución y 55 de la nueva.

de Fujimori de escapar al control jurisdiccional interno y del control internacional en materia de respeto de los derechos humanos, que en la nueva constitución no aparezca el artículo 105 de la constitución de 1979 que prescribía: *los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía de fuente constitucional. No pueden ser modificados sino por medio de los procedimientos previstos para la reforma de la constitución.*

En cuanto a los mayores poderes al Presidente en materia de tratados según la anterior constitución, todos los tratados antes de su ratificación debían ser aprobados por el Congreso Nacional[68]. En la nueva constitución sólamente los tratados relativos a derechos humanos, soberanía o integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras del Estado deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República. Los demás tratados son ratificables autonómamente por el Presidente sólo dando cuenta a posteriori al Congreso[69].

En cuanto a la denuncia de los tratados consecuéntemente aumentaron los poderes del Presidente pues antes lo podía hacer solo con la previa aprobación del Congreso mientras en la nueva Constitución este requisito obliga sólo para los tratados que requieren la aprobación legislativa antes de su ratificación, según el precepto anteriormente expuesto[70].

Permanece también el precepto, no muy bien redactado en la anterior constitución, de que cuando un tratado contiene una (sic) cláusula contraria a la Constitución, debe ser aprobado por el mismo procedimiento previsto para la reforma de la constitución, antes de ser ratificado por del Presidente de la República. En la nueva costitución mejora la redaccion: *Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales...*[71].

No obstante los aspectos negativos que se han hecho notar, la Asamblea Constituyente que hizo la nueva Constitución con buen sentido

---

[68] Artículo 102

[69] Artículos 56 y 57.

[70] Artículo 107 de la anterior constitución y 57/3 de la nueva.

[71] Ver los artículos 103 y 57/2 de la anterior y de la nueva constituciones.

no modificó la función-deber del Presidente de la Republica de *Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales* prescrito por la anterior constitución[72]. Tal como aparece, el precepto hay que interpretarlo sobre todo en el sentido de disponer un orden jerárquico normativo: Constitución y tratados, al mismo nivel, leyes en segundo orden y luego las demás normas. En la praxis peruana éste ha sido el orden que se ha respetado, pero aún así era mejor cuando explicítamente lo prescribía el artículo 101 de la anterior constitución.

En materia de control de constitucionalidad también la Constitución de 1979 era más precisa[73] pues de manera unívoca disponía que el Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano de control de la constitución, era competente para declarar, a solicitud de parte, *la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, de los decretos legislativos, de las normas regionales de carácter general y de las ordenanzas municipales que sean contrarias a la constitución por motivos de forma o sustanciales*. Sin mencionar a los tratados ni a los convenios internacionales ciértamente la competencia del Tribunal en la materia, como en el caso de la constitución venezolana, era inexistente.

La nueva constitución peruana, consecuentemente con los ya mencionados cambios que han comportado ambiguedad y menor apertura en materia de derecho internacional pactista, ha modificado el artículo sobre la competencia de control de la constitución concedida al hoy llamado Tribunal Constitucional produciendo un texto que se sale de los canones del constitucionalismo no solo latinoaméricano sino también europeo y que presumíblemente ha sido introducido en el constitucionalismo peruano para darle una arma más a Fujimori en ese juego de poderes que a nivel internacional el presidente peruano está tratando de ganar . El nuevo texto resa así: *Corresponde al Tribunal Constitucional conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.*[74] Para comprender la competencia del

[72] Ver artículos 211/1 y 118/1 de las dos constituciones.
[73] Artículo 298/1
[74] Artículo 202/1

Tribunal en la materia hay que remitirse al articulo 200 de la nueva constitución que precisa que la Acción de Inconstitucionalidad es una garantía constitucional que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, **tratados,** reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma y en el fondo. Darle poderes al Tribunal o Corte Constitucional de declarar la insconstitucionalidad de los tratados es ciértamente una decisión política contraria a los principios generales del derecho internacional (*Pacta sunt Servanda)* que viola la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Para completar el cuadro de la nueva constitución peruana en la materia de estudio, hay que recordar que ésta repite el viejo artículo 305 que disponía como garantía constitucional, junto a la acción de incostitucionalidad, la acción de amparo, el habeas corpus, el habeas data, la acción de cumplimiento, que *agotada la jurisdiccion interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituídos según tratado o convenios de los que el Perú hace parte.* Este articulo de la constitución de 1979 corresponde textualmente al 205 de la nueva constitución y hay que observar que es retórico pues con o sin el, toda persona tiene el derecho de recurrir a los jueces internacionales contra la violacion de sus derechos. A menos que se quiera interpretar en manera muy amplia, como compromiso del Estado Peruano, el deber de respetar y ejecutar las sentencias o decisiones de los tribunales y órganos internacionales en materia de derechos constitucionales.

Aunque la nueva Constitución del Perú no se margina completamente del constitucionalismo latinoaméricano en materia de respeto del orden internacional y de la integración latinoamericana sobre la base de un derecho comunitario, la verdad es que las reformas introducidas no dejan la satisfacción de otras reformas del Continente, como la Argentina, la Colombiana, la Paraguaya, para mencionar solo algunas, que en forma decidida han ofrecido todo su apoyo a la internacionalización, a la globalización y a la integración o adopción de las normas internacionales a

sus respectivos ordenamientos internos.

4.3- **En México, República Dominicana y Centro América** el desarrollo político y constitucional ha sido muy heterogéneo presentándose los casos extremos de países como México y Costa Rica con tradición constitucional y cada vez áas con un estado de derecho que funciona no obastante los serios problemas de su desarrollo económico y El Salvador, Guatemala y Nicaragua países que han sufrido en los últimos tiempos largos años de guerra civil, violencia institucionalizada que han llevado al colapso el estado de derecho y la unidad nacional. En el último decenio la situación tiende a cambiar de manera favorable y afortunada para estos países y la mejor forma de comprobarlo es analizando su desarrollo juridico y constitucional,[75] como se intenta en este parte del trabajo dedicado a sus relaciones con el orden internacional y comunitario.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos fue promulgada y entró en vigencia en 1917, ha sufrido varias reformas pero su texto en la parte dogmática (derechos fundamentales y sociales), en la organización del Estado (federalismo), del Gobierno (presidencialismo) y en su parte prográmatica (estado social de derecho) corresponde en gran medida al texto de Querétaro del 17, que selló la revolución liberal victoriosa de esa época.

En la materia de nuestro estudio la Constitución mexicana comienza con una prohibición que se puede entender teniendo en cuenta las divisiones de las fuerzas políticas del momento que implicaban inestabilidad, aún para el gobierno liberal triunfante en la revolución que produce la constitución, y la permanente intromisión de intereses extranjeros, particularmente de los Estados Unidos, en los asuntos internos de México. Hay que recordar que la parte de los derechos constitucionales y la reforma agraria y social que proclama la constitución mexicana, de clara tendencia popular, social y democrática, sumada a los principios ideológicos de sua coeánea la

---

[75] Jaime Cardenas, *Las Constituciones Centroamericanas, de México y de la República Dominicana* en Perfiles Liberales, *Las Costituciones de América Latina, Vol. III, Bogota, 1995.*

Revolución Rusa, representaban un verdadero "enemigo" para las concepciones políticas individualistas y del regímen capitalista de Europa y, particularmente, de los Estados Unidos, además de ser un "mal" ejemplo que podía ser seguido por otros países americanos. Por tanto, para asegurar, al menos constitucionalmente, esos logros contra el peligro de eventuales cambios con la intervención extranjera, especialmente de los Estados Unidos, la Constitución mexicana prohibe *la celebración de tratados o convenios en virtud de los cuales se puedan alterar las garantías y los derechos establecidos en la constitución para el hombre y el ciudadano*[76].

Otra parte de la Constitución relativa a los jerarquía jurídica de los tratados internacionales la encontramos en el **articulo 133** que prescribe que la *Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Costituciones o leyes de los Estados.* El artículo no es de fácil interpretación. In primer lugar, aparece determinado un orden jurídico interno que no sólo coloca al derecho internacional pacticio, y consecuentemente al comunitario, supeditado a la Constitución de la Union sino que inclusive deja espacio para considerar los tratados y convenios jerárquicamente inferiores a las leyes federales (emanadas del Congreso de la Unión) si se lée y se interpreta literálmente el artículo. Pero, por otra parte, considerando el caracter federal del Estado Mexicano, el articulo precisa el orden jerárquico superior de los tratados internacionales con relación a las constituciones y a las leyes de los estados federados. En otras palabras: mientras a nivel federal-nacional los tratados no tienen rango constitucional y se encuentran mencionados inclusive después de las leyes federales, para los estados miembros son de obligatorio

[76] Artículo 15, parte final.

respeto aún por encima de sus propias constituciones y leyes. Además, a diferencia de lo que sucede en otras experiencias federales del continente (ver Argentina), los Estados federados mexicanos no pueden concluir tratados, alianzas o coaliciones con otro Estado ni con potencias extranjeras[77].

En consecuencia con la jerarquía normativa adoptada por el constituyente mexicano, criticable por apartarse de las corrientes constitucionales modernas y actuales, aparece en la Costitución Mexicana el control de legitimidad constitucional de los tratados[78] y la competencia de los jueces internos federales, para conocer del cumplimiento y de la aplicación de los tratados internacionales[79].

Con relación a la jerarquía normativa nacional hay que recordar que la tendencia constitucional latinoamericana, como se ha podido comprobar en este trabajo, si bien no coloca a los tratados en jerarquía supra-constitucional si los coloca en jerarquia constitucional y, por lo tanto, por encima de la ley. Constántemente México ha sido respetuoso de los principios generales del derecho internacional y consecuéntemente de los tratados firmados, aprobados, ratificados y, por lo tanto, en vigor. En este sentido, supremacía de la constitución en México no ha significado incumplimiento o irrespeto de los compromisos internacionales ni dictadura de la constitución[80].

Como se ha podido comprobar en el anterior análisis, la Costitución de México, tal vez por tener ochenta años no aparece completamente al día en materia de derecho internacional, pacticio y comunitario. El conocido y explicable "nacionalismo" mexicano también puede justificar esta tendencia constitucional a reforzar la soberanía nacional dejando poco espacio formal

---

[77] Artículo 117/1.

[78] Artículo 107/ VIII a. El control de legitimidad constitucional de los tratados corresponde a la Corte Suprema de Justicia cuando en los juicios de amparo se estime, según los jueces de distrito, que los tratados internacionales son violatorios de la constitución.

[79] Artículo 104/1.

[80] Daniel Moreno, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1993, pp 253 ss.

a la apertura comunitaria internacional. Poco espacio formal, es decir en el texto de la Constitución, pues en la práctica México es uno de los paises más internacionalistas e integracióníistas del continente, como lo demuestra su pertenencia a todas las organizaciones internacionales de importancia lo mismo que a las regionales y subregionales, la última de las cuales es precisamente el NAFTA o mercado comun con los Estados Unidos y Canadá. Esta política exterior de gran apertura México la ha podido adelantar gracias al artículo 89/X de su Constitución que da facultades al Presidente de la Republica para *dirigir la política exterior y celebrar tratados, sometiéndolos a la aprobación de Senado, con base en los principios normativos de la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de las controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.*

La Constitución de la República Dominicana de 1966 no trae muchas normas en la materia de estudio pero las pocas que comprende son suficientes para dar una base internacionalista e integracióníista segura y funcional. En efecto, el articulo 3, inciso segundo,en gran parte representa esa base: *La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y Américano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado y se pronuncie en favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas.* La última parte de la norma aparece algo restrictiva y limitante, pero hay que recordar que casi todos los países Centroamericanos y del Caribe dependen exclusívamente de sus productos primarios y de la exportación de materias primas, siendo igualmente monoproductores y monoexportadores lo que lleva a que para ellos la política de productos básicos y de materias primas sea vital.

Por otra parte el art. 37, que fija las funciones del Congreso, con el inciso 14 da facultades al legislativo para aprobar o desaprobar los tratados y convenciónes internacionales que celebre el Ejecutivo. Según el art.55/6

le corresponde al Presidente de la Republica dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las naciones extranjeras u organismos internacionales, debiéndolos someter a la aprobacion del Congreso, sin lo cual no tendrán validez ni obligarán a la República. Estos dos articulos son comunes a todas las constituciones no solo latinoamericanas sino de todo el mundo y por lo tanto se citan solo para confirmar una praxis generalizada y por ser junto con el art. 3, los únicos relacionados con el tema. En este sentido se puede afirmar que la constitución dominicana no es completa en la materia, como tapoco lo es en cuanto a jerarquía normativa y a control de constitucionalidad. En efecto, en estas dos materias la constitución no se pronuncia. El art. 46 en modo muy genérico dice solo que *son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrario a la constitución.* La jerarquía normativa se debe entender en este orden y como se puede facílmente notar no comprende los tratados ni los convenios internacionales. La constitución dominicana, al igual que en otras materias, como derechos políticos de la soberanía popular y de la democracia directa, no dice nada en materias de ordenamiento interno y jerarquía de los tratados internacionales, ni de control de constitucionalidad, dejando a la interpretación de la ley, a la reglamentación de ley y a la jurisprudencia la tarea de llenar estos vacios constitucionales lo que coloca al texto dominicano entre aquellos poco técnicamente elaborados e incompletos, con necesidad de ser puestos al dia.

De las Constituciones de Cetroamérica sobresale la de la **República de Costa Rica** promulgada en noviembre de 1949 y actualmente en vigencia con las últimas reformas hasta 1989. Como se verá, precisamente la reforma de este último año introdujo una importante norma que es hoy la base constitucional de los procesos de integración en los que participa Costa Rica y que junto con otros artículos constitucionales contribuye a reforzar la imagen de ser uno de los países mas democráticos y pluralistas del continente.

Entre las normas constitucionales costarricenses en materia de derecho internacional e integración, hay que comenzar por aquella que reconoce que la intangibilidad de sus fronteras está basada en los tratados internacionales de Canas-Jerez de 1858 con Nicaragua y de Echandi

Montero-Fernández Jaen de 1941 con Panamá[81]. Además, la Constitución reconoce que el ejercicio de la soberanía sobre el espacio áereo del territorio, sobre las aguas territoriales (12 millas), su plataforma constinental, su zócalo insular y en los mares adyacentes a su territorio (200 millas) al fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, en el suelo y en subsuelo de esas zonas, lo realiza Costa Rica de acuerdo con los principios del Derecho Internacional[82].

El artículo 7 demuestra completamente el internacionalismo de la constitución pués de manera unívoca declara que los *tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos en vigor tienen jerarquía superior a las leyes*. Y precísamente por ésto no son susceptibles de control de constitucionalidad. Sólamente es posible ejercer este control, por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, antes de su aprobación y ratificación, es decir mientras son todavía proyectos de tratados, convenios o concordatos[83].

En materia de derechos y deberes de los extranjeros en territorio de Costa Rica, el artículo 19 proclama su igualdad con los nacionales, según las disposiciones internas y los convenios internacionales, menos en materia de derechos políticos.

Como se dijo atrás, en 1989 se hizo una importante reforma costitucional que, además de haber creado la Sala Constitucional de la Corte Suprema, probablemente siguiendo el modelo instaurado por Colombia en 1968, introdujo una norma fundamental para el desarrollo comunitario e internacionalista de Costa Rica. Se trata del artículo 105 que precisamente permite la limitación de la soberanía legislativa en función de los deberes y compromisos internacionales: La potestad de legislar reside en el pueblo que la delega por medio del sufragio en la Asamblea Legislativa. Tal potestad no es renunciable ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contratato, ni directa ne indirectamente, *salvo el caso de los tratados, de*

[81] Artículo 5.
[82] Artículo 6, reforma de 1975.
[83] Artículo 10/b, de la reforma de 1989.

conformidad con los principios del derecho internacional[84].

En cuanto a la facultad de la Asamblea Lagislativa de aprobar o improbar los tratados, convenios y concordatos la Constitución precisa que en el caso de *convenios o tratados que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes*, su aprobación requiere no menos de la mayoría calificada de los dos tercios de los votos de la Asamblea[85].

Como se ha podido constatar, la Constitución de Costa Rica en materia de derecho internacional y comunitario se encuentra al día y puede sin duda ser incluída entre las constituciones latinoAmericanas decidídamente internacionalistas y comunitarias[86].

La Constitución de la República de El Salvador es de 1983 y se puede considerar entre aquellas que han logrado ponerse, al menos parcialmente, al día en materia de derecho internacional y derecho comunitario, aunque en otras materias aun permanezca al margen del constitucionalismo moderno, como por ejemplo en el caso del régimen de excepción y la suspensión de garantías constitucionales (arts.29-31). Como se verá adelante, en cuanto al control de constitucionalidad de los tratados y a la inaplicabilidad de los mismos por parte de los jueces nacionales el texto de El Salvador es no solo contradictorio sino que viola los principios generales del derecho internacional y del derecho de los tratados y debe ser reformado para que se conforme tambien en esta materia al constitucionalismo moderno.

En materia internacional el texto salvadoreno comienza por reconocer que sus fronteras se basan en el reconocimiento del derecho internacional

---

[84] El artículo 105 de la Constitución de Costa Rica, que permite las limitaciones de la soberanía popular expresada en la función legislativa en el respeto de los tratados internacionales corresponde a la reforma constitucional de junio de 1989.

[85] Artículo 121, inciso 4, introducido con la reforma constitucioal de 1968.

[86] Carlos Jose Gutiérrez (et al.), *Derecho Constitucional Costarricense*, San José de Costa Rica, 1983. José A. Vega Bolaños (editor), *La Constitución Política de la República de Costa Rica, San José, 1995*.

al igual que el ejercicio de su soberania sobre el territorio, entendido en el sentido extenso que le da hoy el derecho y las convenciónes internacionales[87].

En materia de integración comunitaria e internacional la constitución prescribe que El Salvador *adelante y promueva la integración humana, económica, social y cultural con la repúblicas Americanas y especialmente con las del istmo centroaméricano. La integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de organismos con* ***funciones supranacionales***. La constitución le fija al Estado salvadoreño el objetivo de lograr la reconstrucción total o parcial de la República Centro Americana,[88] en forma unitaria, federal o confederada, con plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los derechos individuales y sociales de sus habitantes. El eventual proyecto de unidad política centroAmericana debe ser aprobado por referendum popular[89].

En cuanto a la validez y jerarquía de los tratados internacionales el texto salvadoreño prevé que los tratados constituyen *leyes de la República al entrar en vigencia* y que la ley *no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente: en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado*. A su vez, la constitución prohibe la ratificación de tratados que la afecten a menos que se haga con las respectivas reservas. Si surgen controversias en cuanto a la legitimidad de los tratados o convenios la constitución faculta a resolverlas recurriendo al arbitraje o a los tribunales internacionales[90].

---

[87] Artículo 84.

[88] En realidad la República Centro Americana o Federación CentroAmericana existió como unidad política que tuvo su propia constitución de 1823 a 1838. Constántemente se han hecho ensayos de reconstrucción en el siglo pasado y en el presente pero sin llegar a los resultados deseados. Ver Ricardo Gallardo, *Las Constituciones de la República Federal de Centro América*, Madrid, 1958.

[89] Artículo 89.

[90] Artículos 144, 145 y 146 respectivamente.

Como se dijo atrás, el texto constitucional de El Salvador en materia de control contitucional de los tratados es contradictorio, confuso y, sobre todo, se aparta de la forma y de la praxis constitucional moderna y de respeto de los principios generales del derecho internacional. En efecto, el articulo 149 prescribe que *la facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos de la constitución, se ejercera por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia*. De esta manera el principio *pacta sunt servanda* queda cancelado y el juez salvadoreño con plenos poderes sobre materias decididas con acuerdos internacionales en el normal desarrollo de las relaciones internacionales y que por lo tanto comprometen a los Estados que en ellas intervienen. El Estado, parte de un tratado, se vuelve juez del mismo, algo realmente contradictorio y lejano del respeto de los principios del derecho internacional.

Como si lo anterior fuera poco el mismo artículo 149, en su inciso segundo completa la contradicción y la violación del derecho internacional al prescribir que *la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos*[91]. Como se sabe el órgano encargado es la Sala Constitucional de la Corte Suprema **a petición de cualquier ciudadano**. Tal vez en este aspecto de la acción popular de inconstitucionalidad, la constitución de El Salvador es la única en el mundo que la permite en materia de tratados internacionales. Otros países latinoAmericanos cuyas constituciones contemplan la acción de control popular de la constitución, como Colombia, Perú o Venezuela la excluyen en materia de derecho internacional pactista y comunitario.

Como se puede apreciar la apertura internacionalista, que no se puede negar en la Costitucion de El Salvador, queda disminuída y limitada con las

[91] La forma está prevista en el artículo 183: La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala Constitucional seáa el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de modo general y obligatorio, y podrá hacerlo **a petición de cualquier ciudadano.**

instituciones de la inaplicabilidad de los tratados por parte de los jueces ordinarios, y el poder popular y de la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala Constitucional, respectivamente de demandar y declarar la insconstitucionalidad de los tratados internacionales. Estas instituciones deben ser reformadas en modo de asegurar la intangibilidad de los tratados y por tanto del mismo derecho internacional.

La Constitución de la República de Guatemala es la más reciente de Centro América, ya que fué promulgada en 1986 y su última reforma fue hecha en 1993. Tal vez por ésto en materia de derecho internacional y comunitario está bastante actualizada. En efecto, comenzando con el artículo 46 se proclama la preeminencia del Derecho Internacional en materia de derechos fundamentales: *Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciónes aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia.* Es un artículo importante, que ya hemos encontrados en otras constituciones como en la argentina, la colombiana, la chilena, si se tiene en cuenta la grave situación de violación de los derechos humanos que el país ha vivido y todavía hoy padece por causa de la guerra civile que ha sufrido en los últimos treinta años. Una garantía internacional ciertamente puede ayudar a la superación del problema.

También en materia de soberanía y territorio nacional, en el más amplio sentido del término, la Costitución de Guatemala considera que se deben tener en consideración el derecho internacional, los usos y práticas internacionales[92].

La constitución también consagra una parte a las relaciones internacionales, al derecho internacional y al comunitario. Con ella Guatemala declara aceptar los principios, reglas y prácticas internacionales como normas que rigen sus relaciones con los demás Estados con el propósito

[92] Artículo 142.

de contribuir *al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto* y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e institucionales que garanticen el beneficio mútuo y equitativo entre los Estados. Además, Guatemala se declara parte de la comunidad centroamericana, *obligada a mantener y cultivar relaciones de cooperación y solidaridad con los demás Estados que forman la Federación de Centroamérica* lo mismo que a adoptar *las medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política y económica de Centroamérica*. De este modo, Guatemala, con sus autoridades competentes, está obligada constitucionalmente a fortalecer la integración de la región. En esta misma parte la Carta adopta el programa de mantener relaciones de amistad, solidaridad y cooperación con *aquellos Estados, cuyo desarrollo económico, social y cultural, sea análogo al de Guatemala, con el propósito de encontrar soluciones apropiadas a sus problemas comunes y de formular conjuntamente, políticas tendientes al progreso de las naciones respectivas*[93]. Esta última parte se puede entender en el sentido de que los Estados afines se pueden aliar, al menos en teoría, con mejores resultados. La realidad es, sin embargo, otra. En un mundo cada vez más reducido o si se quiere más integrado, precisamente a causa de la globalización o internacionalizacion, no solo de los mercados, sino tambien de la política, la cultura, las comunicaciones, el derecho, la integración y la cooperación hay que buscarla con todos los paises y, en modo especial, con aquellos que pueden aportar más. La integración entre economías deprimidas, débiles, eufemísticamente en via de desarrollo si da resultados son mínimos. Así se diga para los demás aspectos de la cooperación para el desarrollo. Es cierto que los países más fuertes pueden desear, y obtener, mayores ventajas pero si pueden aportan más y la negociación de los acuerdos se hace en modo racional, equitativo y funcional, las ventajas para los menos fuertes serán mayores. El último intento de integración de este tipo lo ofrece México con

[93] Capítulo III, artículos 149, 150 y 151.

Estados Unidos y Canadá y puede servir de ejemplo; también lo son los intentos de integración de los países de Europa Oriental con la Unión Europea.

Además, la constitución guatemalteca prevé que la aprobación de los tratados o convenios internacionales, antes de su ratificación de parte del Congreso, es necesaria cuando dichos compromisos internacionales afectan a las leyes vigentes para cuya aprobación la Constitución requiera la misma mayoría de votos;[94] igualmente cuando afecten la soberanía del Estado, establezcan la unión económica o política de CentroAmérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroaméricano[95]. También se requiere la aprobación si los tratados crean obligaciones financieras al Estado por más del 1% del presupuesto nacional; cuando contengan el compromiso de someter cualquier asunto a la jurisdicción o arbitraje internacionales o si con ellos se crean comisiones de investigación sobre temas de administración pública o de interés nacional.

También se requiere la aprobación del Congreso, con mayoría calificada de los dos tercios de sus votos, si los tratados, convenios o arreglos internacionales se refieren al paso de ejércitos extranjeros por el territorio nacional, al establecimieto de bases militares extranjeras, si afectan en cualquier modo la seguridad del Estado o ponen fin a un estado de guerra[96].

Para concluir, la Costitucion de Guatemala, coerentemente con las

---

[94] La constitución requiere para la aprobación de los tratados la mayoría de los 2/3 del total de votos del Congreso y como esta misma mayoria se requiere para la aprobación de las llamadas leyes constitucionales en el caso que el tratado o convenio afecte una ley constitucional es necesaria su aprobación por el Congreso.

[95] Esta parte de la constitución aparéntemente es de apertura internacionalista y comunitaria pero luego de una atenta lectura se comprende que es demasíado cerrada a la región centroAmericana, cuya unión política y económica es menos factible dadas las condiciones de desarrollo económico y político del área.

[96] Sobre la aprobación de los tratados ver artículos 171/l y 172.

tedencias constitucionales más actuales dispuestas a aceptar el carácter supralegal y constitucional de los tratados y convenios internacionales, excluye la competencia de la Corte constitucional para fallar sobre su inconstitucionalidad. La Constitución solo prevé que a solicitud *de cualquiera de los organismos del Estado* la Corte emite **opinión** sobre la *constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley.* En este sentido el concepto de la Corte Constitucional es facultativo, no vinculante y su acción no es exclusiva ni del Presidente ni del Congreso, sino que pertenece a cualquier órgano del Estado. En verdad, la "opinión" de la Corte Costitucional sobre la inconstitucionalidad de los tratados o convenios tiene importancia al momento de su ratificación para las reservas del caso o, si es posterior a ésta, para su denuncia. Pero lo que es fundamental es que la Corte no puede decretar la anulación de las normas internacionales por considerarlas inconstitucionales[97].

La constitución de la República de Honduras fue promulgada en 1982 y ha sido reformada últimamente en 1988 pero no en la materia de nuestro estudio. Esta constitución tiene en consideración de primacía las normas del ordenamiento internacional, comenzando por aquellas que fijan sus fronteras territoriales. Los artículos 9 y 12 prescriben, respectivamente, que los tratados y laudos arbitrales con Guatemala, El Salvador y Nicaragua determinan los límites de su territorio y que el ejercicio de la soberanía del Estado sobre el territorio, en el sentido amplio y preciso del término,[98] no desconoce legítimos derechos similares de otros Estados, sobre la base de la reciprocidad, ni afecta los derechos de la libre navegación de todas las naciones *conforme al derecho internacional, ni el cumplimiento de los tratados o convenciónes ratificados por la República.*

Por otra parte, la Constitución dedica el Capítulo III a los **Tratados** para proclamar el respeto de los principios y prácticas del derecho

[97] Artículo 272/e.

[98] Que comprende el espacio áereo, subsuelo continental e insular, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma constinental.

internacional que propenden a la solidaridad humana, la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, el afianzamiento de la paz y la democracia universales y la ineludible validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional. En cuanto a la entrada en vigor de los tratados se requiere la aprobación por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el poder ejecutivo. Se exceptúan los tratados y convenciónes internacionales sobre materias de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo[99]

En modo explicable por la tendencia internacionalista de todos los países latinoamericanos, la Constitución hondureña también prescribe que los tratados en vigor forman parte del Derecho Interno con carácter constitucional y supralegal. En efecto, si un tratado contrasta con la ley prevalece áquel y si afecta la constitución su aprobación requiere el mismo procedimiento que rige para la reforma de la constitución, obviamente antes de ser ratificado[100].

La constitución de manera contradictoria prohibe tratados que puedan "lesionar" el territorio, la soberanía e independencia de la República, ya que el constitucionalismo moderno y la misma constitución hondureña prevé que los tratados pueden afectar el territorio y por este motivo su aprobación se debe hacer con la mayoría calificada de 3/4 de los votos del Congreso Nacional. Además, la misma constitución admite que el Presidente con la aprobación del Congreso puede ratificar *tratados y convenios relativos a territorio nacional, soberanía y concesiones*[101]. También es contradictoria por que en los procesos de integración regional naturalmente hay limitaciones de la soberanía, precisamente por el carácter supranacional que necesariamente los acompañan. Lo mismo sucede al aceptar y entrar a ser parte de la comunidad internacional y de sus organizaciones. A este proposito hay que recordar que el Presidente de Honduras tiene entre sus facultades-deberes *dirigir y apoyar la política de Integración Económica y*

[99] Artículos 15,16 21.
[100] Artículos 16,17 y 18.
[101] Arts.19, 20 y 242/13.

Social, tanto nacional como internacional[102].

Los artículos 184 y 185, por último, tratan del control de constitucionalidad sólamente de las leyes, por razón de forma o de contenido, a cargo de la Corte Suprema de Justicia y sin que exista la acción pública de inconstitucionalidad, ya que la puede solicitar, por via de acción o de excepción, solo quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo o los jueces de oficio para inaplicar las leyes antes de dictar sus fallos. Los tratados quedan por fuera de este control, como lo reitera también el artículo 319/12, que da facultades a la Corte Suprema sólo para *declarar la inconstitucionalidad de las leyes en la forma y casos previstos en la constitución.* De esta manera se asegura el carácter constitucional de los tratados y del derecho internacional pacticio y comunitario.

La Constitución de la República de Nicaragua es de 1986, su última reforma fue hecha en 1993. En la materia de nuestro estudio es un texto moderno y de avanzada, como corresponde a la mayor parte de constituciones del continente. También Nicaragua, luego de muchos años de dictadura y guerra civil comienza con su nueva constitución un período democrático y de desarrollo económico abierto a las soluciones integracionistas regionales, continentales e internacionales.

En este orden de ideas, la Constitución de Nicaragua empieza por afirmar el compromiso del Estado en la construcción de la paz y por el establecimiento de un orden internacional justo. Tras estos fines y con base en el pluralismo político defiende la cooperación internacional y el respeto de la autodeterminación de los pueblos, manifiesta su compromiso constitucional con los *principios del Derecho Internacional Américano* reconocido y ratificado soberánamente, se empeña en el logro de la *integración regional* y propugna por *la construcción de la gran Patria CentroAmericana*[103].

---

[102] Artículo 245/34.

[103] Se trata del artículo 5 de la Constitución, que, como se nota inmediatamente, sigue la línea integracionista política y economica de los demás países de Centro América. En cuanto a la expresión Derecho Internacional Americano se trata de un esfuerzo por reafirmar a la Organización de Estados Americanos, sus orgnismos integrantes, especializados

El artículo 10 reconoce que los límites precisos del territorio de Nicaragua está fijado por las leyes y por los tratados internacionales. También el art. 22 declara que los problemas de nacionalidad y ciudadania con los demás paises se deben resolver sobre la base de los tratados internacionales y el principio de la reciprocidad.

También se pescribe que en el teritorio de Nicaragua el respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos se hace no solo conforme a la constitución y las leyes del pais sino también de acuerdo con los tratados, declaraciones y convenciónes de la Organización de Naciones Unidas como también de la Organización de Estados Americanos que Nicaragua ha firmado, aprobado y ratificado[104].

Además, en el artículo 138, que precisa las funciones de la Asamblea Nacional, órgano legislativo del país, en su inciso 12 prescribe la obligación de la aprobación legislativa de los tratados, convenios, pactos, acuerdos internacionales antes de su ratificación por el Presidente de la República *cuando tienen carácter económico, de comercio internacional, de integración regional, de defensa y seguridad, de aumento de la deuda externa y los que afectan o modifican el ordenamiento jurídico del País.* Es interesante hacer notar que todos los demás tratados, por ejemplo los culturales, de cooperación y ayuda entran directamente en vigor después de su negociación, firma y canje de notas por el gobierno sin necesidad de tramitar la ley de aprobación lo que implica una gran economía de trabajo, de tiempo y sin duda de lobby político.

Por último, en materia de control de constitucionalidad se presenta alguna contradicción en las normas constitucionales. En primer lugar, el

y asociados y la normatividad que de todos ellos emana; la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos y los diferentes Grupos InterAmericanos que han surgido en apoyo de la paz y el desarrollo de los pueblos Americanos, entre ellos el conocido Grupo de Contadora que ha dado un gran aporte a la paz centroamericana. Estos principios son reiterados de nuevo en el artículo 9 de la constitución nicaraguense.

[104] Artículo 46.

articulo 164, que fija las funciones de la Corte Suprema de Justicia, le concede expresamente el poder de *conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley* (función 4a). Por ota parte, el art. 187 establece el Recurso por Inconstitucionalidad *contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política.* El recurso podra ser presentado por **cualquier ciudadano,** como es común en varias constituciones latinoAmericanas, entre ellas la de Colombia, Perú, Venezuela, El Salvador, entre otras. Hasta aquí no habría contradicción pues la Constitución no habla de control de constitucionalidad de los tratados ni de eventual recurso popular de inconstitucionalidad sobre los mismos. Pero aparece luego el articulo 182 que prescribe que *La constitución es la carta fundamental de la República...No tendrán valor alguno las leyes, tratados, ordenes o disposiciones que se opongan o alteren sus disposiciones.* Con este artículo surge la contradicción pues los anteriores no mencionan la facultad de la Corte Supema para conocer y fallar sobre recursos de insconstitucionalidad de los tratados. Sin embargo, si un ciudadano cualquiera considera que determinado tratado o artículo de un tratado violan la constitución y presenta el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Suprema se encontrará en el dilema de declararse inhibida para conocer y fallar o declarándose con competencia, conocerá y podrá fallar la inconstitucionalidad total o parcial del tratado violando el princio fundamental del derecho internacional *pacta sunt servanda.* Para evitar esta contradicción la fórmula de varias constituciones latinoAmericanas, entre ellas la colombiana, de revisar la constitucionalidad de los tratados antes de su ratificación o canje, parece ser la más apropiada pues asegura la primacia de la norma internacional dentro del ordenamiento jurídico interno y salva el principio del imperio de la constitución.

Last but not least, para concluir este trabajo queda **la Constitución de la República de Panamá** que fue promulgada en 1972 y ha tenido su última reforma en 1983. Se trata de una constitución relativamente abierta a los procesos de integración, al derecho internacional y regional comunitario. Dada la relativa juventud de las republicas latinoAmericanas sus fronteras y límites territoriales han sido determinados después de la independencia de España y por este motivo los tratados internacionales y los laudos

arbitrales han sido los instrumentos fundamentales en la determinación territorial. La Constitución de Panama así lo reconoce en su artículo 3 al declarar que su territorio comprende la superficie terrestre, el mar territorial, la plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio áereo entre Colombia y Costa Rica *de acuerdo con los tratados de límites celebrados por Panamá con esos Estados*. Con este reconocimiento Panamá, al igual que los demás estados latinoAmericanos, se acoge al respeto de las normas del Derecho Internacional y acepta ser sujeto activo y pasivo de sus normas.

Para confirmar lo anterior el siguiente artículo 4 proclama que *Panamá acata las normas del Derecho internacional*. De este modo se "constitucionalizan" las normas del derecho internacional y su directa aplicación en el derecho interno. De esta manera, como lo entienden algunos constitucionalistas panameños,[105] el ordenamiento interno tiene un "Bloque de la Constitucionalidad", es decir un conjunto de normas que el juez constitucional, competente de la guarda e integridad de la constitución, utiliza para emitir su criterio sobre la constitucionalidad de la ley y de los otros actos jurídicos. Asi, no solo se emplean las normas de la constitución sino, ademas, otras normas a las cuales el mismo constituyente da un valor semejante a las normas constitucionales. A este *Bloque de Constitucionalidad* pertenecen las normas del Derecho Internacional siempre que respeten los principios fundamentales del Estado de Derecho, la independencia y la autodeterminación del Estado Panameño. Es común al constitucionalismo moderno esta fórmula jurídica que tiene, con relación al ordenamiento internacional y su primacía en el ordenamiento interno, la fundamental finalidad de asegurar el respeto de la regla de oro del internacionalismo: *Pacta Sunt Servanda.*

Los tratados y convenciónes internacionales que negocia, firma y ratifica el Presidente de la República[106], antes de su ratificación o del canje de notas deben ser aprobados por la Asamblea Lagislativa[107]. Consideran-

[105] Luis Fuentes Montenegro, Constitución Política de la República de Panamá, Publipan, 1993.

[106] Art.179/9.

[107] Art. 153/3.

do que existe la prohibición expresa de *expedir leyes contrarias en la letra o en el espiritu a la constitución*, en el caso de la aprobación de los tratados se impone el estudio previo de su constitucionalidad[108].

Del modo anterior se le evita a la Corte Suprema de Justicia el dilema de la competencia sobre las demandas de constitucionalidad de las normas internacionales, especialmente los tratados y convenios. La Corte Suprema conoce sólo de la constitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y aunque en Panamá existe la acción publica de inconstitucionalidad los ciudadanos no pueden ejercerla contra los tratados o las normas internacionales[109].

Como quiera que Panamá tiene en su territorio el importantísimo Canal de Panamá, la Constitución ha determinado que los tratados sobre el Canal, su zona adyacente y su protección general, como también la eventual construcción de uno nuevo, a parte el obligatorio sometimiento a la aprobación por parte del organo legislativo, deben ser sometidos a referendum nacional. A las enmiendas, reservas o entendimientos sobre la materia se les aplica el mismo procedimiento[110].

Como aspecto negativo de importancia particular, la Constitución de Panamá no hace ninguna referencia a la integración latinoAmericana, ni a la creación de la comunidad centroamericana ni del Caribe y desde este punto de vista se podría decir que representa un caso singular. Sin duda hay que auspiciar su ajuste o actualizacion para que no siga siendo la única constitución que no considera la importancia del tema. Es cierto que Panamá hace parte de la Comunidad latinoamericana y que ha firmado y ratificado los tratados y convenciones más importantes del área y ha hecho parte de grupos de países que juegan o han jugado un papel importante en la política exterior regional y subregional, como es el caso del Grupo de Contadora. Pero también es cierto que Panamá no se siente parte integral de CentroAmérica ni de SurAmérica y tal vez por esta razón no ha tomado

[108] Art. 157/1
[109] Art.203/1
[110] Art.310.

parte activa ni en el proceso de integración Andina ni CentroAmericana, ni del Caribe.Tampoco hace parte de la ALADI (Asociacion latinoAmericana para la integración) aunque si es miembro del SELA (Sistema económico latinoameriano). Precisamente por ésto su constitución podría cambiar hacia la adhesión del País a los principios integracionistas y comunitarios, para que sus gobiernos, sobre esta base constitucional, se sientan mas obligados y comprometidos en el logro de estas metas importantes.

5.- Conclusiones.

Sin riesgo de equivocación se puede afirmar que el derecho constitucional de los últimos años representa un claro ejemplo de unificación del derecho en Europa y en América Latina. Los procesos de unificación corren paralelos y los resultados se pueden comprobar. La construcción del Estado de derecho y la llamada ingenieria institucional han contribuído, por lo menos en los textos contitucionales, a una gran homogeneidad continental e internacional. Derechos constitucionales fundamentales, garantías jurisdiccionales, habeas corpus, habeas data, amparo y tutela, derecho al debido proceso, ombudsman de los derechos, justicia constitucional y administrativa, junto con la separación de poderes y los controles interorgánicos, políticos y de participación popular, responsabilidades penales y políticas en el ejercicio del poder son todos mecanismos institucionales que se encuentran en el constitucionalismo europeo como en el latinoAméricano. Instituciones como el Consejo Superior de la Magistratura, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y Justicia Administrativa, el Defensor del Pueblo, la Corte de Cuentas, las *Authorities* para la defensa de los derechos subjetivos y colectivos, de los intereses legitimos, son ya comunes a todo constitucionalismo. Seguramente la implementación, la realidad constitucional es diferente debido a los contextos históricos, culturales, económicos, sociales cambiantes y diversos pero con el tiempo se adquiere madurez y responsabilidad. No hace muchos años que Europa vivía la negación del constitucionalismo y en general del derecho, leáse experiencia nazista y fascista, como tampoco hace mucho que América

Latina era el continente de las dictaduras. Gracias al nuevo empeño constitucional las situaciones se han superado o se están superando rápidamente..

En la materia de este estudio, relaciones entre derecho internacional y comunitario y derecho constitucional también se puede constatar la casi completa homogeneidad en el tratamiento y en las previsiones constitucionales. Como también se puede confirmar que el derecho internacional y comunitario, en el presente, con sus garantías jurídicas y jurisdiccionales, su poder de control, juegan un papel fundamental en la construcción y perfeccionamiento de los estados nacionales y constitucionales, no solo en América Latina sino en todo el mundo, incluyendo el llamado primer mundo.

En este sentido, del análisis de las constituciones latinoamericanas que precede se pueden sacar las siguientes conclusiones.

1 - Implícita o explícitamente las contituciones reconocen y delaran su compromiso por el respeto de los principios generales del Derecho Internacional, de los Tratados y convenciónes internacionales.

2 - Esta inclinación nace natural en el constitucionalismo latinoAméricano recordando que todos estos Estados han surgido y han sido reconocidos, desde principios del siglo pasado, por medio de actos, tratados, convenios internacionales y que sus límites territoriales se han podido determinar y garantizar gracias al derecho internacional pacticio.

3 - Con las excepciones de las constituciones de la República Dominica y de Panamá todas la constituciones proclaman el compromiso de los gobiernos por la integración latinoAmericana, regional y subregional y autorizan las necesarias limitaciones de la soberanía con esta finalidad con base en los principios internacionales de la reciprocidad, la paz, la cooperación y el desarrollo de los pueblos.

4 - Las normas del Derecho Internacional pacticio y comunitario que han entrado en vigencia según los procedimientos fijados en la constitución

hacen parte integral del derecho interno sin necesidad de ulteriores trámites legislativos o ejecutivos.

5 - En algunas constituciones, como las de Honduras, Nicaragua y Perú, el Presidente firma y ratifica algunos tratados sin necesidad de la aprobación legislativa. En otras, como las de Panamá y Ecuador para algunos tratados y en algunos casos especiales se requiere la aprobacion referendaria del pueblo.

6 - En varios paises, como. Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, se han "constitucionalizado" los pactos internacionales en materia de derechos humanos, sociales, políticos, del trabajo, sobre la no discriminacion. El Brasil inclusive propende en su constitución por la creación de un Tribunal Internacional para la defensa de los derechos humanos, mientras hay que recordar que ya existe la Corte InterAmericana para los Derechos Humanos. En este mismo aspecto y considerando el tremendo problema que representa para ese país, es de anotar también que Colombia ha propugnado por la declaración de los delitos de tráfico de drogas como delitos internacionales y por la institucion de una justicia internacional para perseguirlos y castigarlos.

7 - El carácter supranacional, constitucional y supralegal de los tratados y de las convenciónes internacionales es proclamado por la mayor parte de las constituciones estudiadas. Sin embargo las constituciones de Brasil, Bolivia, México, El Salvador y Perú, contrariamente a la tendencia juridica del constitucionalismo moderno, prevén la competencia de la Corte Suprema, de la Corte o Tribunal Constitucional para conocer y fallar sobre la inconstitucionalidad de los tratados públicos. Y, como caso extremo, la Constitución de El Salvador da facultades a los jueces y tribunales para que, en el ejercicio de su *potestad de aplicar justicia* puedan declarar la *inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales*. En otras constituciones, como en la del Uruguay y Panamá, el testo en ambiguo y contradictorio pero en la praxis se respeta el principio fundamental del derecho internacional *Pacta Sunt Servanda*.

8 - Caso único, pero explicable por el golpe de estado que ha sufrido recientemente, la nueva Constitución del Perú de 1993, como se ha podido constatar, ha dado en la materia grandes y criticables pasos para atrás respecto de la anterior constitución de 1979.

9 - Para superar el problema del control constitucional de los tratados públicos y asegurar el respeto de la intangibilidad de los tratados en el ordenamiento interno, la solución del control constitucional previo, es decir antes la aprobación, ratificación o canje de los tatados y convenios internacionales parece ser la más lógica y funcional.La constitución de Colombia en este aspecto brinda un buen ejemplo.

10 - Algunas constituciones, Honduras, Panamá, México, prohiben la firma de cierto tipo de tratados que puedan lesionar la soberanía, la integridad territorial o los principios del Estado de Derecho. Mientras esta última causa es explicable las otras no, si se considera la contradicción de la norma en un momento histórico y político de tendencia generalizada al reforzamiento de la comunidad internacional y de la integración general, regional y subregional.

11 - De los estados federales de América Latina, Argentina es el único cuya constitución prevé el derecho de sus estados federados (provincias) a negociar, firmar y ratificar tratados o convenios internacionales en el respeto de la política exterior de la federación y de las facultades del gobierno federal. Brasil, México y Venezuela no prevén en sus constituciones esta posibilidad.

12 - El constitucionalismo latinoaméricano propugna por la solución pacífica de las controversias internacionales, el recurso al arbitraje y a los tribunales internacionales y por la inclusión en los tratados de clausulas que aseguren este principio y esta praxis.

13 - Los nuevos principios del derecho internacional del mar y del espacio áereo son adoptados constitucionalmente y el ejercicio de la soberanía de los Estados sobre su territorio, comprendido en su más reciente

significado elaborado por el derecho internacional, se acepta dentro de los límites internacionalmente consagrados. Venezuela, tal vez por los problemas de límites que aun tiene con Colombia, persiste en la vieja concepción del ejercicio ilimitado de la soberanía en su territorio, posición que se podía entender hasta quando el derecho internacional del mar no había elaborado los conceptos de plataforma continental, zona contigua, mar patrimonial y así sucesivamente. Hoy ya no es posible entender esas posiciones político-constitucionales y mucho menos justificarlas.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Portocarrero, Jose, *Bases para la nueva constitución, Lima,1992.*

Brewer-Carias, Allan R., *El Sistema Mixto o Integral de Control Constitucional en Colombia y Venezuela* en Anuario de Derecho Constitucional LatinoAmericano, Bogotá, 1995.

El Control de Constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales y la Cuestión Constitucional de la Integración LatinoAmericana en Revista de Derecho Público, Caracas, 1990.

Cachapuz de Madeiros, Antonio Paulo, *O poder de celebrar tratados a luz do direito internacional, do direito comparato e do direito braseiro,* Porto Alegre, 1995.

Cárdenas, Jaime, *Las Constituciones Centroamericanas, de México y de la República Dominicana* en Perfiles Liberales, Las Constituciones de América Latina, Bogotá, 1995.

Catalano, Nicola, *Rapporto fra Ordinamento Comunitario e gli Ordinamenti Nazionali,* Milano, 1977.

Comisión Andina de Juristas, *Del golpe de estado a la nueva constitución,* Lima,1993.

Correa Freitas, Ruben, *Introducción al Derecho Costitucional Uruguayo,* Montevideo, 1988.

Diaz Arenas, Pedro Agustín, *La Constitución Política de Colombia (1991), Bogotá, 1993.*

Di Stasi, Angela (compiladora), *Codice dell'Integrazione Latinoamericana, Il SELA, Sistema Economico Latinoaméricano,* Salerno, 1992.

Dromi, Roberto y **Menem** Eduardo, *La Constitución Argentina Reformada,* Buenos Aires, 1994.

Editorial Juridica de Chile, *Constitución Política de Chile,* Santiago, 1995.

Fuentes Montenegro, Luis, *Constitución Política de la República de Panamá,* Publipan, 1993.

Gallardo, Ricardo, *Las Constituciones de la República Federal de Centroamérica,* Madrid, 1958.

Garcia Alzugaray, Miguel Angel, *El Sistema Constitucional Cubano* en Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos, Madrid, 1992.

Gaona Cruz, Manuel, *El Control Constitucional de los actos jurídicos en Colombia ante el derecho comparado* en Archivo de Derecho Público y Ciencias Administrativas, Caracas, 1986.

El Régimen Constitucional de los Tratados en Control y Reforma de la Constitución, Bogotá, Vol. II, 1988.

Garcia Laguardia, Jorge Mario, *El Sistema Constitucional de Guatemala* en Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos, Madrid, 1992.

Gracia Belaunde, Domingo, *Esquema de la Constitución Peruana,* Lima, 1992.

Gaviria Lievano, Enrique, *La Plataforma Continental colombiana y el Nuevo Derecho del Mar,* Bogotá, 1986.

Guidi Guido **y Rozo Acuña,** Eduardo, *Costituzioni Straniere. I Paesi Andini,* Milano, 1990.

Gutiérrez, Carlos José, *Derecho Constitucional Costarricense,* San José, 1983.

Herrera, Felipe, *Nacionalismo, Regionalismo, Internacionalismo,* Buenos Aires, 1970.

Kelsen, Hans, *Princeples of International Law,* 2a Ed., New York,

1966.

Memelmajer, Aida y **Abalos de Mosso,** *Grandes líneas directrices de la jurisprudencia argentina sobre materia constitucional durante el año de 1995* en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Medellín, 1996.

Moreno, Daniel, *Derecho Constitucional Mexicano,* México, 1993.

Monaco, Riccardo, *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico,* Torino, 1971.

Mangas Martin, Araceli (compiladora), *La Escuela de Salamanca en el Derecho Internacional en América,* Salamanca, 1993.

Martino, Gerardo, *Il Mercosur,* en Codice dell'Integrazione Latinoamericana, Salerno, 1992.

Morelli, Gaetano, *Nozioni di Diritto Internazionale,* Padova, 1963.

Palici di Suni Prat, Elisabetta, et.al. (compiladora), *Le Costituzioni dei Paesi della Comunità Europea,* Pavia, 1993.

Panebianco, Massimo (compilador), *Europa Comunitaria e América Latina. Integrazione e Cooperazione,* Salerno, 1989.

Panebianco, Massimo y **Pannetta** Piero, *Introduzione al Diritto delle Organizzazioni Internazionali,* Salerno, 1993.

Perfiles Liberales, *Las Constituciones Políticas de América Latina,* Bogotá, 1995.

Rodriguez Robles, Sebastian, *Algunas reflexiones sobre la doctrina del bloque de la constitucionalidad en Panamá* en Anuario de Derecho Constitucional Latinoaméricano, Medellín, 1996.

Rozo Acuña, Eduardo, *El Congreso de Panamá: Proyecto de Unión Continental* en Bolívar y la Organización de los Poderes Públicos, Bogotá, 1988.

Note sull'Integrazione Andina: Bilancio e Prospettive en Europa Comunitaria e América Latina, Salerno, 1989.

Estado, Asociaciones y Relaciones Internacionales en Introducción a las Instituciones Políticas, Bogotá, 1993.

Derecho Constitucional Latinoaméricano en Materia de Derechos Humanos y de los Pueblos (ponencia presentada en Perugia, 1997).

Stato, Chiesa e Libertà Religiosa in Colombia, en Quaderni di Dirit-

to e Política Ecclesiastica, Bologna, 1995/2.

Samtleben Juergen, *Perspectivas para uma Corte Do Mercosul e a Experiencia Europia*, en Rivista Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in América Latina, Modena, 1996.

Tobar Donoso, Julio y **Larrea Holguin,** Juán, *Derecho Constitucional Ecuatoriano,* Quito, 1991.

Tommasi Di Vignano, Alessandro y **Solina** Mario, *Profili di Diritto Internazionale,* Torino, 1990.

Vasquez Carrisoza, Alfredo, *El Nuevo Derecho del Mar*, Bogotá, 1996.

Vega Bolaños, José A (editor), *La Constitución Política de Costa Rica, San José, 1995.*

Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale, Il Sistema delle Fonti del Diritto,* Torino, 1987.

CARLOS GABRIEL SALAZAR CÁCERES

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Uno de los productos humanos más perfectos y que más ha tenido a través de los siglos ha sido el Derecho, su función principal es la de garantizar mediante el uso de la razón y de la fuerza, gobernada por aquella, la existencia de la sociedad en condiciones tales que permitan la vida en comunidad característica propia del hombre. Además debe propender por la paz y el progreso social; fortalecer la amistad y cooperación entre los estados en condiciones de coexistencia pacifica y con regímenes socio políticos diferentes.

Gracias al desarrollo formidable del Derecho, éste ha germinado en muchas vertientes una de ellas es el Derecho Penal Internacional, uno derecho en ciernes, comparado con otras disciplinas jurídicas, como el derecho civil. El primero en hablar de él fue Jeremías Bentham en su "Tratado de Legislación Civil y Penal" editado en París en 1802; aún cuando ya venía predicándolo desde 1789. No obstante años atrás en 1878 el suizo J. Blunschli señaló "si una violación del derecho internacional constituye un peligro general no solo el estado perjudicado si no todos los demás que dispongan de fuerza para defender el derecho internacional debe contrarestarla y cuidar al restablecimiento y aseguramiento del orden jurídico" (Karpets, pag. 11). Y los rusos N. Kornukov en 1889 y F. Marten en 1905 predican su necesidad en la creación de este derecho que han ejercido influencia notoria, los vínculos cada mas fuertes entre los delincuentes de los diversos países, la aparición de asociaciones internacionales criminales y la influencia que muchas veces han ejercido en los gobiernos.

En un inicio se encontraba constituido por un reducido círculo de normas reguladoras de la acción penal en el espacio y se le definía como "La parte del Derecho que al fijar el ámbito de validez de las normas entra en relación o conflicto con las normas de otros estados" (Mendoza, Pag. 2). Posteriormente ampliará su espectro adicionándole lo relativo a los delitos, convirtiéndose en "Aquella rama que comprende la definición y castigo de los crímenes de guerra los crímenes contra la paz y contra la humanidad entre otros" (Benavídez Pag. 175). Más adelante regulará la ayuda jurídica y la entrega de delincuente para definirse hoy como "Un sistema de normas

formadas como resultado de la cooperación entre estados soberanos u órganos y organizaciones internacionales que tienen como objetivo defender la paz, la seguridad de los pueblo y el orden jurídico internacional, tanto de los crímenes internacionales más graves dirigidos contra la paz y humanidad, como de los delitos de carácter internacionales y de otros actos jurídicos de índole internacional castigados a tenor con estos reglamentos y convenciones especiales y con acuerdos concertados entre estados" (Karpets Pag. 36), según la completísima definición que nos da el soviético Igor Karpets.

Por ser un derecho joven algunos autores le niegan vida propia, otros lo colocan dependiendo del Derecho Internacional Público pero ello no es aceptable por que este se refiere a las relaciones entre estados; tampoco puede ser un apéndice del derecho internacional privado por que sus normas no son de interés particular. Su origen se encuentra en los tratados vinculados a normas consuetudinarias y de aceptación directa por los estados en general. Las normas que lo estructuran se basamentan en las legislaciones de cada país. Internacionalmente carecen de coactividad no obstante tiene una relativa, dado que las materias por él reguladas se encuentran penadas en todas las legislaciones del mundo, tiende a convertirse en un sistema nacional de derecho con carácter absoluto evitando la divergencia entre las diversas legislaciones, a fin de que se persigan y castiguen los delitos mediante la común armonía de los diversos estados de manera tal que en el futuro sus normas sean redactadas por la comunidad internacional, conviertiéndose en un derecho universal y absolútamente válido para todos los estados y obligatorio para todos los legisladores; por ello Tania Mendoza Robledo "Con un criterio universal de superación y mejoramiento de la comunidad en general se plantea la necesidad de un derecho penal que impida la comisión de delitos ..... combata la delincuencia o criminalidad, dando a todas las personas las posibilidades de vivir en una sociedad justa" (Mendoza Pag. 1).

Algunos autores de la República Federal de Alemania sostienen una posición negativa al Derecho Penal Internacional entre ellos se cuentan: Kiprem, Damm, Rudolf y los norteamericanos Kunts, Gross, Finch, Radin. En contravía se encuentran los miembros de la Asociación Internacional de Derecho Penal y en especial el Profesor Chérif Bassiouni, quien ha elaborado un proyecto de código.

Jescheck considera que el Derecho Penal Internacional debe contener normas Jurídicas Penales Internacionales, que se extiendan no sólo al estado sino a los ciudadanos de cualquier estado, por encima de las legislaciones nacionales y con órganos jurídicos supranacionales.

Los franceses P. Bouzat y R. Merle no se encuentran ni a favor ni en contra, señalando que la cuestión es súmamente delicada y que el problema actualmente se encuentra en investigación teórica no obstante, afirma Karpets, "ya se han formado los principios generales constituídos en normas de Derecho Penal Internacional ..... mundialmente admitidas han tenido lugar sentencias que tienen fuerza de ley una relación de delitos internacionales mas graves reconocidos como tales por un foro tan autorizado como lo es el de la O.N.U. Por último se han creado con general aprobación tribunales de justicia internacional ad-hoc y se han elaborado los procedimientos para la vista de tales causas" (Karpets pag. 19).

Es evidente que existe ya la suficiente base teórica y práctica para crear el derecho penal internacional y tender "a la creación de una Corte Penal Internacional, que resuelva los conflictos de competencia a favor de la competencia universal después de la unificación de los llamados delitos internacionales: piratería, trata de esclavos y de blancas, comercio de estupefacientes, falsificación de monedas, genocidio" (Mendoza Pag. 2)

Son fuentes del Derecho Penal Internacional los acuerdos, los tratados, las costumbres y los precedentes internacionales. La base para elaborar el reglamento del tribunal de Nuremberg y después el de Tokio, fue la declaración que hicieran Rusia, Estados Unidos e Inglaterra el 2 de noviembre de 1943 sobre responsabilidad de los fascistas por los crímenes cometidos y ratificada en las conferencias de Crimea y Postdam. En la elaboración de los principios del reglamento de estos tribunales intervinieron rusos, norteamericanos, ingleses, franceses y otros que lucharon contra el nazismo. Estos principios fueron reconocidos por la O.N.U. el 11 de diciembre de 1946 como principios del Derecho Penal Internacional.

La costumbre "forma espontánea de la norma jurídica" (Mendoza pag. 9) que tiene por características la repetición y la persistencia es la fuente más importante del Derecho Internacional constituyéndose en la etapa intermedia por donde los actos humanos las opiniones y las ideas tienen que

pasar en su período estructural, para luego ser transformada en leyes" (Tafur pag. 34). Puede ser positiva "cuando se deriva de la existencia de prácticas efectuadas por los estados y los individuos, negativa cuando tanto los individuos como los estados se encuentran en la obligación de abstenerse de efectuar determinados actos, que por su realización irían contra la naturaleza y su ejecución sería una violación absurda a sus leyes" (Tafur pag 35) . Debido a su valor, es auxiliar eficaz tanto del legislador como del juzgador marchando paralela a "la ley sin confundirse con ella pero buscando vertirse en ella" (Mendoza pag. 9). No puede atentar contra el principio nullum crimene, nulla poena, sine lege. Pierde su fuerza al ser abandonada por los Estados.

La jurisprudencia se encuentra en la interpretación que los tribunales nacionales hacen de sus leyes como las realizadas por los organismos internacionales. Algunos autores le conceden valor como fuente del derecho penal internacional, otros se la niegan en especial en el campo internacional.

La doctrina ha dado origen a toda la teoría del principio territorial, que se fundamenta en el concepto de soberanía sinónimo de independencia, que se basamenta en dos pilares a saber: Los estados son iguales entre si y la comunidad internacional es un hecho. Por ello "El Estado se encuentra condicionado a la finalidad de la solidaridad social ínter estatal y en caso de conflicto entre los intereses de un estado particular, con los de la comunidad internacional, en la lucha contra el delito y la abolición de la delincuencia por una paz humanizada, debe ceder el primero para evitar la anarquía de principios" (Mendoza pag. 16).

El territorio de un estado será el demarcado por sus fronteras, mas sus colonias, mar territorial barcos de guerra, barcos mercantes en altamar, territorio extranjero ocupado bélicamente o por conquista o concesión las residencias diplomáticas, los consulados de naciones cristianas en países orientales (Berberiscos) "A quienes por costumbre o por tratados públicos se ha concedido cierta jurisdicción sobre sus nacionales" (Mendoza pag. 20) territorios protegidos y zona atmosférica.

La doctrina ha elaborado cuatro criterios para la aplicación del principio territorial; la territorial absoluta mediante el cual la ley se aplica a todos los habitantes del territorio sin distingo alguno. El estatuto real por el

cual la ley se aplica a quien comete delitos contra bienes o intereses jurídicos de un estado sin importar donde se cometió el ilícito el estatuto personal, que permite que la ley de un estado acompañe a sus nacionales donde se hallen y el principio de universalidad que propende para la ley del estado se aplique a todos los delincuentes, cualquiera sea su nacionalidad el lugar de comisión del hecho o el interés jurídicamente tutelado.

En la Carta Magna Leonesa firmada por el rey Alfonso de León en 1188 se congregan: "También juro que por la delación que se me hiciere contra alguien, o por el mal que de alguien se me dijera no le haré mal o daño ni en su persona ni en sus bienes, antes de llamarlo por cartas a mi curia para estar a derecho según lo que ordenare mi curia y sino se comprobara - la delación o el mal - el que hizo la delación sufra la pena sobre dicha y además pague los gastos que hizo al delatado en ir y volver".

En su homónima inglesa del rey Juan de 1215 se ordena: "Ningún hombre libre será detenido preso o desposeído o proscrito o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado ni podrá ser sometido a prisión , sino es por el juicio de sus iguales o por la ley del país" y en los artículos 7 y 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791 se afirma "ningún hombre puede ser acusado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formalidades prescritas por ella. Los que soliciten, expidan o hagan ejecutar ordenes arbitrarias deben ser castigados pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de ley, debe obedecer al instante y será culpable por su resistencia. La ley no debe establecer mas que penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado, sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada".

Estos textos constituyen los antecedentes mediatos al principio de legalidad. Sus precedentes inmediatos se encuentran en los tribunales creados ad-hoc en Nuremberg y Tokio.

A fin de observar cabalmente esa legalidad es preciso que se cumplan los acuerdos internacionales sobre la responsabilidad por los actos reconocidos como delito así como con igual celo las leyes internas aprobatorias de dichos tratados los tratados internacionales que datan de muchos siglos atrás (recuérdese el tratado firmado por el Faraón Ramses II

con el rey de los Hititas Hatushilish III en 1296 a.c. de alianza y paz, y por el cual se regulaba la entrega de esclavos fugitivos. Otros autores lo sitúan en 1287 con Khattusil II) son acuerdos de dos o mas estados para producir efectos jurídicos, formalizando "costumbres preexistentes y creando muchas veces reglas e instituciones, adquiriendo doble importancia por su intima correlación con la fuente de la costumbre y la fuente de la ley positiva" (Mendoza pag. 11). Con base en dichos acuerdos se pueden aprobar actos internacionales o introducirse enmiendas en la legislación laboral; por ejemplo las penas por la comisión de un delito se fundan en las normas de cada legislación estatal; pero la fuente de dichas normas se encuentran en las relaciones contractuales internacionales, dado que por lo general dichas sanciones no figuran en el acuerdo su definición es prorrogativa de cada estado en particular.

"La legalidad internacional con respecto al problema de la lucha contra los delitos de carácter internacional es ante todo, la obligación de observar por parte de todos los miembros de la comunidad internacional, la carta de la O.N.U. y también las resoluciones y decisiones de esta organización destinada a reforzar la causa de la paz, la seguridad internacional y los intereses de todos los estados y pueblos ..... Es la obligación de observar las leyes internacionales especiales de carácter jurídico - penal..... Con vista a combatir los atentados criminales ..... Es la obligación que tienen todos los estados, de cumplir cabalmente las convenciones y acuerdos dirigidos contra actos delictivos concretos que afectan los intereses de los estados" (Karpets pag. 308) enfatiza Karpets, "presupone el cumplimiento de las normas y los principios generalmente admitidos del Derecho Internacional ..... debe apoyarse en la legislación Nacional ante todo en la Constitución y en el derecho penal" (Karpets, pag. 309) "presupone que los estados se presten mutua ayuda en la lucha contra los delitos internacionales y los de carácter internacional" (Karpets, pag. 310).

Esta legalidad internacionalidad tiene cierta peculiaridad que vale la pena resaltar: La ley tanto en el derecho internacional como en el Derecho Penal Internacional se distingue de la ley en el derecho nacional; ante todo por la fuente de donde surge en el caso del derecho nacional ésta es producto estatal; en tanto que "en el derecho internacional no existe un organismo

que promulgue normas con carácter obligatorio para todos los estados. En el Derecho Internacional y en el Derecho Penal Internacional las leyes se adoptan sobre las bases del acuerdo de un grupo de estados o de la comunidad internacional" (Karpets pag. 288).

" En el derecho positivo encuentra el derecho penal internacional una fuente ideal-legal que generalizada dentro de la comunidad humana determina las conciencias nacionales dentro de una regulación internacional" (Tafur pag. 39).

Ante la posición exéptica de que algunos países no cumplan con lo pactado, el soviético Karpets didáctica: "No es posible renunciar a la medicina por que, tras el tratamiento y a pesar de él, muera la gente; no se puede renunciar a la instrucción aunque haya personas que queden sin instruir o tras los estudios se conviertan en estúpidos instruídos. Tampoco se puede renunciar a la lucha por la legalidad internacional por el hecho de que alguién la infrinja o deje de observarla. Es indispensable luchar actívamente en favor de la legalidad y perfeccionar los mecanismos para controlar su observancia" (Karpets pag. 298).

La humanidad ha elevado en su desarrollo milenario una serie de valores que son exigencias que debe satisfacer el hombre, constituyendo su patrimonio jurídico, que ha sido reconocido por todos.

El objetivo de las normas del derecho penal internacional es - repetimos - conservar la paz y servir de advertencia a sus posibles agresores.

Finálmente la analogía, que según sus defensores como Binding, Manzini y Carrara, tan solo podrá ser tenida en cuenta si es in bonam partem y en cuanto se refiera a eximentes y a favorabilidad.

Las normas del Derecho Penal Internacional son de cuatro clases según clasificación realizada por el profesor Guillermo Fierro :

1. Cuando el infractor es un estado y es sancionado por los miembros de la comunidad internacional, por ejemplo los crímenes contra la paz o la guerra de agresión.

2. Los hechos que por su naturaleza y consecuencia afectan a todos los estados por igual y por lo cual se han realizado convenciones

internacionales para reprimirlos, tales como la trata de blancas, la esclavitud, la piratería, etc. Su elaboración es internacional, dado que es la comunidad de naciones la que se encuentra directamente interesada en la represión de la delincuencia y los estados particulares se adhieren posteriormente.

3. Las disposiciones jurídicas de los estados mediante tratados bi o multilaterales, con el fin de aunar esfuerzos encaminados a la represión de la delincuencia. Su fuente como puede observarse no es la comunidad internacional, sino un grupo de estados.

4. Las disposiciones penales particulares de cada estado, que reprimen estado delitos.

El proceso de Nuremberg se inicio el 21 de noviembre de 1945 y concluyó el 1 de octubre de 1946; se acusó a 25 jerarcas nazis y a otras organizaciones idem; de ellos se condenó a muerte a 12, a prisión perpetua a 3 y a prisión temporal a 4, los demás fueron absueltos.

Se ha señalado que en este proceso y en el de Tokio se vulneró flagrantemente el principio de legalidad, incluso algún autor le calificó como el "crimen de Nuremberg" pero "a las naciones vencedoras (acota Quintano Ripolles) se les presentaba un dilema de hierro: o actuaban como lo hicieron, no obstante no existir esa ley previa requerida por el derecho penal moderno o consagraban la impunidad de escandalosos crímenes nunca cometidos en esa escala con anterioridad" (Fierro pag. 15) y sobre el aspecto de la tipicidad afirma que "Su incumplimiento - en ese entonces - no es óbice para concretar un concepto de delito internacional puesto que la tipicidad es un logro reciente en el campo del derecho interno y no por ello antes no existían delitos, sin embargo, estima que la vulneración a este elemento o carácter del delito realizado en tales procesos, va en franca superación" (Fierro pag. 18).

Para Henry Donnedieu de Vabres "el tribunal de Nuremberg no excluyó la regla del nullum crimene sine lege, sino que la adaptó a las múltiples circunstancias imperantes, pues lo que en esencia la regla exige es el conocimiento por parte del autor del carácter delictuoso de su acto, no

siendo necesaria e imprescindible una previa y rigurosa definición de la infracción" (Fierro pag. 18).

Entre otras objeciones que se le han hecho al citado tribunal encontramos las siguientes "fueron solo los vencedores quienes juzgaron exclusívamente a los vencidos, es decir, los aliados se erigieron en juez y parte, además ellos mismos fijaron las leyes procesales del tribunal a su amaño. Hubiera sido deseable que fueran los estados neutrales, es decir, los no beligerantes, quienes juzgaran a los criminales de guerra nazis. También fueron evidentes las violaciones de la ley internacional por parte de los aliados, no obstante a estos últimos ni siquiera se les juzgo. Pero era indispensable una condena ejemplarizante de los criminales de guerra al menos de quienes la iniciaron. Si bien es cierto que el estado de derecho es el que debe prevalecer en el mundo, es decir, aquel en el cual sea la ley límite supremo y dique contra la arbitrariedad es también verdad que no se podía lógicamente absolver con base en razones jurídicas a quienes tanto mal habían causado a la humanidad, aunque tenga esta condena cierto sabor a retaliación" (Benavides pag. 177).

"Lo de Nuremberg y Tokio no fue una experiencia vana y estéril, pues sentó las premisas y abrió el cause de un sólido desenvolvimiento teórico de una disciplina y de un conjunto de principios ..... hacia los cuales se inclina la tendencia predominante del derecho internacional. Pero en la actualidad se trata de desarrollos eminentemente teóricos que no tienen un firme asidero en la realidad de los hechos cuya trágica y cotidiana existencia más desmienten que confirman esos postulados" (Fierro pag. 32) por ello es lamentable "que los neonazis que han surgido fuera de Alemania y en varias épocas todavía gozan de impunidad, sin que sus crímenes sean menos repugnantes que los cometidos por los condenados por Nuremberg. Citemos ..... el atroz genocidio del Vietnam, país en que se arrojaron más bombas que en la segunda guerra mundial" (Benavides Pag. 177) o el desatado por Pol Pot en Camboya.

Aun cuando en esta postguerra, que ya cumple medio siglo, han existido muchas guerras de agresión y actos de deliberada violación de tratados, acuerdos y seguridades otorgadas recíprocamente, tan sólo hace tres años, se estableció el tribunal de La Haya, para juzgar los crímenes de

guerra en Yugoslavia, Bosnia, Ruanda y Burundi, y existe la solicitud para los cometidos por soldados del ejército de las Naciones Unidas; pero no existió ninguno que juzgara las atrocidades cometida en Corea, Suez, Hungría, República Dominicana, Checoslovaquia, Vietnam y otras más. Tal vez - como lo anota Bert V. A. Röling - porque "sólo son posibles luego de una guerra victoriosa, seguida de una rendición incondicional" (Fierro pag. 32) amén que "ningún estado está dispuesto a consentir que se procese a sus más altas autoridades ante un tribunal internacional penal" (Röling, citado por Fierro pag. 31).

Pero las luz se vislumbra y el próximo año, para conmemorar los cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humano, se reunierá en Roma, La Conferencias Internacional de la O.N.U. y se establecerá la Corte Internacional General y Permanente para los crímenes de lesa humanidad.

En cuanto hace relación con los delitos, Igor Karpets los ha clasificado en internacionales y de carácter internacional. A los primero los define como aquellos "que constituyen un elevado peligro para la existencia de las relaciones pacíficas y la cooperación entre los estados" (Karpets pag. 38).

Este concepto de delito surge como respuesta válida a las atrocidades cometidas durante las guerras de agresión y ocupación que conllevan aniquilamiento de la cultura material de los pueblos, métodos de guerra salvajes, tortura y exterminio de la población civil. Los pueblos del Orbe han condenado estos crímenes, que no afectan los intereses particulares de un determinado estado solamente, sino los de toda la comunidad internacional; dado que crean un gran peligro para la existencia pacifica de las relaciones y cooperación entre los pueblos.

En el reglamento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, los crímenes contra la humanidad se dividen en tres grupos.

1. Delitos contra la Paz que incluyen: Planeamiento, preparación, desencadenamiento, realización de la guerra de agresión o violando tratados, acuerdos o participando en un plan general o la conspiración encaminada a cualquiera de dichos actos.

2. Los crímenes de guerra que incluyen infracción de leyes o costumbres de la guerra, matar torturar, llevar cautiva a la población civil, matar, torturar a prisioneros de guerra, matar rehenes, saquear destruir ciudades o arruinarlas.

Fenelón sentenciaba "Hay leyes de guerra que no deben guardarse menos religiosamente que las de la paz, porque sin ellas la guerra no sería sino bandolerismo inhumano, serie perpetua de asesinatos, abominaciones y barbarie" (Ramírez Pag. 71). Y Diodoro recordaba que a raíz de una guerra que los atenienses libraron en Sicilia, a los generales vencidos se les juzgó por haber cometido hechos indignos de guerreros y durante el medievo existió la "Paz de Dios" por la cual no se podía hacer daño a los clérigos, mujeres, niños, campesinos y población civil y "La Tregua de Dios" mediante ella cesaban las hostilidades en época de adviento y de cuaresma. En 1863 se prohibió en los Estados Unidos, durante la guerra de secesión, el pillaje de las tropas.

Los usos de la guerra fueron reglamentados en los acuerdos de La Haya de 1899 y 1907 y en la convención de Ginebra de 1949. Tales delitos no solo se cometen por acción sino también por omisión, al abstenerse de impedir la ejecución de uno de ellos.

La O.N.U. incluyó después de la segunda guerra el apartheid, el genocidio, el biocidio, el ecocidio, la discriminación racial, la propaganda bélica, el empleo de medios sistemas y armas prohibidas para hacer la guerra. Hay otros delitos que se han denominado delitos internacionales menos graves, infracciones delictivas del orden jurídico internacional o delitos de carácter internacional que son "los hechos delictivos previstos en acuerdos internacionales y no clasificados como crímenes contra la humanidad, pero que atentan contra las relaciones normales entre estados, perjudicando la cooperación internacional en diversas áreas de las relaciones (económicas, socio-culturales, de propiedad, etc.) y también a organizaciones y ciudadanos sancionables, bien según normas establecidas en acuerdos internacionales, ratificados en la forma correspondiente, bien partiendo de normas de la legislación penal nacional a tenor con estos acuerdos" (Karpets pag. 65).

Estos delitos conforman los siguientes grupos:

1. Los que causan daño a la cooperación pacifica y al normal desarrollo de las relaciones interestatales (terrorismo, secuestro de aviones, emisiones ilegales de radio).

2. Los que perjudican el desarrollo económico y socio-cultural internacional (contrabando, emigración ilegal, producción y venta de narcóticos, falsificación de dinero).

3. Los que atentan contra el individuo, los bienes personales y estatales y los valores morales (comercio de personas, piratería, divulgación de la pornografía).

4. Otros delitos como los cometidos a bordo de aeronaves, corte de cable submarino, choque de naves y negación a prestar ayuda en altamar.

La contaminación ambiental es considerado un delito de carácter internacional.

En 1954, bajo los auspicios de la O.N.U. se inició el Código de Delitos Internacionales pero se encuentra inconcluso; en América se tiene el proyecto Bustamante y La Asociación Internacional de Derecho Penal emprendió la elaboración de un código redactado por el profesor Bassiouni - como ya se señaló - que se ha presentado a la O.N.U. ; sus principios son los del Reglamento del Tribunal de Nuremberg.

Con el desarrollo de la ciencia, la técnica y el fomento de la cooperación interestatal aparecerán nuevos tipos.

Quintiliano Saldaña ha clasificado los delitos así:

Delitos interestáticos constituidos por infracciones al derecho internacional y cuyo sujeto activo es el estado, por ejemplo la guerra de agresión.

Delitos Antinacionales, cuyo sujeto activo es la persona individual

por ejemplo el regicidio internacional, el complot contra un estado extranjero, la violación de la inmunidad diplomática.

Delitos Internacionales, como la esclavitud, la trata de blancas, el tráfico de estupefacientes.

Y los delitos extranacionales como la piratería, ruptura de cables submarinos, delitos contra el tráfico aéreo y se llevan a cabo en lugares fuera de toda jurisdicción como altamar o el espacio aéreo.

Y Quintano Ripolles los agrupa en los tipificados por la ley interna de cada estado y que interesa a la internacional; los de elaboración internacional por vía contractual y los verdaderos y auténticos delitos internacionales que son los impuestos por un organismo internacional o supranacional contando o no con la voluntad del estado destinatario; los son no solo por su elaboración, sino por el bien jurídico por ellos tutelado.

Ojeemos someramente y a vuelo de pájaro algunos de estos delitos:

* *La Guerra*

Ya en la centenaria Universidad de Salamanca, el Padre Vitoria distinguía entre guerra justa o defensiva e injusta o de agresión y su homólogo Súarez afirmaba que en la guerra no se deben "hacer al enemigo sino los males estrictamente indispensables para conseguir la victoria, respetando siempre a las personas" (Ramírez, pag. 70).

Hugo Grocio, en su "Tratado de la Guerra y de la Paz", "defendió la legitimidad de la sanción penal de los crímenes de guerra, el crimen jerénico de la guerra misma y los crímenes contra la humanidad concebidos en general como crímenes contra el Derecho de Gentes ..... para èl, la reglamentación de la guerra es indispensable, prescindiendo de que ella sea justa o injusta ..... Acepta la idea de sancionar no sólo morálmente al estado culpable, sino realmente al soberano responsable. Y el soberano culpable de una guerra injusta será también responsable ante sus súbditos" (Ramírez pag. 70).

La guerra Solo puede aceptarse como un recurso extremo, como una última ratio y sólo si se trata de guerras de liberación nacional o de defensa del estado.

Por ello, la guerra de agresión, su preparación su desenvolvimiento, se encuentra prohibida. En la sentencia contra los criminales de guerra nazis se lée: "El desencadenamiento de la guerra de agresión no es un simple delito de carácter internacional, es un gravísimo crimen internacional que se diferencia de los demás delitos de guerra sólo por que contiene en sí de forma concentrada todo lo que encierra cada uno de los demás" (Karpets pag. 50).

El reclutamiento de mercenarios, debe ser delito internacional (en el siglo XVIII en Irlanda se les denominaba gansos salvajes). El envió de mercenarios a territorio de otro Estado es un acto de agresión y este es delito internacional. En la Conferencia Diplomática Internacional sobre Derecho Internacional Humanitario de 1977 se señaló que el mercenario no tiene el estatuto de combatiente por ser un criminal de guerra; mercenario es toda persona reclutada para combatir en un conflicto armado, muchas veces no es súbdito del país que toma parte del conflicto ni es enviado por un estado en misión oficial o en calidad de miembro de las fuerzas armadas. En los años que han seguido a la segunda guerra, han existido más de 100 conflictos en los cuales han participado mercenarios.

** El Genocidio*

Etimológicamente deviene de genos = raza y caedes = muerte; y lo configuran todos aquellos actos perpretados con la intención de destruir total o parcialmente grupos nacionales, raciales o religiosos. Fue el profesor Lemkin en 1946 quien primero empleó este neologismo, para referirse a este antiguo delito, negación total del derecho; son trístemente famosos los siguientes genocidios: la destrucción y saqueo de Cartago por Escipión Emiliano en 164 a.c. La destrucción de Alejandría y su biblióteca por Cesar, 59 a.c., por los musulmanes en 390 y 641 d.c y por los británicos en 1882. La degollación de los inocentes ordenada por Herodes el Grande en el siglo primero. La persecución de los cristianos durante los tres primeros siglos de nuestra era bajo los gobiernos de Nerón, 64 a.c., Domiciano, Trajano, Marco Aurelio, Séptimo Severo, Maximino, Decio, Galo, Valeriano y Diocleciano en 303. La matanza de San Bartolomé el 24 de agosto de 1572

por orden de Carlos IX aconsejado por su madre Catalina de Medicis y Enrique, Y duque de Guisa, por citar solo unos pocos.

Fue reconocido como delito internacional el 11 de diciembre de 1946 por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 96 y en la Convención Internacional de 1948 en París se declaró como delito no político, conlleva la matanza de miembros de un grupo, la lesión grave de la integración física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones que acarreen su destrucción física parcial o total, las medidas destinadas a impedir los nacimientos y los traslados por la fuerza de niños. Viola los derechos a la vida, integridad, personal, salud, libertad, trabajo, perfección, instrucción, religión y opinión política. El sujeto activo puede ser el estado, determinados individuos con poder, grupos religiosos, partidos políticos o un solo individuo. Y el sujeto pasivo siempre será la población civil.

La Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Genocidio dio competencia para conocer de este delito a la Corte Penal Internacional, pero en tanto se crea los Estados signatorios pueden castigar.

* *El Apartheid*

Consiste en la completa separación entre hombres blancos y de color y la privación legalizada de los derechos de estos últimos. En la República de Surafrica era ley. En el Vigésimo octavo período de sesiones de la O.N.U. se sancionó como delito.

* *La Esclavitud*

En 1812 se firma en Londres el Tratado Quíntupla por parte de las cinco potencias para suprimirla; en 1815 el Congreso de Viena prohibe la trata de negros y otorga la libertad de vientres. El acta de Bruselas de 1820 dicta disposiciones restrictivas al trafico de esclavos. En Colombia en 1821 se declara la libertad de partos y manumisión de esclavos, pero tan solo se cristaliza este anhelo humanitario en 1851 cuando se ordena la libertad

absoluta de los esclavos años antes de la guerra de secesión estadounidense, que terminó con la esclavitud en ese país.

* *Trata de blancas*

Se refiere al trafico efectuado con el cuerpo de las mujeres para usos sexuales deshonestos e inmorales y con ánimo de lucro o de niños para prácticas homosexuales. Las Convenciones de París de 1904 y 1910 lo reprimen y la conferencia de Ginebra de 1921 lo considero delito de represión universal.

* *El ecocidio*

Delito nuevo relacionado con las consecuencias irreversibles para el medio ambiente natural en que vive el hombre se planteó por primera vez durante la guerra en Vietnam. En 1977 se firmó la convención sobre la prohibición de utilizar métodos que modifiquen el medio ambiente ya con fines militares u hostiles.

* *El Biocidio*

Significa dar muerte a la vida - se encuentra en plena discusión - definiéndose como "la destrucción irreversible, antilegal del medio ambiente que implica la alteración de la seguridad internacional, afecta el bienestar y la salud no solo de la generación humana presente sino también de la futura - M. Guitsu - (Karpets pag. 45). La bomba de electrones, la denominada bomba pura realizaría el biocidio, por que exterminaría la humanidad.

* *El Terrorismo*

Consiste en provocar y mantener en estado de zozobra o de terror a la población mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o bienes o valiéndose de medios capaces de

causar estragos. Puede ser cometido por una o por varias personas; contra la sociedad, el estado, e incluso la persona individual atenta contra los derechos de la vida, integridad física, libertad y seguridad de las personas y bienes de la sociedad. Se plasmó como delito en la Declaración de la O.N.U. de 1970 y en el Proyecto para la represión y prevención del terrorismo en 1973.

* *La Piratería*

Constituido por las infracciones cometidas con o sin patente de corso en los mares ríos y lagos navegables sin objetivos políticos, afectando la seguridad social Internacional, menoscabando la propiedad y buscando el lucro personal, va acompañada de violencia física o moral. El pirata no puede buscar protección en su país, dado que existe la ficción que carece de nacionalidad, cayendo bajo la competencia del país que lo captura, quien ejerce por costumbre el jus puniendi. Atenta contra la existencia y la seguridad de los estados.

* *Provocación de un Peligro Común*

Consiste en la creación de una situación peligrosa para la vida, salud, o bienestar de la población.

* *Trafico de Drogas*

"Constituye un delito contra la salubridad e higiene tanto de los individuos particularmente considerados, como de las naciones, por los fines reprobables que este tráfico persigue con menos cabo de la salud colectiva de manera directa o indirecta" (Mendoza, pag. 34).

La Convención del Opio dispone lo relativo a producción, recolección, distribución, comercio, importación, exportación y venta legal supervisada para fines médicos y a personas autorizadas.

Las sustancias psico-activas tuvieron una connotación mágica y ritual

durante la época preeuropea de nuestra América. Durante el período colonial llegó a convertirse en algunos lugares en papel moneda pagándose con ella los jornales y los tributos.

El tabaco fue otrora pecado para la religión católica por convertir el dinero en humo; Inocencio X lo prohibió, Alejandro VII establece con su comercio un monopolio papal y Benedicto XII lo autoriza, dado que era fumador empedernido.

El Opio es convertido an monopolio Inglés en 1803, representando en 1839 el 34% del comercio con la India y el 41% en 1875, por ello entre 1840 y 1842 se desarrollan las guerras del Opio.

Bajo la influencia de la rígida moral Victoriana se crea en Londres en 1874 la sociedad para la suspensión del comercio del opio, que culmina con la firma en La Haya el 23 de enero de 1912 de la Convención Internacional del Opio. - Sus motivos fueron eminentemente étnicos -.

Valga la pena anotar que el tráfico de cocaína extrajo de los Estados Unidos en 1991 30 mil millones de dólares, lo cual "representa grave amenaza para nuestra seguridad nacional ..... un grave daño a la moral y al liderazgo de las comunidades de negocios y de justicia penal dentro de los Estados Unidos" (Varios pag. 168) declaró Ronald J. Caffey, jefe de la sección de investigación de la cocaína de la O.E.A.

La mafia, generalmente emparentada con este delito surge hace casi dos siglos en la isla de Sicilia, como organización patriótico - revolucionaria, frente a quienes querían esclavizar al pueblo; pero cayo en manos de delincuentes. Se le denomina también camorra en Italia, porra en América Latina y cossa nostra en Estados Unidos.

Las sumas de dinero que mueven son astronómicas baste tan solo señalar que el gángster japonés Yoshio Kodama obtuvo en 1975 veinte mil millones de yens en ingresos; 8600 por narco tráfico, 3800 por apuestas a las carreras, 8000 por chantajes, 300 por tratas de blancas, 100 por pornografía, entre otros, lo cual le permitió influir en los círculos políticos y comerciales de su país.

Para que pueda hablarse de delincuencia organizada requiere la comisión de delitos durante un tiempo prolongado de acuerdo a planes previamente elaborados por una organización de varias personas con

funciones claras y delimitadas.

El sujeto activo de estos delitos, puede ser el estado, o la persona individual o un grupo u organización de ellas.

Y el sujeto pasivo inmediato, será el estado o la colectividad o grupo directamente afectado, y el sujeto pasivo mediato será siempre la comunidad internacional; quien en algunos casos puede asumir ambas calidades, siendo el sujeto pasivo único de la infracción.

En cuanto a la antijurídicidad se trata "de una antijuridicidad material, en donde la acción vulneraría los bienes jurídicos protegidos por el orden internacional y esta modalidad podría presentar el caso de que el mismo hecho fuera ilícito frente a la norma internacional y lícito ante el orden jurídico nacional, situación en la cual prevalecería la primera. De hecho gran parte de la problemática planteada en los procesos de Nuremberg y Tokio se encuadra en esa perspectiva" - Quintano Ripolles - (Fierro, pag. 19).

La culpabilidad debe tenerse en cuenta, así como las circunstancias que la atenúen o la agraven y la personalidad del culpable. Igualmente dicha culpabilidad quedará exenta por error; pues es menester tener conciencia de la criminalidad del acto que se ejecuta.

La individualización del castigo es indispensable para la observancia plena de la legalidad internacionalidad; la pena debe aplicarse a un individuo concreto, las otras sanciones como las reparaciones civiles corresponden al estado como tal por los hechos ejecutados, amén de otras sanciones como ocupación de su territorio, pérdida parcial de éste, represalias e incluso la guerra.

En tanto se crea la Corte Internacional General y Permanente para los Crímenes de Lesa Humanidad, la competencia de los delitos corresponde así:

Al Derecho Internacional Público, concierne los crímenes contra la Paz.

Al Derecho Internacional Penal, los delitos que tienen origen en la comunidad internacional.

Al Derecho Penal Internacional las disposiciones elaboradas entre dos o más estados.

Y al Derecho Penal Común Interno, su propio derecho represivo.

BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDEZ LÓPEZ, Jorge Enrique. *Lecciones de Derecho Internacional*, Señal Editora, Medellín, 1996.

FIERRO, Guillermo J. *La Ley Penal y Derecho Internacional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

KARPETS, Igor. *Delitos de Carácter Internacional*, Editorial Progreso, Moscú, 1983.

MENDOZA ROBLEDO, Tania. *Derecho Penal Internacional*, Bogotá 1971 (Tesis Universidad Externado).

RAMÍREZ CÓRDOBA, Jesús. *La Ley Penal Colombiana ante el Derecho Internacional*, Casa de la Cultura Medellín, 1966.

TAFUR GONZÁLEZ, Donald Rodrigo. *El Derecho Penal Internacional*. Cali, 1969. (Tesis Universidad del Cauca).

VARIOS. *Temas de Derecho Penal Internacional* , Universidad Javeriana, Bogotá, 1991.

LUCIANO ANGELINI

L'ORDINAMENTO SINDACALE DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO.

I. Dal sindacato unico alla costituzione della Centrale sindacale unitaria attraverso l'evoluzione dei modelli di relazioni industriali***.

***Questo saggio riproduce, con ampi approfondimenti ed integrazioni di note, lo schema di una lezione tenuta il 25 novembre 1997 presso il Dipartimento di Diritto dell'Economia e dell'Impresa della Facoltà di Economia e commercio dell'Università degli studi di Genova.

Sommario: 1. Premessa. - 1.1. La realtà sammarinese. Sugli aspetti socio-economici. - 1.2 (segue). Sugli aspetti giuridico-istituzionali. - 1.3 (segue). La Dichiarazione solenne dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali della Repubblica.- 2. Le origini del movimento sindacale sammarinese. La costituzione "commissariale" della Confederazione sammarinese del lavoro. - 2.1. (segue). La nascita dell'Associazione degli imprenditori e degli artigiani. - 2.2. Il riconoscimento giuridico della Confederazione sammarinese. La legge 27 gennaio 1949, n. 1. - 2.3 (segue). Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva. - 3. Sui "fatti di Rovereta". La fine del sindacato unico. - 3.1. Il "nuovo" modello di relazioni industriali. - 4. La legge 17 febbraio 1961, n. 7 (*Tutela del lavoro e dei lavoratori*). - 4.1. Il riconoscimento giuridico dei soggetti sindacali. - 4.2. (segue). Il modello di contrattazione collettiva. - 5. Sulla c.d. "quota sociale". La regolamentazione legislativa del "pieno impiego". - 6. L'evoluzione del sistema di relazioni industriali tra la fine degli anni sessanta ed i primi settanta. La politica sindacale. - 7. Verso la riunificazione sindacale. La costituzione della Centrale sindacale unitaria. - 7.1. Il documento politico per l'unità sindacale. - 7.2. Strumenti, organizzazione ed obiettivi dell'"intesa costitutiva". - 7.3. Le strutture di base del sindacato unitario. I Consigli dei delegati. - 7.4. (segue). I Consigli di zona. - 8. Le prime difficoltà dopo la formalizzazione del processo unitario. - 8.1. La riorganizzazione dell'Associazione industriali.

1. Premessa

Rispetto al Diritto del lavoro in "senso stretto", dove legislazione e contrattazione collettiva fanno registrare un "tasso di omogeneizzazione" assai significativo, l'Ordinamento sindacale della Repubblica di San Marino, sia per i principi che lo informano sia per gli "attori" che lo animano, rivela a quanti vi si accostano l'originalità della sua formazione e del successivo consolidamento strutturale, originalità in gran parte legata alle fondamenta istituzionali ed alle dinamiche sociali di questo piccolo Stato che

dal 1301 vive e prospera nel cuore dell'Italia[1].

Prima di poter procedere ad una corretta comparazione tecnico-giuridica fra sistemi, in questo ancor più che in altri casi, è tuttavia necessario condividere alcuni "dati" ed informazioni che aiutino a ricostruire i contesti socio-economici in cui l'ordinamento (sindacale) sammarinese è stato prima originamente concepito ed è andato poi sempre più compiutamente consolidandosi, al fine di ricercare e comprendere le ragioni che stanno alla base di molte delle soluzione adottate e della loro efficacia, fino ad interrogarsi su una eventuale "esportabilità" in realtà profondamente diverse da quella indagata[2].

1.1. La realtà sammarinese. Sugli aspetti socio-economici

La Repubblica di San Marino è un piccolissimo stato sovrano ed indipendente. Il suo territorio è di 61 kmq, prevalentemente collinare, con attività agricole residuali, almeno dal 1960 in poi. La popolazione residente non raggiunge i 30.000 abitanti[3].

---

[1] M. Pelliconi, *Politica e società a San Marino in età contemporanea, 1943-1970,* in Casadei, Pelliconi, Rossi, Sabbatucci Severini, *Sindacato politica economia a San Marino in età contemporanea,* Quaderni del Centro di Studi Storici Sammarinese, n. 12, Ancona, 1995, p. 85 ss; T. Ballarino, *L'evoluzione della personalità internazionale di San Marino,* in *Studi Urbinati,* pp. 11-12, 32-41, 53 ss. V. anche L. Marmo, *Sulle<disposizioni generali> della Convenzione 31 marzo 1939 di amicizia e buon vicinato fra l'Italia e S.Marino,* in *Rivista di diritto internazionale,* 1940, pp. 305-315. Interessanti gli studi pubblicati nel volume *Storia e ordinamento della Repubblica di San Marino,* San Marino, 1982.

[2] Assai utile la lettura dei saggi di P. Persi, *San Marino: l'economia del micro-stato e la città capitale. Note geografiche,* in *Studi Urbinati,* n. 25, 1972-73, p. 287 ss; e di C. A. Campi, *L'influenza dell'area industriale di San Marino sui comuni limitrofi,* in *Atti del Convegno Tecn. Econom. sull'Appennino Tosco-Emiliano,* Bologna, 1967, pp. 263-265. Può vedersi anche L. Tonnini, *Le condizioni economiche e l'insediamento umano nella Repubblica di San Marino,* in *Boll. Soc. Geogr. It.,* 1948, pp. 284-294.

[3] Propone una breve sintesi storico-economica della realtà sammarinese N. Matteini, *La Repubblica di San Marino. Guida storica ed artistica della città e dei castelli,* San Marino, 1992, pp. 39-49.

L'attività industriale è caratterizzata da medie e piccole imprese industriali ed artigianali che producono ceramica, piastrelle, mobili, dolciumi, vini, liquori, vernici, tessuti e confezioni. Florido il piccolo commercio, legato al turismo, ma anche la grande distribuzione che beneficia dello speciale trattamento dell'Iva.

Il tumultuoso sviluppo economico che stravolge la vita sammarinese dagli anni sessanta in poi, dopo l'abbandono dei campi, va principalmente correlato ai vantaggi localizzativi acquisiti con la sovranità. Tra questi, è soprattutto la bassa tassazione a favorire la competitività delle iniziative produttive e commerciali che hanno sede nel territorio della Repubblica, le quali finiscono per attrarre risorse, distribuire benessere ed incentivare l'entità dei flussi commerciali con il territorio circostante[4].

San Marino non dev'essere tuttavia confuso con gli ormai pochi paradisi fiscali che sopravvivono nella nostra "vecchia" Europa[5]: nella Repubblica è insediato un vero e proprio sistema industriale e commerciale, caratterizzato da buona solidità finanziaria e da un discreto dinamismo, che ha conquistato piccole ma redditizie nicchie di mercato anche in importanti piazze internazionali (in part. ceramiche, mobile e tessile). Tale sistema assicura un'alta domanda di lavoro che i cittadini residenti - massicciamente impiegati nelle pubbliche amministrazioni - non possono integralmente soddisfare: da qui, la consistente percentuale di frontalieri italiani che quoti-

[4] Nomisma, *Traiettorie di sviluppo della Repubblica di San Marino*, Rapporto di ricerca, Dicastero dell'Industria, Artigianato e Cooperazione Economica, 1994, San Marino, pp. 5 ss. Cfr. L. Angelini, *Nuove tecnologie, organizzazione del lavoro, ruolo del Sindacato. Riflessioni giuridico-sindacali sulle realtà italiana e sammarinese alle soglie del 2000*, in L. Angelini e P. Pascucci (a cura di), *Le metamorfosi del lavoro in Italia e San Marino. Un inedito confronto fra vicini di casa*, Atti del convegno di Urbino, 14 aprile 1987, Napoli, 2000, pp. 100 ss.

[5] Su San Marino come possibile paradiso societario e fiscale v. P. Sabbatucci Severini, *Nel cuore dell'Italia. Economia e politica nelle relazioni Italia-San Marino, 1860-1960*, in Casadei, Pelliconi, Rossi, Sabbatucci Severini, *Sindacato....*, p. 187 ss, in part. pp. 230-231.

dianamente raggiungono il territorio del Titano per prestare il loro lavoro[6].

Il futuro del sistema industriale resta tuttavia incerto per il combinarsi di due possibili "prospettive" negative: la prima è legata all'investimento esterno, il cui flusso potrebbe interrompersi per cercare una diversa e più produttiva localizzazione (v. mercati dell'Est); la seconda attiene alle difficoltà di realizzare quegli investimenti strategici che la competitività internazionale (globalizzazione) esige, facendo altrimenti temere una lenta ma progressiva marginalizzazione[7] dall'intera area.

In questo contesto, potrebbe continuare a giocare un ruolo importante, così come ha fatto in passato - in veste di "ammortizzatore sociale", strumento di redistribuzione del reddito e di diffusione del benessere -, la pubblica amministrazione, la quale ha assunto - a voler considerare territorio e popolazione residente -, una dimensione strutturale ed organizzativa tanto consistente da trovare solo parziale giustificazione nel peso delle funzioni legate all'essere Stato[8].

Non si dovrebbe tuttavia dimenticare che lo Stato ha svolto fin dalla fine degli anni cinquanta la funzione di cardine del sistema economico, assumendo, con il ruolo di "primo imprenditore" della Repubblica, anche la responsabilità di garantire al sistema le necessarie relazioni "esterne" e l'accesso alle "informazioni" indispensabili per la competizione internazionale. E' evidente che questi obiettivi possono essere conseguiti soltanto attraverso una efficiente struttura amministrativa: da qui, il rapporto privilegiato che da sempre le forze economiche e sociali sono "costrette" ad

---

[6] CDLS, *Indagine sui lavoratori frontalieri nella Repubblica di San Marino. Aspetto storici e sociologici*, Ufficio Studi e Formazione, San Marino, 1995.

[7] E. Mularoni, *Esigenze dell'impresa e flessibilità dei rapporti di lavoro, Intervento*, in L. Angelini e P. Pascucci (a cura di), *Le metamorfosi...*, p. 39 ss.

[8] I dipendenti della pubblica amministrazione sono circa 4000 e costituiscono ben il 15% della popolazione residente, nonché il 30% della popolazione attiva. Il costo dell'intero apparato raggiunge l'82% del bilancio pubblico, di cui il 20% è assorbito dagli oneri retributivi. Cfr. D. Gasperoni, *Efficienza della pubblica e politiche di privatizzazione, Intervento*, in L. Angelini e P. Pascucci (a cura di), *Le metamorfosi...*, p. 62 ss.

intrattenere con l'intero apparato delle pubbliche amministrazioni[9].

1.2 (segue). Sugli aspetti politico-istituzionali

Lo Stato sammarinese si compone di organi legislativi ed amministrativi, tutti collegiali, e di organi giudiziari, tutti individuali[10]. Anche la Presidenza della Repubblica è affidata ad un organo collegiale, i Capitani reggenti, con mandato semestrale[11]. Ad essi è attribuito il potere di adottare - sentito il parere del Congresso di stato - decreti con forza di legge senza limite di materia purché ne sia ravvisata l'urgenza, decreti che dovranno poi essere sottoposti alla ratifica del Consiglio entro tre mesi, a pena di decadenza[12].

Organo esecutivo è il Congresso di stato, con potere di iniziativa legislativa, la cui presidenza spetta alla Reggenza, la quale, pur privata di funzioni deliberative, ne esercita il coordinamento, la direzione e l'impulso. Esso si compone di un numero variabile di Segretari di stato, tutti nomi-

---

[9] Nomisma, *Traiettorie*...., pp. 43-45: il "nodo" della pubblica amministrazione - in particolare del suo costo e della sua efficienza - si presenta come centrale per il futuro sviluppo del paese.

[10] Fatta eccezione per alcune residuali funzioni di tipo giurisdizionale attribuite al Consiglio dei XII, che assume il ruolo di organo di III istanza nelle cause civili, secondo il sistema della "doppia conforme": R. Bonelli, *Gli organi dei poteri pubblici nell'ordinamento della Repubblica di San Marino*, San Marino, 1984, p. 71 ss. Cfr. N. Matteini, *La Repubblica*..., pp. 40-44.

[11] Sugli organi istituzionali dello Stato sammarinese v. L. Lonfernini, *Elementi di diritto pubblico sammarinese*, San Marino, 1994, pp. 95 ss, e R. Bonelli, *Gli organi* ..., pp. 9-17. In merito ai diversi interventi di riforma che hanno segnato l'evoluzione dei pubblici poteri a San Marino, in part. dalla legge 22 marzo 1945, v. D. Gasperoni, *Il Congresso di Stato*, San Marino, 1995, p. 44 ss.

[12] Da questi vanno tenuti distinti i c.d. decreti delegati assunti dai Capitani reggenti su delega del Consiglio, i quali hanno contenuto di regolamento o anche di aggiornamento dispositivo di legge, entrambi da sottoporre entro tre mesi alla ratifica da parte dello stesso Consiglio: L. Lonfernini, *Elementi*..., pp. 67-68.

nati direttamente dall'organo di indirizzo politico e legislativo (Consiglio grande e generale)[13]. Per la durata della legislatura, un quinquennio, il Consiglio esercita il controllo - tramite l'iniziativa dei suoi singoli membri con interrogazioni, interpellanze e mozioni - dell'attività del Congresso[14]. E' possibile che sia revocato l'incarico al Congresso, ma è sconosciuto lo strumento della sfiducia.

Il Consiglio grande e generale deve inoltre provvedere anche alla nomina dei componenti delle diverse Commissioni consigliari che caratterizzano il complesso ed articolato apparato istituzionale dello Stato sammarinese. Si tratta di un fenomeno non ben delineato, che da sempre pone delicati problemi relativi alla tipologia delle relazioni intrattenute dai suoi organi ed alle loro rispettive competenze, cui è necessario collegare le conseguenti responsabilità. Esse esercitano una pluralità di funzioni, tra cui si annoverano attività consultive, deliberative, di controllo e di studio. La legge sui pubblici poteri del 1945 ha tentato di delinearne una prima articolata regolamentazione, sulla base della quale le Commissioni sono state collocate in posizione di subordine rispetto al Congresso di stato ed ai singoli segretari, pur continuando ad operare in condizione di ampia autonomia che deriva loro dall'essere per la stragrande parte di emanazione consigliare. Sulla funzionale distribuzione dei poteri fra Congresso e Commissioni, decide il Consiglio con legge ordinaria[15].

Tra le Commissioni che più interessano il giuslavorista, va sicura-

---

[13] Il sistema è monocamerale: l'Assemblea legislativa è composta da sessanta membri; i seggi vengono attribuiti con sistema proporzionale e la legislatura ha una durata di cinque anni.

[14] Per agevolare i lavori parlamentari sono state istituite delle Commissioni politico-consigliari (su cui, *infra*), di tipo permanente o straordinario, le quali tuttavia non possono mai riunirsi in sede legislativa. Sono state altresì previste dall'art. 14 della legge 11 marzo 1981, n. 21, anche Commissioni d'inchiesta dotate degli stessi poteri d'indagine spettanti al giudice istruttore penale (acquisizione documenti, esame testi). Cfr. L. Lonfernini, *Elementi...*, pp. 103 ss.

[15] La legge 13 aprile 1976, n. 13 ha istituito sei Commissioni permanenti - che possono riunirsi in sede referente o in sede consultiva - con funzioni di indirizzo, di controllo e di informazione dell'attività del governo, formate su base proporzionalistica rispetto ai

mente menzionata quella di collocamento, in quanto titolare di ampie funzioni consultive, di controllo ed esecutive in materia di avviamento al lavoro[16]. Essa stabilisce i criteri di attuazione della politica di avviamento; elabora le previsioni occupazionali; esprime pareri sui programmi di formazione professionale; dà istruzioni all'Ufficio di collocamento in ordine alla soluzione di specifici problemi; vigila sull'attuazione della legge e dei regolamenti, avvalendosi della collaborazione dell'Ispettorato del lavoro; delibera sulle richieste datoriali per l'assunzione di personale direttivo o specializzato di fiducia. Inoltre, invia al Consiglio grande e generale, entro il 30 marzo di ogni anno, una relazione sullo stato dell'occupazione nella Repubblica. La sua composizione vede la presenza, in qualità di presidente, del Segretario al lavoro, di due membri designati dal Consiglio, di quattro membri designati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e di due membri indicati da quelle datoriali, oltre ai titolari degli Uffici del lavoro, di collocamento e di programmazione, che possono esprimere soltanto voti consultivi.

L'Amministrazione della giustizia è affidata a giudici non sammarinesi, fatta eccezione per i conciliatori con competenza inferiore ai 25 milioni; tutti i giudici formano il Consiglio giudiziario - presieduto dal Segretario alla giustizia -, che è organo di autogoverno della magistratura. Per quanto in particolare concerne il processo del lavoro, questo prevede una preventiva fase di conciliazione obbligatoria presso la Commissione permanente conciliativa[17].

---

vari gruppi consigliari, delle quali fanno parte sia membri del Consiglio sia cittadini iscritti nelle liste elettorali, con la partecipazione, in qualità di relatori, dei componenti il Congresso di Stato, ogni qual volta all'ordine del giorno siano trattati problemi concernenti i Dicasteri di cui sono titolari. Molti sono i provvedimenti legislativi che hanno soppresso ed istituito tali Commissioni, perseguendo l'obiettivo tutto politico di migliorare l'operatività ed il buon funzionamento del Consiglio grande e generale.

[16] R. Bonelli, *Gli organi....*, pp. 97-98.

[17] Il magistrato del lavoro deve pertanto essere considerato giudice di "secondo grado": v. Commissario della legge 8 febbraio 1964, causa n. 484/62, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1965, n. 2, p. 229 e ID, 26 novembre 1965, causa n. 238/63, in *ivi*, n. 58, p. 305; ID 15 novembre 1966, causa n. 120/63, in *ivi*, n. 74, p. 340. Il titolo II della legge 17 febbraio 1961, n. 7 dedicato alle controversie di lavoro è stato abrogato e sostituito dalla legge 20 maggio 1985, n. 63. V. L. Lonfernini, *Elementi...*, p. 138.

Dal punto di vista degli enti locali, il territorio sammarinese è suddiviso in nove Castelli, che corrispondono alle vecchie circoscrizioni parrocchiali della Repubblica: ogni castello è amministrato da una Giunta presieduta da un Capitano, eletto ogni 5 anni[18].

1.3. (segue). La Dichiarazione solenne dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali della Repubblica

La Dichiarazione solenne dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali proclamata dal Consiglio grande e generale l'8 luglio 1974[19], non può essere formalmente considerata una vera e propria Carta costituzionale: tuttavia, i valori che esprime e la particolarità della procedura di revisione cui devono essere sottoposte le sue disposizioni - a maggioranza dei due terzi dei componenti il Consiglio -, le hanno fatto giustamente acquisire un rilievo tutto particolare nell'ambito del sistema istituzionale sammarinese[20], come si evince dal dettato del secondo comma dell'art.16, in cui si precisa che qualora il giudice ravvisi la possibile illegittimità di una norma rispetto ai principi sanciti nella stessa Dichiarazione - ai sensi e per gli effetti del Regolamento approvato con la legge 19 febbraio 1989, n. 4[21] -, può chie-

---

[18] L. Lonfernini, *Elementi...*, pp. 123-124; R. Bonelli, *Gli organi...*, pp. 85 ss.

[19] Il testo della Dichiarazione dei diritti e dei principi dell'Ordinamento sammarinese è integralmente pubblicata in E. Lonfernini (a cura di), *La legislazione sammarinese del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato privato*, Rimini, 1993, pp. 13-15.

[20] La considera una legge puramente enunciativa, priva di effetti sull'ordinamento, G. Giardi, *Il diritto sindacale e del lavoro nella Repubblica di San Marino*, San Marino, 1999, p. 15, in part. nota n. 10; la definisce un importante atto di modernizzazione delle strutture entro le quali si svolge la vita pubblica M. Pelliconi, *Politica...*, p. 122. La Dichiarazione costituisce la solenne traduzione in legge della parte conclusiva della Relazione presentata l'8 marzo 1972 al Consiglio Grande e Generale dalla Commissione insediata per studiare le problematiche istituzionali del sistema sammarinese: v. *Relazione della Commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell'Ordinamento Sammarinese*, Roma, 1972, pp. 143-148.

[21] Anch'esso pubblicato in E. Lonfernini (a cura di), *La legislazione...*, pp. 16-17.

dere al Consiglio grande e generale di esprimersi su tale presunta illegittimità, sentito il parere di esperti.

Per quanto riguarda specificamente il diritto del lavoro, i principi relativi sono contenuti negli artt. 8 e 9. Nella prima delle due disposizioni si riconosce il diritto dei cittadini di associarsi con metodo democratico in partiti politici e sindacati. La norma va posta a confronto con il precedente art. 6, il quale attribuisce il diritto di riunione e di associazione. Al di là dell'evidente volontà di tenere ben distinti il diritto di associarsi in partiti e sindacati rispetto ad altri fini comunque meritevoli di tutela giuridica, non può non rilevarsi come il legislatore sammarinese abbia voluto conferire pari "dignità istituzionale" a partiti e sindacati, quando per la loro costituzione sia stato seguito il metodo democratico[22].

La disposizione dettata nell'art. 9, invece, tratta del lavoro come diritto-dovere di ogni cittadino e riserva alla legge il compito di assicurare (al lavoratore) l'equa retribuzione, le ferie, il riposo settimanale e il diritto di sciopero. Nel secondo comma si ribadisce il diritto alla sicurezza sociale[23].

2. Le origini del movimento sindacale sammarinese. La costituzione "commissariale" della Confederazione sammarinese del lavoro

Fino ai primi anni del secondo dopoguerra, a San Marino non è esistita un'organica legislazione relativa al rapporto di lavoro ed all'organizzazione sindacale. L'Ordinamento della Repubblica limitava le sue previ-

[22] Come più chiaramente si evince dall'analisi del documento politico per l'unità sindacale del 21 febbraio 1976, istituitivo della CSU, su cui *infra*. Merita ricordare che per quanto riguarda i partiti, strutturati in forma associativa con propri Statuti e regolamenti, nella legislazione sammarinese non esiste alcuna particolare normativa direttamente indirizzata a disciplinare la loro organizzazione, a differenza dei Sindacati, che sono riconosciuti e regolati giuridicamente dalla legge 7 febbraio 1961, n. 7, su cui, ampiamente, v. § 4.

[23] L. Angelini, *Nuove tecnologie...*, pp. 63-64.

sioni a poche e frammentate norme previdenziali per l'infortunistica, emanate sulla base di apposite convenzioni stipulate con gli istituti (previdenziali) italiani[24]. La mancanza di una codificazione di diritto privato, in particolare, ha fatto sì che anche nel rapporto di lavoro vigessero le poche (ed inadeguate) norme del diritto statutario, integrate dal diritto comune[25].

A fronte di una industrializzazione assai limitata, questo periodo è contrassegnato da una modestissima presenza organizzata di lavoratori dipendenti[26], che va in gran parte collocata nel contesto delle movimentate vicende politiche che animano la vicina Romagna, dalla quale giungono molti profughi costretti alla fuga per le loro attività socialiste, anarchiche e sovversive[27].

Sarà proprio l'inconsistenza del movimento sindacale ad indurre il

[24] Mi riferisco alla legge 18 luglio 1914 e sue successive modificazioni (LL. 28 ottobre 1928, 10 marzo 1934, 4 gennaio 1939), brevemente commentata in G. B. Curti-Pasini, E. Sanza, *Principi elementari del diritto privato della Repubblica di S. Marino*, San Marino, 1939, p. 99.

[25] *Amplius*, G. B. Curti -Pasini, E. Sanza, *Principi...*, pp. 55-56, in cui si analizza la disciplina statutaria dell'enfiteusi e del contratto di locazione d'opera. A proposito del contratto di colonia, già disciplinato nel c.d. *Statuto agrario* approvato il 14 agosto 1813, va rammentata l'approvazione di un "nuovo" patto colonico (L. 24 novembre 1923), integrato da più decreti successivi, a riprova della rilevanza assunta dall'istituto in quegli anni (pp. 83-87). Cfr. *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Firenze, 1895, in particolare Lib.II, Rubb. 35 (*Del tempo dentro il quale si possono chiedere i salari e le mercedi*), 36 (*Del modo di procedere sopra i debiti per lavoro e mercede*), 37 (*Dei locatori e dei conduttori delle opere*), 38 (*Del servo che parte dal padrone prima del tempo convenuto, e del padrone che licenzia il servo prima del tempo*), 98 (*Dei lavoratori delle terre ed in qual maniera siano tenuti a coltivarle e lavorarle*), 99 (*Dei lavoratori delle vigne*): *V. anche Lib. V, Rub.* 34 (*Della pena di chi lavora nei giorni festivi*).

[26] M. Monti, *La nascita dell'industria a San Marino negli anni quaranta: il settore della ceramica*, in *Studi sammarinesi*, 1987, p. 225 ss.

[27] M. Nanni, *Prefazione alla prima edizione*, in A. Carattoni, *Novecento memoria e futuro. La storia della Confederazione sammarinese del lavoro*, San Marino, 1994, p. 6. V. anche i saggi di C. Buscarini, *Prime forme di organizzazione del movimento operaio nella Repubblica di San Marino*, in *Aa.Vv.*, Movimento e società industriale in Europa 1870-1970; F. Casadei, *Tra Romagna e San Marino. Politica, cultura e aspetti organizzativi nei primi anni del movimento operaio*, in Casadei, Pelliconi, Rossi, Sabbatucci Severi, *Sindacato...*, pp.11, 26, 3; L. Rossi, *Fra primo e secondo dopoguerra: attività politica e sindacale*,

Governo provvisorio di salvezza nazionale insediatosi dopo la caduta del Fascismo avvenuta il 28 luglio 1943[28] , a nominare un Commissario incaricato di organizzare la costituzione di un'associazione sindacale sammarinese autonoma, che prenderà successivamente il nome di Confederazione sammarinese del lavoro[29] . La designazione del commissario governativo - nella persona di Gino Giacomini, una delle figure di maggior spicco del socialismo sammarinese - costituisce la prima tappa di quel pur breve processo che porterà al successivo riconoscimento giuridico dell'associazione (1949), riconoscimento che da allora contraddistinguerà l'Ordinamento sindacale della Repubblica[30] .

---

in *ivi*, pp. 43, 54,58. Il regime fascista sammarinese aveva reso impossibile la sopravvivenza della Camera del lavoro di San Marino sorta ufficialmente il 5 febbraio 1920, come sezione della Camera del lavoro di Forlì. Nel 1921 si registra anche la presenza dell'Unione del lavoro, che organizza prevalentemente le leghe contadine. V. anche CSdL, *CSdL 50 anni*, San Marino, 1993, p. 5.

[28] Il proclama con cui la Reggenza dichiara lo scioglimento del Partito fascista sammarinese e del Principe e sovrano Consiglio dei LX - sostituito in via provvisoria da un Consiglio di stato composto da venti cittadini - viene emanato dopo che i vari movimenti di opposizione riunitisi nel Comitato delle libertà avevano convocato un'assemblea popolare per chiedere le dimissioni del Governo. E' interessante ricordare che soltanto qualche mese prima (4 aprile 1943) quella stessa Reggenza aveva nominato il segretario e i membri della direzione del partito fascista, essendo diventato (8 ottobre 1933) suo compito istituzionale nominarne o confermarne semestralmente gli organi dirigenti. Fondato il 10 agosto 1922, il Partito fascista aveva partecipato alle elezioni del 4 marzo 1923 in una lista unica concordata composta da 30 fascisti, 20 popolari e 10 democratici. Nelle successive elezioni dell'11 novembre 1926, i fascisti presenti nella lista unica erano ben 45. Dopo lo scioglimento, il partito fascista verrà ricostituito il 4 gennaio 1944: L. Rossi, *Fra primo...*, p. 67; cfr. anche F. Balsimelli, *Elementi di diritto pubblico sammarinese*, San Marino, 1966, p. 79.

[29] CSdL, *CSdL 50 anni....*, p. 7: solo nel 1944 la CSdL riuscirà a darsi una vera e propria struttura dirigenziale, un Comitato esecutivo, assistito da un consistente numero di delegati di categoria. V. anche L. Rossi, *Fra prima...*, p. 68 ss.

[30] Data la situazione di ristrettezza della struttura industriale, di chiara prevalenza dell'attività agricola e di scarsa burocratizzazione, l'attività del commissario Giacomini fu diretta a privilegiare la costituizione delle "leghe locali", in particolare di quelle composte da mezzadri, denominate "coloniche", che verranno formalmente fondate soltanto il 13 maggio 1945. L'impostazione che venne data al sindacato fu quella di una organizzazione mutualistica, secondo il tradizionale modello socialista prefascista: A. Carattoni, *Novecento...*, pp. 23-24; M. Pelliconi, *Politica...*, p. 91, 93 ss.

Più che per sfiducia nella possibilità di una nascita spontanea e nella capacità di vita autonoma, la scelta della costituzione "pilotata" e del successivo riconoscimento giuridico dell'unica organizzazione sindacale dei lavoratori subordinati testimonia la manifesta volontà del Consiglio grande e generale - primo responsabile della difesa della sovranità e dell'indipendenza del paese - di porre sotto controllo tutte le possibili dinamiche dello sviluppo sociale ed economico[31] . Del resto, per quanto concerne il profilo strettamente sindacale, l'unico vero interlocutore del neonato movimento non poteva che essere il Governo, dai cui stanziamenti per le forniture di beni e servizi e la realizzazione delle opere pubbliche dipendeva il sostentamento di un significativo nucleo di piccoli artigiani organizzati in cooperative, o di nullafacenti, beneficiari di un minimo sussidio giornaliero, proporzionato al rispettivo carico familiare[32] .

Il collegamento fra Sindacato e Governo diventerà ancora più stretto con l'assunzione del potere da parte delle sinistre unite, dopo le elezioni dell' 11 marzo 1945[33] . Da allora, il ricorso alla spesa pubblica come strumento di "ammortizzazione sociale" divenne sistematico. Nonostante i rigorosi vincoli di bilancio, l'impiego dei senza lavoro nei c.d. "cantieri dello

---

[31] L'esigenza di rafforzare il consenso ed organizzare il sostegno sociale alle nuove istituzioni democratiche viene acuita dal difficile momento storico: il Consiglio grande e generale insediato con le elezioni del 5 settembre 1943, tenutesi in base ad una lista unica concordata, aveva sì nominato un Congresso di Stato composto in maniera paritaria dai due movimenti politici del centro e della sinistra, ma per i pericoli connessi alle conseguenze dell'occupazione tedesca avvenuta dopo l'armistizio dell'8 settembre, era stato "costretto" a stringere un patto di "pacificazione"delegando per oltre un anno gran parte dei suoi poteri ad un Consiglio di stato composto da alcuni membri facenti parte del rinato Partito fascista (23 settembre 1944): Cfr. D. Gasperoni, *Il Congresso ....*, pp. 64-68.

[32] A. Carattoni, *Novecento...*, pp. 24-25.

[33] Con le dimissioni della maggioranza dei Consiglieri di sinistra (10 febbraio 1945), la Reggenza è costretta ad indire le elezioni che vedranno confrontarsi due liste, rispettivamente promosse dal Comitato delle libertà e dall'Unione democratica, elezioni che segneranno la fine delle c.d. alleanze di "salute pubblica". Il 29 luglio 1945 la CSdL tenne il primo Comgresso, nell'ambito del quale essa formalizzerà definitivamente la sua identità statutaria. Cfr. L. Rossi, *Fra prima...*, pp. 72 ss.

Stato" - indubbiamente necessari all'opera di ricostruzione del paese[34] - assunse ben presto dimensioni rilevantissime[35] .

Anche in ragione di ciò, la Confederazione sammarinese del lavoro non potrà non dare pieno sostegno alle forze politiche di maggioranza[36] . I rapporti diverranno ancora più stretti dopo il 1948, quando l'Italia, in cui avevano vinto le elezioni i partiti di centro, porrà in essere atti di crescente ostilità verso una Repubblica, politicamente e sindacalmente dominata dai "rossi", situata all'interno dei suoi stessi confini. In un così difficile contesto, per il Governo sammarinese godere dell'appoggio incondizionato del Sindacato era diventato indispensabile, dovendosi gestire una situazione economico-sociale che avrebbe potuto deteriorarsi pericolosamente[37] . Ciò spiega, almeno in parte, anche il riconoscimento della personalità giuridica e delle funzioni di "natura pubblica"allo stesso Sindacato affidate - prima fra tutte quella collocatoria - , per le quali gli verrà erogato un contributo

---

[34] Il governo cercherà anche di attuare una politica di "attrazione industriale" puntando sulla concessione di agevolazioni ed esenzioni fiscali diffuse, e sull'offerta di abbondante manodopera a bassissimo costo. Tale politica - regolamentata dalla Convenzione di amicizia e buon vicinato stipulata con l'Italia il 31 marzo 1939 (sulla quale, v. T. Ballarino, *L'evoluzione...*, pp. 34-39) - porterà il numero degli impianti industriali dalle venti unità del 1945 ad oltre sessanta nel 1954: così, P. Persi: *San Marino: l'economia...*, pp. 299-300.

[35] CSdL, *CSdL 50 anni...*, 17: nel 1951, gli operai dei cantieri statali erano suddivisi in 10 categorie con differenze salariali poco rilevanti, ma già nel 1953 il rapporto retributivo delle 11 categorie esistenti era passato da 1 a 2,4. Successivamente, nel 1958, le categorie diventeranno ben 16, con retribuzioni comprese da un minimo di 103 lire ad un massimo di 215 lire orarie. V. M. Pelliconi, *Politica...*, p. 101 ss. I cantieri del "pieno impiego" sviluppano un'esperienza che già negli anni del fascismo aveva visto alcune decine di braccianti (inoccupati) utilizzati in opere di pubblica utilità.

[36] A. Carattoni, *Novecento...*, p. 34 ss: rispetto al governo ed al Comitato della Libertà, la Confederazione mantenne una posizione di quasi collateralismo, collateralismo che rappresenta un fattore frenante e riduttivo delle lotte sociali.

[37] Visto che l'assoluta priorità per la stragrande parte dei lavoratori era quella di riuscire ad assicurarsi una fonte di sostentamento, la funzione collocatoria avrebbe potuto consentire al Sindacato di allargare il proprio consenso, da mettere poi "a disposizione" del Governo.

finanziario con ammontare da stabilirsi annualmente (L. 27 gennaio 1949, n. 1)[38].

2.1 (segue). La nascita dell'Associazione degli imprenditori e degli artigiani

Non bisogna poi dimenticare che il 18 novembre 1945 si era costituita anche l'Associazione degli imprenditori e degli artigiani sammarinesi, il cui statuto verrà formalmente approvato dal Consiglio dei XII il 27 febbraio 1946[39]. Lo scopo dell'associazione era quello di migliorare la tutela degli interessi di categoria favorendo un clima di fattiva collaborazione col governo, in un momento in cui tutte le forze sociali venivano chiamate a stringersi fra loro per contribuire alla rinascita ed al benessere del paese[40]. Almeno inizialmente, la politica sindacale sarà quasi esclusivamente monopolizzata dalle relazioni con il Governo, soprattutto per la realizzazione delle infrastrutture necessarie e per garantire la disponibilità degli approvvigionamenti (materie prime, beni strumentali, energia elettrica)[41].

Tra le maggiori deficienze strutturali lamentate dagli imprenditori sammarinesi andava certamente compresa anche la difficile reperibiltà di manodopera specializzata. Il mercato sammarinese offriva per lo più brac-

---

[38] L. Rossi, *Fra primo...*, p. 81.

[39] Il testo dell'Atto di riconoscimento giuridico concesso dal Consiglio dei XII è pubblicato in Anis, *Da 50 anni....*, p. 11.

[40] Promosso da un primo Comitato di soli sei membri, il progetto associativo raccolse immediatamente l'adesione di 25 imprenditori artigiani e di 17 industriali: Anis, *ivi*, p. 10 ss.

[41] Mancavano, in particolare, legname, vetro, carbone, olii vegetali, gomme, solventi, carburanti e lubrificanti. Il reperimento di tali materiali dipendeva dai contingenti in arrivo dall'Italia: ogni imprenditore, a cadenze fisse, era tenuto a specificare l'ammontare del suo fabbisogno al Governo che, censite tutte le richieste, le dirottava cumulativamente a Roma, dove, per via diplomatica, ci si accordava sulla composizione e sulla consistenza delle forniture. V. Anis, *Da cinquant'anni...*,p.10 ss; M. Pelliconi, *Politica...*, p. 88.

cianti non qualificati - categoria decisamente in esubero rispetto alle capacità di assorbimento del mercato -, in particolare fabbri, falegnami, conciatori, muratori, cementieri e personale delle industrie alimentari[42] : da qui prenderà origine il fenomeno del frontalierato, vale a dire l'afflusso sempre più consistente di forza lavoro qualificata e specializzata dalle aree italiane limitrofe.

Dopo alcuni anni di scarsa "visibilità", l'Associazione tenterà di rilegittimarsi sulla scena politico-sociale decidendo di integrare al suo interno, come parte costitutiva a pieno titolo, anche l'ampia categoria dei commercianti. L'allargamento strategico del suo ambito di rappresentanza - che sarà formalmente deciso nell'assemblea del 19 aprile 1948 - esigerà un profondo rinnovamento degli organi direttivi e dello statuto dell'associazione che da allora prenderà il nome di *Unione degli industriali, degli artigiani e dei commercianti*[43] .

2.2. Il riconoscimento giuridico della Confederazione sammarinese. La legge 27 gennaio 1949, n. 1

Dopo la solenne affermazione che l'organizzazione sindacale e professionale nella Repubblica è libera, l'art. 3 della legge del 27 gennaio 1949, n. 1[44] , sancisce solennemente che agli effetti della funzione rappresentati-

[42] Anis, *Da 50anni...*, p. 12: il mercato del lavoro presentava tutte le distorsioni tipiche di un'economia post-bellica, tra cui "in particolare" l'emigrazione e l'assistenzialismo pubblico.

[43] Anis, *Da 50 anni...*, p. 14 ss: l'ambizioso progetto destinato a realizzare l'unità organizzativo-rappresentativa degli interessi di tutta la categoria imprenditoriale entrerà quasi subito in crisi a causa del rapido consolidamento del comparto industriale. La disarticolazione dell'Unione - il cui commissariamento, unitamente al riconoscimento di un ampio decentramento autonomistico, verrà deliberato dall'assemblea generale del 18 novembre 1951 - sarà tuttavia rinviata per il grave deterioramento dei rapporti con l'Italia causato dall'apertura del Casinò e dal conseguente "blocco" dei confini della Repubblica operato dalle forze di polizia italiane che si protrarrà per quasi due anni.

[44] Legge 27 gennaio 1949, n. 1, in *Boll. uff. Rep. San Marino*, 30 gennaio 1949, n. 1/49.

va deve (doveva) intendersi riconosciuta (soltanto) la Confederazione sammarinese del lavoro[45].

La *ratio* e le finalità perseguite dalla legge sono ancora più esplicite negli articoli a questo precedenti. Nel primo, il Governo viene indicato come il garante della classe lavoratrice e di quella produttrice: in detto ruolo, esso deve valutare, nel rispetto delle leggi statutarie, le complesse esigenze della vita socio-economica, per realizzare, con l'uguaglianza delle forze produttive, il fine ultimo della giustizia sociale. Al di là dei toni da "preambolo", la disposizione conferma l'importanza che il controllo del sistema economico riveste per l'ordinamento sammarinese, e indica gli obiettivi - l'uguaglianza delle forze produttive e la giustizia sociale - dai quali tale controllo è allo stesso tempo legittimato e finalizzato[46].

Preoccupato di evitare che la disposizione sia una delle tanto solenni quanto inefficaci proclamazioni di buoni principi, il legislatore aggiunge (art. 2) un'elencazione esplicativa - di chiara natura programmatica - di alcuni degli interventi che possono dare concretezza ai richiamati obiettivi di uguaglianza e di giustizia sociale. Al primo posto compare la predisposizione di un disegno organico di assicurazioni sociali destinate a tutelare la salute, l'igiene sul lavoro e la protezione sociale. Nell'articolo si precisano anche le tipologie assicurative da istituire: malattia, infortuni, vecchiaia, per la gravidanza ed il puerperio, per la disoccupazione involontaria di lavoratori con un reddito non superiore ad un determinato ammontare[47]. A ciò si aggiun-

[45] La Confederazione sammarinese del lavoro assunse con la rappresentanza legale di tutti i lavoratori, anche la responsabilità della gestione-organizzazione delle diverse cooperative di produzione e lavoro, delle cooperative di consumo e dei circoli di ritrovo dei lavoratori.

[46] A. Carattoni, *Novecento....*, pp. 119-120: la logica "dirigistica" della legge esprime la volontà di tutelare - anche attraverso accordi-quadro fortemente centralizzanti, che lasciano scarsa autonomia alle istanze territoriali - una classe operaia ancora troppo debole sul piano sociale; l'unico terreno sul quale le forze progressiste avevano raggiunto l'egemonia era stato allora quello istituzionale.

[47] Nell'art. 21, co. 1, si precisa che fino alla promulgazione della legge sulle assicurazioni sociali nei casi di malattia, di gravidanza o di puerperio è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione piena per i periodi stabiliti nell'allegata tabella C. Sono predeterminati i periodi di comporto.

gono interventi di assistenza medica, famaceutica, ospedaliera, ambulatoriale.

L'ultimo comma dell'art. 2 prevede che il descritto progetto - per molti aspetti simile a quello vigente in Inghilterra - dovrà essere finanziato mediante l'imposizione di contributi obbligatori a carico di datori e lavoratori, congruamente integrati da un sostegno dello Stato[48]. A proposito di detti contributi, l'art. 26 più specificamente dispone che dovranno essere commisurati rispettivamente al reddito, agli stipendi od alle retribuzioni, e che il loro versamento rimarrà obbligatorio anche nel caso della stipulazione di apposite assicurazioni private destinate alla copertura dei medesimi rischi. Nel caso di mancato adempimento da parte del datore - che sarà tenuto al risarcimento del danno ed al pagamento delle sanzioni previste -, i benefici di legge sono comunque dovuti al lavoratore[49].

2.3 (segue). Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva

Il legislatore dedica all'individuazione dei soggetti che possono stipulare i contratti collettivi gli artt. 4 e 5, nel primo dei quali viene sancito che gli operai di tutte le categorie, gli impiegati pubblici e privati, i coloni, i dirigenti di imprese industriali ed esercenti il credito e le assicurazioni si costituiscano nella Confederazione sammarinese del lavoro. Le diverse categorie di lavoratori indicate possono eventualmente aspirare ad una forma di autorganizzazione purché ciò si realizzi all'interno dell'unica Confederazione riconosciuta.

Per difendere i propri interessi collettivi, anche imprenditori, enti pubblici e privati e datori di lavoro in genere[50] possono costituirsi in una

[48] Anche i proprietari terrieri sono tenuti al versamento dei contributi sia per i coloni che per gli operai agricoli, non rilevando l'eventuale pagamento a cottimo della retribuzione loro spettante.

[49] L'istituzione di un sistema di sicurezza sociale verrà formalmente approvata con la legge 29 marzo 1950, n. 10.

[50] L'art. 5, co. 2, recita che *ad ogni effetto per datore di lavoro si intende chi esercita professionalmente una attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi, e si avvale di prestatori d'opera retribuiti per l'esercizio di tale attività.*

Unione (art. 5). A differenza di quanto disposto per la CSdL (artt. 3 e 4), lo statuto di tale Unione dovrà essere opportunamente sanzionato dal Consiglio grande e generale: il che equivale a dire che, mentre si riconosce la struttura organizzativa che la Confederazione sammarinese si è data[51], non altrettanto viene deciso per l'Unione imprenditori, sorta del tutto autonomamente dall'*imput* e dal controllo governativo. La scelta appare del tutto comprensibile alla luce delle ricordate finalità della legge: in considerazione delle nuove funzioni attribuitele, la rappresentatività dell'Unione non poteva non essere "vagliata" dal supremo organo di direzione politica dello Stato.

Non diversamente dalla CSdL, l'Unione costituisce l'organizzazione unica a cui partecipano, distinte in Unioni o Associazioni, le singole categorie di imprenditori industriali, commerciali, agricoli, imprese bancarie e finanziarie[52]. I piccoli imprenditori[53] - tali sono considerati i coltivatori diretti, i piccoli artigiani e commercianti - potranno concorrere a formare un'Associazione promiscua che ne rappresenterà gli interessi, ed il cui Statuto dovrà essere anch'esso sanzionato dal Consiglio grande e generale[54].

Alle disposizioni concernenti la "libertà" di organizzazione sindaca-

---

[51] La diversa disciplina tiene conto del fatto che, a differenza dell'Associazione imprenditori, la Confederazione sammarinese del lavoro si era costituita su iniziativa del Governo, che aveva nominato un commissario *ad hoc*. Inoltre, la nascita di un sindacato dei datori di lavoro è stata sempre considerata non essenziale alla funzionalità del modello di contrattazione collettiva, ben potendo già ogni singolo datore di lavoro stipulare contratti di tipo collettivo.

[52] In esecuzione di tale dettato, ciascuna categoria di imprenditori rappresentata in seno all'Unione si costituirà in associazione autonoma - gli industriali, in via provvisoria, già nel 1951; gli artigiani nel 1954; i commercianti nel 1955 -, dotandosi di organi di governo distinti ed autonomi in grado di esercitare competenze esclusive in merito alle scelte attinenti la categoria rappresentata, nei limiti della loro non contrarietà alle norme statutarie dell'Unione.

[53] Ai sensi dell'art. 6, co 1, sono piccoli imprenditori coloro che esercitano una attività professionale organizzata col lavoro proprio e di quello dei componenti della famiglia.

[54] La previsione di una distinta rappresentanza per imprenditori e piccoli imprenditori era finalizzata ad evitare il pericolo rappresentato dalla creazione di un unico grosso blocco sociale padronale: così, A. Carattoni, *Novecento...*, p. 120.

le, la legge del 1949 fa seguire diverse norme disciplinanti l'attività di contrattazione collettiva ed individuale, le quali precisano non soltanto le materie su cui le parti si devono obbligatoriamente pronunciare, ma provvedono a vincolarne i contenuti. A voler procedere con ordine, la prima disposizione che dev'essere citata è contenuta nell'art. 11, ai sensi della quale la CSdL e l'Unione imprenditori stipuleranno contratti ed accordi economici destinati a regolare i rapporti di lavoro dei prestatori d'opera. Pur non pronunciandosi esplicitamente sulla loro efficacia soggettiva, non può dubitarsi della natura di contratti *erga omnes*. Nel successivo art. 28, attraverso l'affermazione della "pariordinazione" fra legge e contratti collettivi, agli stessi viene altresì riconosciuto anche il carattere dell'inderogabilità *in pejus* da parte dei contratti individuali: tutte le rinunzie o transazioni ai trattamenti riservati dalla legge o dai contratti collettivi fatte durante lo svolgimento del rapporto dai lavoratori devono ritenersi invalide.

Al di là delle molte considerazioni che non possono qui essere opportunamente discusse, dovrebbe essere sufficiente ricordare che il modello di contrattazione appena delineato implica, da un lato, un contratto collettivo ad efficacia *erga omnes*, e ad inderogabilità relativa, fonte eteronoma alla stregua delle disposizioni legislative; dall'altro, un contratto collettivo che, analogamente a quello individuale, non può derogare a norme imperative di legge non dichiarate espressamente disponibili dalle parti. A testimoniare quanto sia forte la volontà del legislatore sammarinese di controllare l'agire delle "forze sociali" va infine segnalata la disposizione contenuta nell'art. 50, ai sensi della quale anche la stipulazione dei primi contratti collettivi dovrà essere sottoposta alla sanzione del Congresso di stato[55].

3. Sui "fatti di Rovereta". La fine del sindacato unico

Ininterrottamente in carica dal 1945, nel 1957 uno dei partiti della

[55] Si vuole in tal modo consentire un controllo politico sull'azione dei nuovi soggetti sindacali chiamati ad assolvere alcune essenziali funzioni di natura pubblica.

coalizione al potere - quello socialista - subisce la "scissione" di cinque consiglieri che, costituendo un nuovo partito, passano nelle file dell'opposizione[56]. La coalizione riesce a mantenere un'esigua maggioranza fino a settembre, quando un altro consigliere, eletto come indipendente nelle file comuniste, decide di andare anch'egli all'opposizione[57]. Perduta la maggioranza, i segretari dei partiti di governo fanno pervenire alla Reggenza le "lettere" di dimissioni che per prassi consolidata tutti i consiglieri rilasciavano in bianco all'atto della loro nomina, come attestatazione di fedeltà alla disciplina del rispettivo partito d'appartenenza. La Reggenza, "constatato" essere venuto meno il *quorum* necessario a garantire l'ordinario funzionamento del Consiglio grande e generale[58], ne dichiara la decadenza, indicendo nuove elezioni per il successivo 3 novembre.

Giudicando illegittima, autoritaria ed illiberale la decisione presa dalla Reggenza[59], i consiglieri del centro-destra danno vita ad un Governo provvisorio, in contrapposizione a quello "legale", che si insedia in una località nominata Rovereta, sotto la protezione della forza militare italiana, la quale mette nuovamente in atto un'azione di "blocco dei confini" della Repubblica[60]. Il "Governo popolare", dopo una breve resistenza, dovrà lasciare il

---

[56] Il 17 aprile 1957, i "cinque dissidenti" del Partito socialista sammarinese danno vita al Partito socialista indipendente.

[57] Nel Consiglio grande e generale convocato per adempiere uno degli atti istituzionalmente più rilevanti - l'elezione dei nuovi Capitani reggenti -, si registra di fatto il formarsi di una nuova maggioranza: sull'intera vicenda, ampiamente, P. Sabbatucci Severini, *Nel cuore dell'Italia....*, p. 220 ss.

[58] In verità, il Consiglio grande e generale non era nell'impossibilità di operare visto che i Consiglieri socialisti e l'indipendente comunista passati con l'opposizione non avevano manifestato alcuna reale volontà di dimettersi; né, in un sistema proporzionale puro com'è quello sammarinese, può ammettersi l'esistenza di vincoli di mandato elettorale. Cfr. D. Gasperoni, *Il Congresso...*, pp.83-84.

[59] M. Pelliconi, *Politica...*, p. 108 ss: la validità o meno di tali dimissioni costituisce il vero "pomo della discordia".

[60] Il primo "blocco dei confini" da parte delle forze militari italiane era stato attuato come ritorsione per l'apertura della Casa da gioco: D. Gasperoni, *idem*, pp. 75-77. Cfr. A. Carattoni, *Novecento...*, pp. 41-46; P. Sabbatucci Severini, *Nel cuore dell'Italia...*, p. 194 ss.

definitivo controllo delle sorti del Titano nelle mani dei "secessionisti"[61].

Quasi contestualmente all'assunzione del potere da parte del centro-destra avvenuta il 12 novembre 1957, un comitato promotore di soli 20 membri fondatori darà vita alla Confederazione generale democratica dei lavoratori sammarinesi (CDLS). Alla pubblicazione del manifesto costitutivo farà immediatamente seguito un nutrito programma di riunioni ed assemblee su tutto il territorio, al fine di tessere una fitta rete di attivisti e responsabili periferici per ogni categoria di lavoratori. Il risultato farà registrare un rilevante numero di adesioni a favore di un organizzazione sindacale che si proclama non politica e democratica[62].

La fine del 1957 è segnata da un altro avvenimento assai significativo nella storia del movimento sindacale sammarinese. Il 19 dicembre viene approvata una delibera consigliare con la quale, modificato l'art. 3 della legge 27 gennaio 1949 n. 1, si abolisce il monopolio della rappresentanza sindacale fino ad allora esercitato dalla CSdL. In conseguenza di tale decisione, la neonata CDLS potrà immediatamente entrare a far parte di tutti quegli organismi governativi - mi riferisco, in particolare, alla Commissione sindacale conciliativa, alla Commissione arbitrale agraria, al Consiglio di amministrazione della Cassa di Risparmio - a fianco e con le stesse prerogative prima spettanti alla sola CSdL.

Per quanto concerne invece la politica sindacale, la maggiore attenzione dei fondatori verrà concentrandosi sui problemi dell'agricoltura, come testimonia la costituzione, tra il 20 ed il 23 dicembre, delle Leghe coloniche e

---

[61] Il 23 ottobre 1957, si riunisce per la prima volta il Consiglio grande e generale retto dalla nuova maggioranza: esso dichiara decaduti i consiglieri socialisti e comunisti che avevano accettato la convocazione dei comizi elettorali; ratifica ed approva i decreti emessi dal Governo provvisorio e nomina il nuovo Congresso di Stato: A Carattoni, *Novecento...*, p. 64 ss. Sull'esito della vicenda, molto hanno influito i rapporti internazionali: M. Pelliconi, *Politica...*, p. 109.

[62] M. Pelliconi, *Politica...*, p. 111: soltanto con lo sciopero generale unitario del 20 novembre 1969 che proporrà con forza i temi dell'autonomia e dell'unità sindacale si potrà cominciare a ritenere "svelenito" il clima di tensione e di aperta ostilità generatosi con la scissione sindacale.

dell'Associazione dei coltivatori diretti, le quali si impegneranno nella redazione di un attesissimo progetto per il riconoscimento della pensione nel settore, progetto che sarà definitivamente approvato, dopo lunghe discussioni, dal Consiglio grande e generale del 29 agosto 1958[63] . La CDLS ottiene dal Governo anche l'erogazione di uno speciale sussidio per gli operai che dovessero decidere di tornare a prestare la loro opera nei campi: non è tuttavia possibile escludere che tra le finalità di un provvedimento di tal fatta vi fosse anche quella di facilitare l'erosione del consenso e della rappresentatività della CSdL, proprio là dove tradizionalmente essa era riuscita a costruire il suo nucleo più saldo.

Quest'ultima considerazione nulla toglie alla situazione di estrema difficoltà in cui versava l'agricoltura sammarinese, da tempo al centro di un processo di inarrestabile decadenza che ne aveva radicalmente compromesso le potenzialità come fonte di lavoro e di reddito: un tale obiettivo sarà al centro del progetto ben più organico che verrà messo in cantiere qualche anno più tardi con il c.d. "Piano di sviluppo dell'agricoltura"[64] . L'azione intrapresa dalla CDLS è destinata, da un lato, a rassicurare i mezzadri, i quali temevano che il nuovo Governo - i cui esponenti avevano appoggiato apertamente gli agrari - avrebbe messo in discussione il patto colonico e rivisto la legge sull'affittanza -, e dall'altro, a coinvolgere attivamente anche i coltivatori diretti con tutta una serie di agevolazioni, quali l'aumento dei contributi per l'edilizia rurale, la "moto-aratura" e l'acquisto di bestiame[65] .

A differenza della CSdL che aveva costruito il suo radicamento sociale portando avanti le rivendicazioni maggiormente sentite tra i lavorato-

---

[63] Vedi O. Cappelli, *Economia agricola della Repubblica di San Marino. Conversazione del 19 settembre 1966*, San Marino (Biblioteca governativa), datt; P. Sabbatucci Severini, *Nel cuore dell'Italia...*, p. 211 ss.

[64] Il punto sul difficile stato dell'agricoltura viene fatto anche grazie ad un convegno di studio organizzato dalla CDLS l'8 dicembre 1960, i cui resconti sono pubblicati in *Lavoro libero*, 1960, n. 5, pp. 2-3.

[65] P. Persi, *San Marino: l'economia...*, pp. 295-296; A. Carattori, *Novecento...*, pp. 85-88; M. Pelliconi, *Politica...*, p. 116.

ri, la CDLS sembrava voler maggiormente puntare sulla dinamicità e sull'efficienza operativa del suo gruppo di dirigenti-funzionari, organizzati e motivati dalla presenza di alcuni esponenti di spicco della nuova maggioranza politica, i quali lavoravano all'interno dell'organizzazione anche per accentuarne la "matrice anticomunista"[66]. Peraltro, il radicamento della nuova Confederazione non incontrerà difficoltà neppure nell'ampio e variegato settore del pubblico impiego, risultando anzi particolarmente favorito nei comparti della scuola e delle banche. Più lento, ma in costante crescita, sarà anche il *trend* delle adesioni nelle aziende private e all'interno dei c.d. cantieri pubblici, da sempre terreno privilegiato d'azione della CSdL[67].

3.1. Il "nuovo" modello di relazioni industriali

Pur consapevoli dell'inevitabile "tutoraggio" che la nuova maggioranza di governo esercitava sulla Confederazione democratica, l'analisi degli atti e la valutazione degli avvenimenti di quegli anni non dovrebbe impedirci di considerarli come un importante momento di complessiva democratizzazione del sistema istituzionale sammarinese, capace di favorire la realizzazione di un diverso processo di sviluppo del mondo del lavoro e di crescita dell'intera società.

La CDLS tiene il suo primo congresso nel 1960, quando sono ormai chiare le avvisaglie del *boom* economico che di lì a poco avrebbe radicalmente modificato le sorti della Repubblica: l'obiettivo dell'assise, oltre all'analisi delle tematiche più strettamente legate alla realtà associativa, è centrato sulla necessità di promuovere l'emanazione di una legislazione più avanzata che si pronunci anche sulla difesa della vita, della personalità e della dignità del lavoratore[68].

---

[66] Così A. Carattoni, *ivi*.

[67] A. Carattoni, *ivi*., p. 85. A proposito del tesseramento, l'A. ricorda la diffusa pratica della doppia iscrizione: quella al sindacato di classe per ragioni ideali; quella alla nuova Confederazione, per avere il libretto di lavoro nei cantieri pubblici e poter conseguentemente accedere agli altri benefici assistenziali pubblici.

[68] Relazioni ed interventi al Congresso del 12 giugno 1960 sono pubblicati in *Lavoro libero*, 1960, n. 3, il periodico della Confederazione democratica fondato nel gennaio 1958.

Di fronte all'"attacco" portatole dalla nuova Confederazione determinata a marginalizzarne il ruolo sociale, la CSdL aveva cercato di difendersi[69]: non era tuttavia riuscita ad evitare un significativo calo di consenso in tutti i settori produttivi, sicuramente più accentuato fra gli impiegati statali ed i lavoratori dei cantieri pubblici, ma non trascurabile neppure nelle fabbriche manifatturiere, dove, nonostante la sostanziale fedeltà dimostrata dal più politicizzato nucleo operaio, la maggioranza delle Commissioni interne era passata nelle mani della CDLS[70].

Almeno fino a tutto il 1959, la CSdL riuscirà a conservare una forte capacità di mobilitazione sociale, mobilitazione che servirà non soltanto a sostenere rivendicazioni di natura strettamente contrattuale, ma anche ad esercitare un'opposizione di stampo marcatamente politico[71]. Sarà proprio l'affievolirsi della capacità di mobilitazione sociale a segnare il momento di maggior crisi: la posizione di testimonianza ideologica e di "opposizione di principio" al sistema implica il "pagamento di un prezzo" in termini di adesione fra i lavoratori che non si sentono più tutelati, ed una pesante involuzione organizzativa[72].

In verità, molte delle difficoltà in cui si dibatte la CSdL, sono originate dal nuovo assetto socio-economico dato al paese che, a differenza dell'Italia - dove si era lentamente consolidato da quasi un decennio - aveva rivoluzionato in pochissimi anni la realtà produttiva sammarinese. Sono questi gli esiti della politica economica portata avanti dalla coalizione roveretiana: imponendo un rapido e tumultuoso processo di sviluppo industriale, essa aveva determinato la creazione di molti nuovi posti di lavoro nel settore secondario

---

[69] Tra il 1957 ed il 1959 il calo degli iscritti della CSdL tocca il 55%; nel 1961, il rapporto tra aderenti alla CSdL e CDLS e di 2 a 1.

[70] CSdL, *CSdL 50 anni...*, p. 24 ss. Sull'esito delle elezioni v. *Lavoro libero*, 16 luglio 1961, n. 1, p. 1.

[71] A. Carattoni, *Novecento...*, p. 70 ss, in part. p. 72. Va ricordato che le elezioni per il rinnovo delle Commissioni interne del 1960/61 assegneranno i seggi disponibili per il 43% alla CSdL e per il 57 % alla CDLS, a riprova del durissimo scontro che si era sviluppato all'interno delle fabbriche tra le due Confederazioni.

[72] A. Carattoni, *ivi.*, pp. 122-123.

e terziario, posti che saranno in gran parte occupati da donne, contadini ed immigrati, fasce di popolazione in cui il radicamento della CSdL era stato quasi inesistente[73].

Di fronte all'evoluzione del corpo sociale, della sua maggiore stratificazione, dei nuovi rapporti fra le classi, della composizione della popolazione attiva, la CDLS riusciva a muoversi in modo sicuramente più efficace della Confederazione "rivale". I suoi dirigenti avevano infatti compreso che la scomposizione, e la relativa frammentazione, del tessuto sociale in gruppi sempre più piccoli e dagli interessi sempre più specifici, doveva essere correttamente governata, pena la riduzione della capacità espansiva del modello industriale, e la messa in discussione della condizione di benessere raggiunta da "fasce" sempre più larghe di cittadini[74].

Insomma, l'egemonia sindacale di quegli anni, alla stregua di quella politico-istituzionale, si era non solo costruita, ma aveva anche legato a "doppie mani" il suo destino al successo del nuovo modello economico, peraltro destinato a subire un processo di rapida articolazione. Lo si evince analizzando le diverse fonti di reddito che si riescono in breve tempo a rendere disponibili: a quelle legate ai tradizionali rapporti di lavoro subordinato, andranno ad aggiungersi i non trascurabili proventi derivanti dal commercio, dall'incrementata opera di intermediazione[75] e dal complesso delle attività scaturenti da decisioni di tipo politico-amministrativo connesse alla realizzazione delle grandi opere infrastrutturali - superstrada, funivia, sistema fognario - o legate al complesso delle forniture e dei servizi erogati dallo Stato.

Nonostante il ruolo propulsivo del Governo e dell'intera amministrazione pubblica, si erano tuttavia verificati alcuni "clamorosi" fallimenti industriali - mi riferisco a quelli della Saima, della Marmaca[76] e della

---

[73] P. Persi, *San Marino: l'economia...*, pp. 299-301: il settore industriale nel periodo 1950-1970 fa registrare un incremento globale del 360%. Cfr. P. Sabbatucci Severini, *Nel cuore dell'Italia...*, p. 224 ss.

[74] A. Carattoni, *Novecento...*, pp. 77-.80

[75] P. Persi, *idem*, pp. 303-304.

[76] M. Monti, *La nascita dell'industria ...*, p. 235: il fallimento sembra essere determinato più che dall'esaurirsi del mercato, dall'aumento dei costi relativi ad un modello di edilizia industriale a "piani diversi" ormai decisamente superato.

Conceria Bartolini - che, al di là delle pesanti ed immediate ripercussioni occupazionali, segneranno l'inizio di una nuova fase di crescita del sistema produttivo sammarinese caratterizzata dall'"affiancamento" degli imprenditori locali da parte dei "forensi"[77]; un processo che sarà sicuramente favorito dall'emersione di un "nuovo ceto" - quello degli avvocati e dei professionisti in genere - che assolverà un'essenziale funzione di intermediazione e di garanzia tra gli imprenditori e le istituzioni politiche[78].

Che il dinamismo dell'imprenditoria sammarinese stesse subendo un serio ridimensionamento, lo aveva messo in evidenza anche il dibattito dell'assise straordinaria che l'Associazione degli industriali tenne il 30 gennaio 1959 per fare il punto sullo stato della situazione economica del paese, attentamente analizzata sotto i diversi profili fiscale, creditizio, commerciale, energetico e dei servizi, temi sui quali venivano sollecitate adeguate proposte di intervento da parte dell'esecutivo[79].

Purtroppo, tali richieste troveranno scarsa accoglienza; la delusione del padronato verrà ulteriormente acuita dall'emanazione della legge 17 febbraio 1961 n. 7 (su cui, *infra*), della quale si condivide lo spirito progressista[80] e la scelta di un modello di libertà e pluralismo sindacale[81],

---

[77] Cfr. P. Sabbatucci Severini, *Nel cuore dell'Italia...*, p. 205 ss, in part. p. 209: l'A. ricorda come San Marino fosse già da tempo additata dalle autorità italiane quale "terra promessa dei pellegrini italiani", in particolare degli imprenditori, attratti da immunità fiscali e privilegi normativi.

[78] Sulla nuova stratificazione sociale che si forma a San Marino nei primi anni sessanta, v. ancora A. Carattoni, *Novecento....*, *op. cit.*, pp. 81-84.

[79] I provvedimenti auspicati dall'Associazione degli imprenditori - dotatasi nel frattempo di una sede permamente - tendono ad una riduzione della pressione fiscale e degli oneri contributivi, alla concessione di finanziamenti agevolati, alla regolamentazione dell'import-export con l'Italia, allo snellimento delle procedura di collocamento, all'adeguamento dei servizi pubblici, in particolare quelli idrici, postali e telefonici. Cfr. Anis, *Da 50anni...*, pp. 24-25.

[80] L'Associazione industriali sicuramente apprezza l'abolizione dello stretto controllo che lo Stato sammarinese poteva precedentemente esercitare sull'andamento delle dinamiche collettive ed individuali del rapporto di lavoro ai sensi della legge n. 1/1949: Anis, *ivi*, pp. 25-27.

[81] In attuazione degli artt. 1 e 2 della legge. n. 7/1961, l'Assemblea ordinaria degli imprenditori del 19 dicembre 1962, autorizzerà la predisposizione delle opportune modifiche da apportare al precedente statuto dell'Associazione, onde conformarlo ai nuovi requisiti di legittimità richiesti per la registrazione presso il Tribunale commissariale. V. Anis, *idem*, pp. 34-35.

ma a cui si contesta la procedura d'approvazione avvenuta senza l'apertura di un tavolo di consultazione-concertazione che avrebbe potuto evitare l'emanazione di articoli ritenuti "vessatori"[82] : a giudizio degli industriali, l'integrale ed immediata applicazione di tali articoli avrebbe compromesso il consolidamento di un sistema economico ancora troppo fragile[83].

La politica difensiva ed autoconservatrice portata avanti dall'Associazione industriali in questi anni verrà definitivamente abbandonata dopo il convegno di studi che l'Associazione stessa organizzerà per il 9 luglio 1967: destinato a fare il punto sui problemi dell'intera categoria e sul perfezionamento della sua dimensione organizzativa, esso segna l'adozione di una nuova strategia che punta ad attribuire agli imprenditori un ruolo di maggiore "visibilità" e rilevanza sociale, grazie al quale riuscire ad esercitare un'influenza determinante sulla complessiva programmazione politica dello sviluppo economico del paese[84].

Resta ovviamente intatta la consapevolezza che la realtà industriale della Repubblica è sempre più strettamente ancorata a quanto accade "oltre" confine così com'era già accaduto per il primo *boom* economico, sicuramente indotto dalle scelte dei grandi gruppi industriali italiani, favorevoli al decentramento produttivo verso aree rimaste fino ad allora ai margini delle dinamiche di sviluppo. In un tale contesto, non dovrebbe sorprendere il fatto che la recessione patita dal sistema industriale italiano intorno al 1964 abbia avuto un'immediata ripercussione sul sistema produttivo

---

[82] Quali sarebbero, ad esempio, quelli relativi al riconoscimento della licenza matrimoniale, all'aumento della gratifica natalizia, ai permessi per l'allattamento retribuiti, all'orario masssimo di 48 ore settimanali ed alle festività retribuite.

[83] Se è certamente vero che il nuovo sistema economico-produttivo non si è ancora consolidato, restano le statistiche che gli attribuiscono la creazione di ben settecento nuovi posti di lavoro in soli due anni: A Carattoni, *Novecento...*, p. 77.

[84] In verità, gli imprenditori non hanno mai abbandonato i tentativi di stringere relazioni sempre più continue e meno occasionali; l'indisponibilità sembra venire dal Governo, dubbioso più dell'utilità di legittimare la prassi di una preventiva consultazione delle forze sociali circa gli indirizzi di politica economica, che non preoccupato di condividere alcune delle proprie prerogative sovrane.

sammarinese, costretto a fare i conti con la prima vera battuta d'arresto di un ciclo ininterrottamente espansivo dal 1958. Purtroppo, la fiducia manifestata dal Congresso di stato - di poter contenere adeguamente gli effetti negativi con semplici manovre di bilancio - non favorirà una seria riflessione in grado di comprenderne appieno le cause, fatta eccezione per l'incontro che le Confederazioni sindacali, l'Associazione industriali ed il Governo terranno l'8 aprile 1965 nell'intento di confrontarsi sulle strategie di politica socio-economica ritenute più opportune[85].

L'incontro servirà a mettere ben in evidenza la diversa politica sindacale perseguita dalle due Confederazioni. Mentre la CSdL sostiene la necessità di strumenti destinati ad "ammortizzare" le gravi conseguenze sociali della crisi - da inquadrare nell'ambito di una più seria programmazione economica[86], unitamente all'istituzione di un ente finanziario per prestiti a medio termine -, la CDLS, tradizionalmente contraria a qualsiasi forma di programmazione, punta sulla predisposizione di misure d'immediata efficacia e fruibilità, da inserirsi in un più ampio progetto di regolamentazione della contrattazione collettiva storicamente avversato dalla CSdL[87]. Da parte sua il padronato, senz'altro favorevole all'istituzione di un Ente per la concessione di crediti agevolati alle imprese, sollecita con forza una politica contrattuale di moderazione salariale, richiesta senz'altro agevolata dalla disponibilità del Governo ad approntare misure di tipo anticongiunturale.

---

[85] La situazione politica è agitata dai primi segnali di crisi fra la Democrazia cristiana sammarinese ed il Partito socialista indipendente sammarinese, assai critica la prima verso la riforma della legge elettorale del 1958 che prevedeva la possibilità di voto per corrispondenza degli elettori sammarinesi residenti nei paesi extraeuropei; molti dubbi erano stati sollevati circa la segretezza del voto e la trasparenza/controllo dei meccanismi di rappresentanza politica. Cfr., sugli sviluppi della complessa vicenda politica, D. Gasperoni, *Il Congresso...*, pp. 96-110.

[86] Non è difficile verificare l'omogeneità delle richieste avanzate dalla CSdL con gli obiettivi politico-strategici perseguiti in quegli anni dalla CGIL: CSdL, *CSdL 50 anni...*, p. 28.

[87] Le proposte della CDLS richiamano i temi già dibattutti nell'Assemblea generale del 12 luglio 1964, che sono riportati in *Lavoro libero*, 1964, n. 3.

Il rapido superamento della crisi farà venir meno la necessità e l'urgenza dell'approvazione dell'insieme degli strumenti su cui si era concentrata l'attenzione delle parti sociali: resta tuttavia impregiudicato l'alto valore simbolico di questa prima esperienza di concertazione sociale, che condizionerà lo sviluppo delle future rispettive relazioni[88].

I primi a beneficiarne saranno sicuramente i rapporti tra le due Confederazioni. Infatti, sotto la pressione degli iscritti, desiderosi di ottenere un adeguamento dei salari all'aumentata capacità di produrre profitti da parte delle imprese, la CDLS inizierà a svincolare progressivamente la sua azione dal rispetto ossessivo delle c.d. "compatibilità generali" del sistema ecomico, così da realizzare nei fatti un lento ma progressivo superamento della più rilevante tra le differenze strategico-operative che separavano la sua dalla politica della CSdL[89].

Pur restando sostenitrici di modelli socio-economici teoricamente alternativi, le Confederazioni sindacali, dopo aver dovuto constatare l'inarrestabile declino del vecchio sistema rurale, si trovano concordi nel valorizzare il ruolo strategico dell'impresa, individuando nella stessa la principale garanzia dello sviluppo: la fabbrica è ormai diventata la "misura" del progresso non solo economico, ma anche sociale e legislativo del paese. E con l'assestamento del sistema produttivo anche le relazioni industriali inizieranno ad approppiarsi di un metodo di confronto sempre più sistematico.

4. La legge 17 febbraio 1961, n. 7 (*Tutela del lavoro e dei lavoratori*)

Tra i molti successi conseguiti, la Confederazione democratica dei lavoratori sammarinesi può annoverare anche una complessiva riforma del

[88] A. Carattoni, *Novecento...*, pp. 89-90.

[89] Si scaricano sulla CDLS alcuni degli effetti generati all'interno del mondo cattolico con il dibattito apertosi dopo la chiusura dei lavori del Concilio, tra cui, in particolare, la rivendicazione di maggiori spazi di democrazia nel sindacato e la ferma critica alla politica di succube collateralità rispetto alle strategie governative.

sistema sindacale, approvata con la legge 17 febbraio 1961, n. 7[90]. Tale legge conserva ancora oggi un ruolo di indubbia centralità nell'Ordinamento della Repubblica del Titano, visto che in essa si esprimono i principali fondamenti su cui poggia il suo singolare modello sindacale: in particolare, il riconoscimento e l'attribuzione di personalità giuridica alle Confederazioni sindacali ed il sistema di contrattazione collettiva ad efficacia *erga omnes*[91].

In verità, la legge del 1961 non si limita a fissare i principi del sistema sindacale, ma provvede a dettare molte altre importanti disposizioni sulle controversie di lavoro, sul trattamento normativo dei lavoratori, sulla previdenza ed assistenza, sul collocamento, sui poteri dell'ispettorato del lavoro e la tenuta del Registro delle imprese[92]. E' pertanto condivisibile l'opinione di quanti ritengono che essa costituisca ancora il fondamento dell'attuale diritto del lavoro sammarinese[93], per avere disciplinato istituti che nella legislazione italiana sono oggetto di disposizioni contenute in fonti diverse quali la Costituzione, il Codice civile e lo Statuto dei lavoratori. Fatta eccezione per il titolo I relativo alle Associazioni sindacali - rimasto immutato - la restante normativa è stata negli anni significativamente rivista ed integrata[94].

Sarebbe difficile negare che sulle "scelte" sindacali attuate dal legislatore sammarinese del 1961 molto abbiano pesato i diritti di libertà sindacale e di sciopero sanciti nella nostra Carta costituzionale[95]. Per quanto concerne ad esempio il diritto di sciopero, le disposizioni sammarinese ed

---

[90] Legge 17 febbraio 1961, n. 7, in *Boll. uff. Rep. San Marino*, 16 marzo 1961, n. 2/61.

[91] Un ampio commento "a caldo" di forte apprezzamento per il risultato conseguito è pubblicato in *Lavoro libero*, 10 marzo 1961, n. 1, pp. 2-3.

[92] L. Lonfernini, *Elementi...*, pp. 137-140.

[93] Fonti speciali dettano la disciplina dell'impiego presso le pubbliche amministrazioni, tranne che in materia previdenziale ed assistenziale, di corresponsione della 13° mensilità e di ferie annuali (art.58).

[94] Sulla legge, criticamente, A. Carattoni, *Novecento....*, pp. 121-126.

[95] Propone un interessante confronto tra norma costituzionale italiana e legge sammarinese G. Giardi, *Il diritto sindacale...*, pp. 5-14, il quale riporta anche stralci significativi del dibattito tenutosi al Consiglio Grande e Generale riunito per l'approvazione definitiva del testo di legge. L'analisi comparata delle due disposizioni tiene ovviamente in adeguata considerazione il diverso contenuto dei due provvedimenti, esclusivamente di principio il primo (art. 39 Cost.), di carattere anche dispositivo il secondo (L.n. 7/61).

italiana sono nella loro formulazione pressoché identiche: tuttavia, oltre a non doversi sottovalutare il fatto che il diritto è nell'un caso sancito da una norma costituzionale e nell'altro da una norma ordinaria, merita anche ricordare che la disciplina sammarinese limita la sua efficacia al solo rapporto di lavoro privato. Ai sensi del suo art. 58, infatti, delle disposizioni della legge n. 7/61, la pubblica amministrazione è tenuta ad osservare soltanto quelle in materia previdenziale ed assistenziale, unitamente alla disciplina dettata per la corresponsione delle ferie e della tredicesima mensilità.

Tutto ciò non ha comunque comportato alcun reale ostacolo all'esercizio del diritto di sciopero nell'ambito del pubblico impiego[96]; più semplicemente, quella descritta è una delle conseguenze indotte dalla netta e formale distinzione esistente nell'ordinamento sammarinese fra lavoro pubblico e lavoro privato che, nel caso specifico, non è stata fonte di problemi, avendo le Confederazioni sindacali dato sempre prova di poter gestire la più efficace delle autoregolamentazioni possibili[97]. Non minore importanza va attribuita all'attivazione di più canali, non necessariamente istituzionalizzati, di confronto tra Sindacato e Governo, i quali, almeno per il pubblico impiego, rendono davvero residuale il sempre possibile ricorso ad azioni di tutela collettiva. Inoltre, non bisogna dimenticare che San Marino non ha mai conosciuto legislazioni incriminatrici dello sciopero: gli scioperi si sono tenuti senza l'imposizione di alcun vincolo procedurale; le eventuali conseguenze di tipo civilistico sono state quasi sempre composte in via stragiudiziale e conciliativa.

La distinzione pubblico-privato in materia di (diritto di) sciopero, è stata definitivamente superata dal dettato dell'art. 9 della legge 8 luglio 1974, n. 59 - la *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fonda-*

---

[96] Il primo sciopero di cui si ha notizia nella storia della Repubblica viene organizzato nel 1918 proprio dall'Associazione degli impiegati e salariati, associazione sorta per tutelare i dipendenti dello Stato: L. Rossi, *Fra primo...*, p. 45 cfr. *amplius*; Magistrato del lavoro, 18 marzo 1982, causa n. 364/1979, in *giust. samm.*, 1981-90, p. 854; Giudice penale di I grado, 6 febbraio 1990, n. 55, *ivi*, pp. 718 ss. v. anche G. Giardi, *Il diritto sindacale e del lavoro*, AIEP, 1999, pp. 24-25.

[97] Nella realtà sammarinese, lo sciopero dei pubblici dipendenti "copre" pressoché integralmente il fenomeno dello sciopero nei c.d. servizi pubblici essenziali.

mentali dell'ordinamento sammarinese di cui si è già trattato -, il quale eleva lo di sciopero a diritto fondamentale del cittadino, accomunandolo all'equa retribuzione, al riposo settimanale ed alle ferie[98].

4.1. Il riconoscimento giuridico dei soggetti sindacali

Relativamente ai principi di libertà ed attività sindacale - la personalità giuridica delle organizzazioni sindacali e l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, in particolare - la legge n. 7/1961 non fa che recuperare gran parte dell'impianto dei commi secondo e seguenti dell' art. 39 della Carta costituzionale italiana, in chiave non più semplicemente programmatica ma dispositiva. Il modello sammarinese, tuttavia, è arricchito da una serie di soluzioni che sarebbero state da noi assolutamente improponibili, non fosse altro perché il nostro è un sistema aperto al pluralismo sindacale, mentre quello sammarinese lo è solo formalmente, essendo in realtà volto a limitare il riconoscimento giuridico alle sole due Confederazioni già esistenti, limitazione essenziale alla funzionalità di un sistema che si regge su un forte coinvolgimento istituzionale degli attori sociali legittimati.

Affermato il principio di libertà sindacale, nei suoi primi tre articoli la legge n. 7/61 esplicita le condizioni necessarie per ottenere la registrazione da parte tanto delle Associazioni - vale a dire le organizzazioni dei lavoratori - che delle Unioni formate dai datori di lavoro, rispetto alle quali viene superata la diversa procedura di riconoscimento che era stata prevista nella legge n. 1/1949 (v. *supra*). Condizione per la registrazione presso il Tribunale Commissariale è che i rispettivi Statuti stabiliscano un ordinamento interno a base democratica, e siano preventivamente pubblicati *ad valvas* per 15 giorni, al fine di consentire ai cittadini la possibilità di esercitare ogni possibile opposizione. Ai sindacati registrati spetta la personalità

[98] Analogamente all'ordinamento italiano, anche quello sammarinese tace sulla serrata.

giuridica, ciò comportando la legittimazione a stare in giudizio, l'acquisto di beni mobili ed immobili - dopo l'autorizzazione del Consiglio dei XII - a titolo oneroso e gratuito.

Degli Statuti associativi, la legge stabilisce, altresì, il contenuto minimo necesssario per poter ottenere la registrazione: essi devono infatti indicare i fini dell'associazione, la sede, i rapporti di dipendenza ed unione con altre associazioni, le condizioni di ammissione e recesso dei soci, le procedure di deliberazione dei contribuiti, la composizione e la competenza degli organi direttivi (collegio sindacale), la rappresentanza giuridica, i motivi di esclusione, le norme di amministrazione. Inoltre, gli iscritti non potranno mai godere degli eventuali utili di gestione: in caso di liquidazione, i fondi residui dovranno essere devoluti ad enti di beneficienza sammarinesi. Per quanto concerne il rinnovo degli organi direttivi, questi dovrà avere una cadenza almeno triennale, ed avvenire con voto segreto, tramite scheda. Il bilancio annuale andrà approvato dall'asssemblea (entro aprile), e reso pubblico nelle forme opportune.

Ben più criticate sono state le disposizioni dettate dai successivi artt. 4 e 5: vi si stabilisce, infatti, cosa deve intendersi per Associazione sindacale o Sindacati - la confederazione o l'unione di più sindacati dei prestatori di lavoro - e per Unione Sindacale, l'associazione di più sindacati dei datori di lavoro. Ai fini della registrazione, le prime devono poter dimostrare un ambito di rappresentanza esteso in almeno sei categorie di prestatori ed avere un numero minimo di 500 iscritti; le seconde, comprendere almeno otto categorie, oppure avere un minimo di 100 iscritti qualificati. La perdita di tali requisiti, successiva alla registrazione, può comportare la revoca della personalità giuridica.

La previsione di un minimo di iscritti e di categorie rispettivamente rappresentate dalla Confederazione o dall'Unione per ottenere e conservare la personalità giuridica è, come sopra ricordato, strettamente funzionale all'esercizio dei poteri e delle prerogative di cui gode il Sindacato nel sistema istituzionale sammarinese, poteri e prerogative che implicano la prova di una chiara e consistente rappresentanza nel paese. La scelta del rigoroso requisito numerico è anch'essa legata alla realtà sammarinese, nell'intento di evitare nel modo più netto, compatibilmente con l'affermazione del princi-

pio di libertà, l'ingresso sulla "scena" di altri soggetti che avrebbero potuto compromettere il buon funzionamento del sistema. Tra l'altro, è utile ricordare che proprio la previsione di detti requisiti ha rappresentato il maggiore tra gli ostacoli da superare per ottenere l'ammissione di San Marino nell'OIL.

4.2 (segue). Il modello di contrattazione collettiva

All'efficacia della contrattazione collettiva sono dedicati gli artt. 8 e 9 della legge n. 7/61. L'art. 8 afferma che il contratto di lavoro collettivamente stipulato tra i sindacati registrati dei prestatori di lavoro e le organizzazioni registrate dei datori di lavoro ha efficacia di legge, purché sia stato redatto in forma scritta e reso pubblico con deposito nella cancelleria del Tribunale, e successiva pubblicazione sul Bollettino ufficiale. Tale comma va interpretato in combinato disposto con il primo e secondo comma del successivo art. 9, nel quale si recita che il contratto collettivo stipulato tra uno dei sindacati ed un altro "antitetico" ha efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali esso si riferisce, e che, nell'eventuale concorso di più contratti, saranno applicate le clausole rispettivamente più favorevoli ai prestatori di lavoro[99].

Dal dettato dei descritti commi non sembra giuridicamente configurarsi una diversa efficacia dei contratti collettivi, a seconda che questi siano stati stipulati congiuntamente o disgiuntamente dalle due Confederazioni[99bis]. La disposizione dell'art. 9 sull'efficacia obbligatoria, infatti, va letta in stretta

---

[99] Ad avviso di A. Carattoni, *Novecento...*, p. 122, l'attribuzione dell'efficacia *ergaomnes* ai contratti collettivi stipulati anche da una soltanto delle due Confederazioni dev'essere considerata come tentativo di favorire l'acquisizione di una condizione egemonica da parte della CDLS in materia contrattuale. Contra, G. Giardi, *ivi*, pp. 21-22, il quale ritiene possibile attribuire ai contratti collettivi una diversa efficacia in relazione alla stipulazione unitaria o non.

[99bis] V. sentenza 11 marzo 1988, in G. Giardi, *Il diritto sindacale...*, cit., p. 148, secondo la quale "la contrattazione collettiva può impegnare soltanto chiunque appartenga alle categorie intervenute... non coloro che appartengono ad altri settori o categorie".

relazione con quella contenuta nel secondo comma: qualora, in conseguenza della stipulazione di un contratto collettivo da parte di una sola delle Confederazioni dovesse verificarsi la contestuale vigenza di un distinto contratto siglato dall'altra - ipotesi negli anni sessanta assai probabile visto il clima di accesa conflittualità conseguente alla scissione sindacale -, il problema di identificare la disciplina da applicare al singolo rapporto di lavoro doveva essere risolto in base al principio del *favor prestatoris*, individuando, istituto per istituto, la clausola dei due contratti più favorevole al lavoratore.

Il *favor prestatoris* rappresenta altresì il principio informatore dell'inderogabilità, sia della legge nei confronti del contratto collettivo, sia del contratto collettivo nei confronti di quello individuale[100].

E' importante far notare che la soluzione adottata porta inevitabilmente allo "spezzettamento" del contratto collettivo, legittimando tutte le riserve a vario titolo avanzate dai datori di lavoro che possono rischiare di non sapere in concreto l'entità degli impegni assunti con la sua stipulazione. Né si poteva pretendere che fosse l'Associazione degli imprenditori a scegliersi la controparte, vista la rilevante capacità di mobilitazione da ciascuna delle Confederazioni raggiunta; senza sottovalutare poi la gravità del "blocco istituzionale" che avrebbe fatto necessariamente seguito all'esclusione di una delle due Confederazioni dal tavolo di contrattazione.

Fortunatamente, la complessa situazione si è risolta positivamente per la concomitanza di due importanti fattori. Il primo è rappresentato dalle stesse articolate disposizioni contenute nella legge n. 7/61 che, essendo inderogabili *in peius* tanto dal contratto individuale che da quello collettivo, possono già da sole disciplinare compiutamente il rapporto dei lavoratori dipendenti; il secondo, dall'avvio di un processo lento, ma inarrestabile, che, a partire dalla fine degli anni sessanta, darà corpo ad un graduale

[100] L'inderogabilità relativa è il principio che da sempre governa il rapporto fra le fonti di diritto del lavoro nell'ordinamento sammarinese. Il rapporto fra contratti collettivi è invece disciplinato dal Contratto unico generale, il quale attualmente dispone, tramite rinvio, le materie che possono essere integralmente trattate o soltanto integrate in sede "decentrata".

riavvicinamento strategico ed operativo fra le Confederazioni. Di un tale riavvicinamento non credo sarebbe sbagliato attribuire almeno in parte il merito proprio al modello di contrattazione adottato dal legislatore sammarinese, consapevoli le organizzazioni sindacali che soltanto attraverso la definizione di una piattaforma contrattuale comune sarebbe stato possibile garantire proficuità e credibilità alle rispettive azioni rivendicative.

5. Sulla c.d. "quota sociale". La regolamentazione legislativa del "pieno impiego"

Mentre l'art. 3, co. 2, della legge del 1949 aveva esplicitamente attribuito all'allora sindacato unico dei lavoratori un concorso finanziario per le funzioni pubbliche e sociali svolte - tra cui, in particolare, quella collocatoria[101] -, il legislatore del 1961 non aveva preso alcuna decisione in merito. Tuttavia, i costi organizzativi non trascurabili che l'assunzione del ruolo istituzionale e delle funzioni sociali assegnate alle Organizzazioni sindacali giuridicamente riconosciute comporta, non avrebbero potuto essere sostenuti - né sarebbe stato giusto pretenderlo - con i contributi versati dai soli iscritti. Del tutto coerentemente con il modello adottato, la legge 29 marzo 1968, n. 17, ha così provveduto ad istituire la c.d. "quota per servizio sociale"[102].

Tale quota assume tecnicamente le caratteristiche di un contributo obbligatorio calcolato percentualmente sulla retribuzione lorda percepita sia dai lavoratori pubblici che da quelli privati, nella misura dello 0,40%,

---

[101] L'art. 3, co. 2 della legge per la tutela del lavoro e dei lavoratori sammarinesi del 27 gennaio 1949, n. 1, recita che "in considerazione delle funzioni pubbliche e di carattere sociale che esercita la Confederazione, quale anche l'Ufficio di collocamento, il Governo della Repubblica assegna ad essa un concorso finanziario da stabilirsi anno per anno".

[102] Il finanziamento del sindacato attraverso un prelievo obbligatorio e la "codificazione legislativa" della libertà di associazione sindacale che rende difficilissima la nascita di nuove organizzazioni sono a giusto titolo considerati i due fondamentali tratti che distinguono il sistema sindacale da quello delle altre democrazie occidentali: A. Carattoni, *Novecento....*, p. 18. G. Giardi, *Il diritto sindacale...*, p. 16 datt.

da versarsi all'Istituto per la Sicurezza sociale (ISS), che provvederà ad accreditarla trimestralmente alle Confederazioni, in base al modello di ripartizione dalle stesse concordato.

Nel caso le Confederazioni non dovessero raggiungere un accordo né globale né parziale sulla ripartizione delle quote sociali accumulate, l'ISS manterrà a disposizione gli importi raccolti per un anno dal periodo della loro esazione: alla scadenza di detto termine, l'ammontare non distribuito sarà prima incamerato e poi definitivamente devoluto ad iniziative di pubblica assistenza, individuate di intesa con le Confederazioni medesime (art. 5). Qualora il disaccordo dovesse perpetuarsi oltre l'anno, la necessità di non pregiudicare l'azione sindacale e di non compromettere la necessaria dinamica del modello di rappresentanza collettiva, ha consigliato la previsione di un sistema di ripartizione e conseguente assegnazione delle quote sociali legato agli esiti di un referendum che dovrà essere indetto entro due mesi tra tutti i lavoratori appartenenti alle categorie per le quali non vi è stato accordo[103].

Conformemente al sistema sindacale cui accede, la legge provvede a fissare alcuni limiti di utilizzo da parte delle organizzazioni sindacali, tanto per i fondi derivanti dalla ripartizione della quota sociale, che per quelli legati ad altri cespiti. A tali specifici fini, si dispone che non possono essere sostenute attività che non siano meramente sindacali - vale a dire, non destinate alla tutela degli interessi morali o materiali dei prestatori -, impedendone "in particolare" sia un utilizzo "commerciale" sia la destinazione a vantaggio di partiti politici.

Oltre all'affermazione di una responsabilità solidale per la gestione dei suddetti fondi in capo agli amministratori delle associazioni beneficiarie, il legislatore dispone anche che, sia l'utilizzazione dei fondi per scopi diversi da quelli consentiti, sia l'esposizione - nei bilanci come in atti ufficiali destinati al pubblico ed all'autorità - di dati falsi circa il loro impiego, comporta per l'Associazione coinvolta la sospensione dell'erogazione delle suc-

[103] Ai sensi dell'art. 6, i voti espressi durante la consultazione determineranno le rispettive percentuali di suddivisione delle quote sociali accumulate presso l'Istituto di sicurezza sociale da assegnarsi alle singole Organizzazioni.

cessive quote spettanti, da un minimo di tre mesi ad un massimo di un anno[104].

Dei c.d. "cantieri del pieno impiego", utilizzati fin dal primo dopoguerra per sostenere il reddito dei lavoratori disoccupati impegnandoli nella realizzazione di opere di pubblica utilità[105], si è già trattato in precedenza. La loro importanza strategica di strumento di "ammortizzazione sociale" è confermata dal fatto che vengono compiutamente ridisciplinati dal legislatore del 1967, con l'intento di assicurare la piena occupazione della manodopera disponibile mediante l'assunzione di lavoratori manuali ai quali l'Ufficio di collocamento non sia stato in grado di offrire adeguate oppurtunità di lavoro (art.1)[106].

In quanto datore di lavoro, lo Stato si impegna ad adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità dei lavoratori, sotto il diretto controllo delle organizzazioni sindacali. A sua volta, il lavoratore è tenuto a frequentare in maniera continuativa e senza interruzioni il cantiere, salvo le ipotesi di malattia, che dovrà essere comunicata entro tre giorni (art. 10). Egli dovrà fornire la sua prestazione in modo puntuale e diligente, nell'osservanza delle disposizioni impartite dai dirigenti tecnici ed amministrativi, purché relative allo svolgimento ed alla disciplina del lavoro (art.14)[107].

---

[104] Sono fatte salve le altre sanzioni di legge, nonché ogni specifico addebito a titolo di responsabilità civile. In parziale deroga a quanto dispone l'art. 2 della legge n. 7/1961, il bilancio d'esercizio delle Associazioni sindacali può essere validamente approvato dai soli organi direttivi, senza la necessità di convocare appositamente l'assemblea. Restano immutati i limiti temporali e le disposizioni relative alla pubblicità nei riguardi degli iscritti (art. 7, co. 5).

[105] Si tratta di lavoratori di età compresa fra i 18 e i 60 anni, fino ad un massimo di 65 qualora non sia ancora maturato il diritto alla pensione.

[106] La CDLS aveva da tempo avanzato una proposta di riforma dell'istituto del c.d. "pieno impiego" della manodopera, proposta che influenzerà significativamente le scelte del legislatore: *Lavoro libero*, dicembre 1965, pp. 2-3.

[107] Sono ovviamente applicabili le sanzioni disciplinari del richiamo verbale, dell'ammonimento e della diffida, a cui si aggiungono, in considerazione della gravità dell'infrazione, la sospensione del servizio fino ad un massimo di 4 settimane e l'allontanamento immediato dal lavoro fino ad un massimo di tre mesi.

La particolare natura del rapporto di lavoro instaurato con il Cantiere e le singolari modalità che presiedono la sua esecuzione sono rimarcate nella disposizione contenuta nell'art. 9 dove si precisa che i Deputati al lavoro ed ai lavori pubblici si incontreranno due volte l'anno con i rappresentanti delle organizzazioni sindacali per esaminare le condizioni occupazionali della manodopera. In tale ambito, essi potranno decidere di sottoporre un numero prestabilito di lavoratori disponibili a corsi di riqualificazione ed a prove di idoneità, nell'intento di precostituire le condizioni per un loro più rapido collocamento nel mercato del lavoro[108].

6. L'evoluzione del sistema di relazioni industriali tra la fine degli anni sessanta ed i primi settanta. La nuova politica sindacale.

La legge n. 7 del 1961 ha indubbiamente contribuito a rendere più organico e strutturato il sistema di relazioni industriali che le principali forze sociali avevano fino ad allora realizzato, com'è possibile verificare sia dalla lettura degli atti dei congressi tenuti dalle due Confederazioni sindacali, sia dalle finalità perseguite dall'Associazione industriali, pronta anche ad attuare tutte quelle modifiche strutturali e di organizzazione interna necessarie a porla in condizione di dialogare più efficacemente con sindacati e Governo[109].

Per entrambe le Confederazioni sindacali, il 1969 è un anno davvero importante, non soltanto considerando la rilevanza dei temi trattati nei dibattiti congressuali, ma soprattutto constatando la maggiore articolazione subita dal modello di contrattazione collettiva, che viene significativamente "arricchito" dalla riuscita strutturazione a base federale dei lavoratori dell'industria.

---

[108] A cui possono partecipare anche i prestatori d'opera presso privati (art.9, co.4).

[109] Nonostante la conferma della coalizione DC-PSDIS avvenuta con le elezioni del 7 settembre 1969, i rapporti fra i due partiti restano tesi, soprattutto per l'osteggiata volontà del PSDIS di "aprire" uno spazio di confronto politico con i partiti di opposizione: D. Gasperoni, *Il Congresso....*, pp. 111-115.

Il congresso della CDLS che si tiene in quell'anno mostra i segni delle difficoltà insite nel perpetuare una strategia rimasta pressoché immutata dal momento della sua fondazione, destinata a ricercare un equilibrato quanto flessibile compromesso tra la domanda avanzata dagli iscritti di migliori condizioni di vita e di lavoro e le "compatibilità" economiche più generali del sistema-paese, attraverso la sperimentazione di una relazione sinergica tra l'azione sindacale e quella portata avanti dai partiti di governo[110]. La principale critica emersa dal dibattito congressuale sarà rivolta proprio contro questa politica di collateralismo perpetuata dalla "dirigenza storica", critica che si tradurrà nella proposta di rendere incompatibili cariche politiche e cariche sindacali di livello direttivo: detta incompatibilità, infatti, oltre a favorire una situazione di maggior autonomia, servirà ad accrescere la già diffusa tensione esistente tra gli iscritti in merito alla realizzazione dell'unità sindacale organica in tempi ragionevolmente brevi[111].

Altrettanto determinante sarà l'impatto prodotto dal riuscito sciopero generale unitario del 20 novembre 1969, evento che viene da molti preso a simbolo dell'avvio del processo sindacale di riunificazione, fortemente voluto soprattutto dai lavoratori e dai delegati più giovani[112]. In questi anni, tuttavia, la "questione" della riunificazione sindacale deve scontare un approccio eccessivamente semplificato, per non dire semplicistico, che ritiene, a torto, il conseguimento dell'unità organica sufficiente a garantire da

[110] *Lavoro libero,* 1969 nn. 1 e 2.

[111] Senza determinare lacerazioni nette, il rapporto fra partiti e sindacati diviene via via meno invadente e penetrante, fino alla "formalizzazione" di un vero e proprio distacco con le elezioni politiche del 1974, quando entrambe le Confederazioni adottano regole di incompatibilità fra incarichi sindacali e ruolo di membro del Consiglio Grande e Generale: A. Carattoni, *Novecento...*, pp. 15-16.

[112] A. Carattoni, *ivi*, pp.93-94. Dopo un primo fallito tentativo di costituire un circolo culturale nel 1966, sono sicuramente da ricordare le iniziative portate avanti da "San Marino 2000", divenuto nel 1968 punto di ritrovo di intellettuali e quadri sindacali soprattutto appartenenti alla CDLS. Tali iniziative ebbero non poche ripercussioni sui lavori dell'imminente congresso della Confederazione (su cui, pp. 98-100). Cfr. M. Pelliconi, *Politica...*, p. 121

solo una condizione di maggiore autonomia e libertà d'azione; non si considera infatti, il peso determinante rappresentato dalla diversa collocazione politico-ideale cui si richiamano le due Confederazioni.

Che le differenze da superare fossero molte, lo si può evincere anche dalla lettura degli atti del quinto congresso della CSdL, nei quali si constata la rinnovata influenza assunta dalle lotte sindacali[113], conseguente all'avverarsi dello "storico" mutamento di forza tra le classi sociali a vantaggio del c.d. movimento operaio, com'era già da tempo avvenuto in Italia[114]. Accanto a questa insolita attenzione alle rivendicazioni normative e salariali ed ai problemi dell'agricoltura, il congresso cerca di definire più attentamente il ruolo dell'organizzazione nel quadro dei rapporti con le altre forze sociali e con lo stesso governo, anche attraverso una parziale autocritica della strategia precedentemente perseguita[115].

Al di là delle esperienze congressuali, la fine degli anni sessanta vede finalmente realizzarsi (in ambito CSdL) l'organizzazione su base federale dei lavoratori dell'industria[116]. Fatta eccezione per i lavoratori della terra - i quali avevano da tempo dato vita alle Leghe coloniche (su cui *supra*)[117] -,

---

[113] Mi riferisco, ad esempio, alla battaglia sostenuta dai lavoratori e dal Sindacato alla Libra per la concessione di un premio di produzione non contrattualmente previsto, fermamente osteggiato dall'azienda e da un padronato determinato ad evitare qualsiasi legittimazione di azioni destinate a mettere in discussione il doveroso rispetto degli accordi stipulati. Altrettanto riusciti saranno gli scioperi organizzati direttamente dai lavoratori dipendenti della Cartiera Ciacci.

[114] CSdL, *CSdL 50 anni...*, p. 32: gli iscritti alla CSdL passano dai 620 del 1968 ai 1134 del 1971, di cui 665 erano operai dell'industria.

[115] A. Carattoni, *Novecento...*, pp. 101-106.

[116] Il primo congresso della Federazione unitaria dei lavoratori dell'industria (poi, Sindacato unitario dei lavoratori dell'industria, SULI) - che aveva iniziato ad operare provvisoriamente fin dal 1970 - si terrà nel giugno 1973: la Federazione industria assumerà un ruolo preponderante nel dirigere lo scontro di classe e le lotte di fabbrica negli anni segnati dall'avvento della nuova contrattazione di categoria.

[117] Tuttavia, sotto il profilo contrattuale, le strutture di categoria non sono mai state né operanti né definite, tanto che la gestione e l'elaborazione della piattaforma rivendicativa è stata demandata al vertice confederale. Bisogna inoltre ricordare che, nonostante interventi e sostegni ripetuti da parte dello Stato, l'agricoltura vede dimezzarsi sia il numero delle aziende sia il numero degli addetti: P. Persi, *San Marino: l'economia...*, p. 288 ss.

non si era fino ad allora riusciti a dare concreta operatività alle altre strutture sindacali di categoria. A ben vedere, erano da tempo stati individuati dei responsabili di settore, ma questi non potevano certo essere considerati veri e propri organismi orizzontali di rappresentanza, mancando l'attribuzione dei necessari poteri decisionali.

L'avvio della strutturazione su base federale della rappresentanza sindacale si deve invece alla sensibile crescita delle adesioni degli operai di fabbrica. Il fenomeno va messo in relazione con quanto sta accadendo in Italia, dove il sindacato confederale oltre a guidare le sempre più dure lotte di fabbrica, si candida a gestire il complessivo scontro di classe. Sono diventati davvero molto complessi i rapporti fra il sistema produttivo sammarinese e le case-madri d'oltre confine, per poterne spiegare le ragioni ricorrendo soltanto all'influenza indubbiamente esercitata dalle più favorevoli dinamiche salariali[118]. Anche a San Marino, infatti, si è oramai formata una vera e propria classe operaia, all'interno della quale è possibile enucleare una forte componente femminile, il cui aggregarsi è dovuto all'attenzione tutta nuova mostrata dalle stesse Confederazioni e dal Governo a ridurre il divario normativo e retributivo ancora esistente nell'Ordinamento (sammarinese) fra lavoratori protetti e lavoratori "deboli"[119].

E' evidente che gran parte di questi nuovi fermenti finirà per scari-

[118] Il grande rinnovamento sociale che attraversa in quegl'anni l'Italia spinge i "nostri" imprenditori ad aumentare gli investimenti nelle aree ancora industrialmente marginali, tra cui rientra il territorio della Repubblica del Titano. In tale contesto non dev'essere sottovalutata l'importanza delle rispettive dinamiche salariali: il livello medio di scarto tariffario tra distretto sammarinese ed aree limitrofe si aggirava sulle 120-150 lire orarie, a cui doveva poi sommarsi la differenza di oneri sociali ammontante addirittura al 55%.

[119] Nei settori nei quali sono regolarmente stipulati contratti collettivi aziendali, il dislivello retributivo uomo-donna - a parità di mansioni - raggiunge il 25%. Il primo contratto del settore abbigliamento siglato verso la fine del 1970 ridurrà il differenziale retributivo uomo-donna al 10/12%: A. Carattoni, *Novecento...*, pp. 109-110.

carsi sulla contrattazione collettiva[120]: il Sindacato si trova a dover governare tutta una serie di spinte centrifughe e di piattaforme differenziate che portano ad un rifiuto della politica normativa di moderazione salariale che aveva in passato condizionato le rivendicazioni sindacali.

La sempre difficile composizione fra interessi ed esigenze dell'organizzazione rispetto a quelle del movimento[121], non fermano la decisione della CSdL e del SULI - con l'appoggio della CDLS[122] -, di presentare intorno alla metà del 1971 una piattaforma contrattuale unica per l'intero settore industriale[123]. Molta pressione in tal senso l'aveva esercitata il padronato, desideroso di superare la dimensione aziendale di contrattazione, non soltanto per gli indiscutibili effetti di unificazione dei trattamenti

[120] Oltre che tradursi in un aumento della "turbolenza" politica. Infatti, dopo le polemiche dimissioni del Segretario di Stato per gli affari Esteri Federico Bigi (1971), il governo entrerà ripetutamente in crisi, prima della scadenza naturale della legislatura (nel 1973, nel 1975 e nel 1977), nonostante le sperimentazione di diverse formule di alleanza strategica fra il PDC, i partiti socialisti, e il Movimento Libertà Statutarie (MLS); cfr., *amplius*, D. Gasperoni, *Il Congresso...*, pp. 115-140.

[121] La preoccupazione delle Confederazioni di non riuscire più a governare il sistema si accrebbe notevolmente all'indomani delle vicende che portarono alla stipulazione del contratto collettivo del settore abbigliamento, che contava oltre cinquecento addetti. Infatti, a causa della lentezza delle trattative, furono proclamati dagli stessi lavoratori due scioperi, e ciò non solo indipendentemente, ma addirittura contro espresse direttive sindacali. Il contratto dell'abbigliamento segnerà una vera e propria svolta nel sistema di contrattazione collettiva sammarinese: la verifica della forza e dell'indubbia capacità di lotta acquisite dal movimento operaio, favorirà la stipulazione dei successivi contratti dei chimici e dei metalmeccanici, aprendo la strada all'inquadramento unico, che diventerà un buon terreno per consolidare il processo di unificazione sindacale e per iniziare il recupero del dissenso interno ed esterno alle organizzazioni. Cfr. Anis, *Da 50anni...*, p. 40.

[122] Nella posizione assunta dalla CDLS si evidenzia l'ampio rinnovamento strategico-operativo avvenuto al suo interno, senz'altro favorito dal parziale ricambio della sua classe dirigente, che culminerà con il Congresso del 1975, su cui *infra*.

[123] A. Carattoni, *Novecento...*, p. 111.

economico-normativi che si sarebbero potuti determinare[124], ma anche per il contenimento della conflittualità sociale che quel sistema (di contrattazione) non è in grado di garantire.

In verità, per l'Associazione industriali, l'alta conflittualità prodotta, determinando un affievolimento del dialogo con le Confederazioni, fungerà da fattore di rafforzamento dei rapporti istituzionali con il Governo, il quale, da tempo, considerava rientrante tra i suoi principali obiettivi assicurare una condizione di stabile pace sociale[125]. L'Associazione degli imprenditori, che aveva vissuto con grande difficoltà e preoccupazione la prima ondata di agitazioni operaie (1967-1969), temeva in particolare le istanze rivendicative portate avanti dal SULI e dalle c.d. avanguardie di fabbrica, dirette ad ottenere il riconoscimento dei diritti sindacali in azienda o la riduzione dell'orario a 40 ore settimanali, con la contestuale previsione di aumenti salariali uguali per tutti[126].

In questo difficile contesto, la nuova strategia meno organicistica adottata dalla CDLS, pur favorendo, da un lato, il processo verso l'unificazione sindacale, dall'altro produrrà un irrigidimento della CSdL, preoccupata di perdere la conquistata egemonia a livello operaio[127]. Nel suo con-

[124] In tal senso, si era espresso il Consiglio direttivo con la delibera del 23 marzo 1966, in attuazione della quale la Segreteria aveva successivamente provveduto a raggruppare ed inquadrare le aziende secondo criteri di affinità. Il fine ultimo doveva essere quello di riuscire a formalizzare quella sorta di "polarizzazione spontanea per settori" che si era naturalmente determinata in conseguenza della diversificazione produttiva delle imprese di nuova costituzione.

[125] Il Governo veniva dagli imprenditori sollecitato a dare chiare indicazioni programmatiche di cui le parti potessero tenere conto nell'adottare le rispettive strategie per il rinnovo dei contratti collettivi. Purtroppo, tali aspettative erano destinate ad andare deluse: risale al 9 settembre 1973, l'esposto che il Consiglio direttivo invierà al Congresso di Stato per denunciare l'assenza di un sistema di sostegno integrato allo sviluppo industriale, con cui prevedere, in particolare, strumenti di finanziamento agevolato, norme per la detassazione dei beni strumentali e l'incentivazione dell'apprendistato.

[126] V. CSdL, *CSdL 50 anni...*, p. 33, 39-40.

[127] Nei primi anni settanta la CSdL vede aumentare i propri iscritti di ben il 50%, grazie al dinamismo dimostrato nell'organizzare le lotte di fabbrica, al rinnovamento organizzativo ed alla strategia movimentista adottata.

gresso del 1973, infatti, si raffreddano ulteriormente gli "entusiasmi" unitari, anche attraverso la riproposizione di temi non ancora condivisi dalla CDLS - in particolare quello della programmazione economica -, tentando al contempo di rivendicare un più forte ruolo di condizionamento delle linee di sviluppo della realtà produttiva sammarinese[128]. Una richiesta che appariva in quel momento tutt'altro che velleitaria, visto che il congresso si svolge all'indomani del fallimento della coalizione roveretiana che aveva retto il paese fin dal lontano 1957[129].

Per la CDLS, invece, le prospettive che si aprono sono più incerte: lo sviluppo economico è andato via via ridimensionandosi; la crescita ha evidenziato gravi squilibri, che l'avversata politica di programmazione non ha consentito di governare; l'accresciuto bisogno di partecipazione ha richiesto un profondo rinnovamento organizzativo, che si è tradotto nella costituzione delle federazioni di categoria e nel superamento delle commissioni interne da parte dei consigli dei delegati (su cui, *infra*). I due congressi tenuti nel 1972 e nel 1975, tuttavia, registrando le accresciute difficoltà in cui si trova il sistema economico e produttivo sammarinese[130], rafforzano l'individuazione strategica dell'unità sindacale quale principale strumento

[128] La situazione di difficoltà del sistema economico sammarinese è stata inizialmente aggravata dalla scelta fatta dal Governo della Repubblica di dissociarsi dal modello di tassazione sul valore aggiunto adottato dall'Italia; viene infatti preferito quello monofase, che si applica sul valore del bene importato. Le possibili conseguenze sulla "speditezza" delle procedure di interscambio commerciale sono facilmente immaginabili: si tratterà, tuttavia, di un prezzo che i sammarinesi riterranno di poter pagare per preservare le peculiarità del proprio sistema economico, che tra l'altro consentirà di mantenere un differenziale complessivo di tassazione indiretta di circa due punti.

[129] CSdL, *CSdL 50 anni....*, pp. 36-37.

[130] La crisi è resa ancora più seria dall'esistenza di processi di vera recessione economica e di stagnazione. Neppure San Marino può restare indenne dai fenomeni di terziarizzazione economica, di rallentamento industriale, di ulteriore depauperamento del ruolo dell'agricoltura, di aumento dell'occupazione presso le pubbliche amministrazioni per compensare la diminuzione di quella privata. Cfr. la scheda n. 4 di *Proposta Sindacale, 30 anni CDLS*.

in grado di far fronte alla situazione creatasi, superando i limiti d'azione insiti nell'attuale separazione delle due Confederazioni[131].

7. Verso la riunificazione sindacale. La costituzione della Centrale sindacale unitaria

E' con l'atto costitutivo della Centrale sindacale unitaria (CSU) del 21 febbraio 1976 - da considerare come organizzazione di classe dei lavoratori che si prefiggono l'obiettivo della tutela dei loro interessi economici e sociali -, che il processo unitario, iniziato negli anni sessanta, raggiunge il suo primo vero formale traguardo[132]. Dopo il progressivo sostanziale ravvicinamento strategico ed operativo, infatti CSdL e CDLS decidono di formalizzare l'intesa politica raggiunta, dando contestuale prova dell'impegno programmatico destinato a perseguire un sempre più stretto coordinamento delle loro azioni rivendicative.

Lo scopo della neo-costituita CSU consiste nell'armonizzare ai vari livelli la politica delle due confederazioni con prerogative delegate ed organi propri, ferma restando la piena sovranità per le materie non delegate. La scommessa è quella di realizzare la convivenza e la collaborazione democratica tra organizzazioni sindacali che, pur restando ancorate a concezioni ideologiche e politiche diverse[133], avevano da tempo compreso la necessità di coordinare preventivamente la posizione da tenere nell'ambito degli organi istituzionali che ne prevedono la presenza. Occorreva per questo individuare una "sede" di confronto bilaterale, capace di garantire ad entrambe

---

[131] A. Carattoni, *Novecento...*, p. 114: l'adozione della nuova strategia sarebbe stata resa possibile dall'assunzione del controllo della CDLS da parte della "componente di classe", dopo un'interrotta egemonia di quella democristiana e socialdemocratica. A simbolo della nuova stagione sindacale potrebbe essere presa la commemorazione unitaria della festa del I maggio 1973.

[132] La data emblematica è quella già ricordata dello sciopero generale unitario del 20 novembre 1969 (su cui, *supra*).

[133] Assai significativo come segnale di una forte volontà d'azione comune è anche la decisione di dotarsi di una sede comune.

le Confederazioni la più ampia libertà di discussione e di accordo, pari dignità e legittimazione, senza temere indesiderate forzature delle rispettive strategie rivendicative[134].

Oltre all'intesa costitutiva della CSU, i Consigli federali della CSdL e della CDLS del 21 febbraio 1976 ratificano altri due importantissimi atti - il primo, "politico" per l'unità sindacale, il secondo "organizzativo" destinato alla costituzione delle strutture zonali - che esigono entrambi un adeguato approfondimento[135].

7.1. Il documento politico per l'unità sindacale

Il documento politico per l'unità sindacale è suddiviso in più paragrafi tematici, il primo dei quali concerne il ruolo del sindacato nella società: confermato l'obiettivo prioritario della tutela degli interessi economici e sociali dei lavoratori, le parti firmatarie individuano nella ricostruita condizione di "convivenza democratica" il vero presupposto dell'unità rappresentativa, nonostante la permanenza di concezioni ideologiche e politiche molto diverse.

L'organizzazione sindacale unitaria deve esistere ed agire innanzitutto per esaltare al meglio l'esercizio pieno delle libertà democratiche e dell'uguaglianza effettiva tra i cittadini, nell'ambito dei rapporti delle forze economiche e sociali che caratterizzano la società nella sua complessità. Si tratta, in sostanza, di arrivare ad eliminare progressivamente gli ostacoli economici che si frappongono all'uguaglianza sociale dei cittadini: non basta la pur irrinunciabile affermazione della libertà di impresa; occorre promuovere la completa valorizzazione di tutte le risorse umane e materiali, attraverso la riforma delle strutture economiche ed un diverso rapporto tra inter-

---

[134] Non sembrano meno rilevanti gli effetti positivi che la costituzione della CSU potrebbe determinare sulla funzionalità del sistema istituzionale.

[135] Entrambi i documenti sono pubblicati in C.S.U., *Centrale sindacale unitaria - C.S.d.L. - C.D.L.S., Documenti sindacali unitari*, n. 6., 1976, p. 5 ss.

vento pubblico ed iniziativa privata.

La realizzazione di tali ambiziosi obiettivi esige che le politiche rivendicative del sindacato a livello generale, di categoria o di azienda, registrino convergenze sostanziali, convergenze che possono indifferentemente essere formalizzate nelle scelte congressuali, nelle piattaforme confederali per le riforme, nei documenti unitari dei direttivi. Esse dipendono, in particolare, dalle strutture organizzative e dalle istanze territoriali che costituiranno le sedi principali dell'affermazione dell'unità della classe lavoratrice sammarinese. Al centro di questa riorganizzazione stanno anche le nuove strutture unitarie di fabbrica, nella costituzione delle quali dovranno essere garantite le minoranze e un'adeguata rappresentanza delle diverse associazioni: la dimensione aziendale costituisce il fondamento sia dell'organizzazione verticale che di quella orizzontale.

L'importanza della forma organizzativa del Sindacato è sottolineata anche nel successivo paragrafo dedicato alla sua "vita interna": il documento evidenzia la stretta relazione esistente tra i compiti dell'associazione e la struttura organizzativa, aperta a tutti i lavoratori, dei quali persegue l'unità organica attraverso un costante collegamento strategico tra "iniziative generali" e lotte aziendali.

Il paragrafo forse più rilevante - almeno alla luce delle dinamiche storiche del movimento sindacale sammarinese - resta tuttavia quello dedicato all'autonomia, che nel documento viene apprezzata sotto due distinti profili. Il primo, tutto interno all'associazione, è destinato ad impedire la costituzione di correnti organizzate di qualsiasi derivazione, senza tuttavia limitare in alcun modo la dialettica tra maggioranza e minoranza, di cui dev'essere sempre rispettato il diverso "peso" attraverso l'adozione del metodo proporzionale nelle votazioni. In particolare, si ritiene che l'autonomia possa essere garantita soltanto dall'elezione libera, democratica ed a scrutinio segreto dei gruppi dirigenti a qualsiasi livello, passando anche per una più completa autosufficienza di carattere economico-amministrativo, e per la trasparenza che può garantirsi attraverso la formale pubblicazione dei bilanci.

Il secondo profilo che ci consente di apprezzare l'importanza della rivendicata autonomia sindacale consiste nel riconoscere l'insostituibile fun-

zione dei partiti e delle altre istituzioni, in grado di operare la sintesi di tutti i problemi della società ed individuare gli strumenti per la loro soluzione. Rispetto ad essi, nell'ambito di una necessaria articolazione pluralistica della società, la posizione del sindacato si distingue sostanzialmente per il ruolo di rappresentanza e tutela diretta degli interessi collettivi della classe lavoratrice. Detto altrimenti, il rapporto necessario tra partiti e sindacati sulla base delle rispettive autonomie si presenta come un modo per arrivare ad articolare più efficacemente la vita democratica del paese, senza dare spazio a sovrapposizioni o antagonismi di sorta. Ne consegue che la pur importante esperienza del sindacato unitario non è in grado di esaurire l'impegno politico della classe lavoratrice, che può invece compiutamente realizzarsi soltanto con la militanza attiva nei partiti. Resta tuttavia confermata la volontà già espressa dalle Confedederazioni di sancire l'incompatibilità a livello sia esecutivo che direttivo tra cariche sindacali, partitiche, amministrativo-parlamentari ed amministrativo-direttive.

Il documento si chiude con il paragrafo dedicato ai rapporti internazionali, in cui viene sollecitata l'adesione a quelle strutture supernazionali nelle quali è possibile realizzare una convergenza operativa e rivendicativa di organizzazioni sindacali che si trovano alle prese con realtà socio-economiche analoghe, identici problemi e comuni avversari. In tal senso, assai rilevante è l'affermazione contenuta nell'ultimo periodo, non tanto per quanto riguarda il riferimento all'affiliazione alla CES del nuovo organismo unitario, quanto per il passaggio che prevede la disaffiliazione delle Confederazioni dalle centrali internazioni come conseguenza del loro futuro programmato scioglimento.

7.2. Strumenti, organizzazione ed obiettivi dell' "intesa costitutiva"

Preso atto che sono superate positivamente le conseguenze della frattura del 1957 che aveva interrotto il processo unitario dei lavoratori ed indebolito il loro potere contrattuale, alla luce delle positive esperienze di rivendicazioni comuni avanzate con successo in anni precedenti, la CSdL e

la CDLS confermano la volontà di realizzare una nuova unità sindacale organica, indicandola come esigenza irrinunciabile per assicurare una più valida e completa difesa degli interessi dei lavoratori e per rafforzare le basi del sistema democratico sammarinese.

Per realizzare questo obiettivo, le Confederazioni convengono sulla necessità di dare vita ad un'intesa politica e ad un impegno programmatico che salvaguardino, consolidino ed estendano il patrimonio unitario acquisito, dando certezza all'unità d'azione, nella prospettiva dell'unità organica sulla base del già descritto documento politico.

La Centrale sindacale unitaria (CSU) che si costituisce tra le due confederazioni ha lo scopo di coordinare ai vari livelli la politica unitaria con prerogative delegate ed organi propri, ferma restando la piena sovranità di ogni Confederazione per le materie non delegate. E' importante sottolineare che lo spirito ed il contenuto dell'intesa non scardinano la loro integrità organizzativa: l'impegno sottoscritto è soltanto quello di verificare le possibilità di far ulteriormente avanzare il processo unitario, verifica che spetta ai rispettivi congressi confederali, ai quali compete ogni decisione circa lo scioglimento (delle Confederazioni) e l'eventuale successiva convocazione del Congresso costitutivo della nuova organizzazione unitaria.

In attesa di queste decisioni, le Confederazioni sono tenute esclusivamente a delegare alla CSU i poteri necessari a decidere in materia di politiche contrattuali, riforme economiche e sociali, programmazione e sviluppo, nonché di collocazione internazionale. La costituzione della CSU assume poi un rilievo particolare sul piano delle vertenze: essa impone, infatti, la formulazione di comuni piattaforme rivendicative, comportanti azioni e decisioni di carattere collettivo, fermo restando per ciascuna di esse il diritto al dissenso ed alla sua manifestazione[136].

L'atto costitutivo dispone inoltre che l'organo di direzione politica della CSU sia rappresentato da un Comitato direttivo di 30 membri, desi-

[136] Può essere utile ricordare che gli atti dell'intesa politica dovranno essere sottoscritti, per ogni livello di rappresentanza, dai delegati di ciascuna delle due Confederazioni, dopo formale riconoscimento da parte degli organismi unitari.

gnato pariteticamente (dalle Confederazioni firmatarie), alle cui sedute partecipano, con voto consultivo, altri 10 membri (tra cui i Sindaci revisori). La Segreteria è a sua volta composta da altri 10 membri[137].

Se tra i compiti prioritari assegnati alla CSU rientra sicuramente quello di promuovere l'indispensabile omogeneizzazione delle strutture verticali in rapporto agli inquadramenti dei singoli settori d'attività - unitamente alla realizzazione di programmi di formazione unitaria dei quadri e dei militanti -, è tuttavia evidente che la rappresentanza comune non può essere destinata ad operare soltanto a livello confederale e di federazione, ma deve coinvolgere anche le strutture di base del movimento sindacale. A conferma dell'importanza rappresentata da un tale coinvolgimento può essere richiamato proprio lo specifico documento approvato, nel quale, constatato l'avvenuto superamento sia delle Commissioni interne che delle Sezioni sindacali, viene formalmente riconosciuto il ruolo determinante ormai assunto dal Consiglio dei delegati.

Il Consiglio dei delegati, tuttavia, presenta non pochi limiti, tra cui quello di essere una rappresentanza esclusivamente destinata a contrattare le condizioni di lavoro. Da qui la necessità, per un sindacato che voglia intervenire e dire la sua sulle generali politiche di riforma economico-sociale, di sostenere non soltanto l'adeguamento, ma anche la costituzione di nuove e più idonee strutture rappresentative di base - ci si riferisce in particolare ad organismi unitari di zona (su cui *infra*) - che consentano di superare la "scollatura" esistente fra vertenze aziendali e di settore e le azioni per riformare il sistema nella sua globalità, nonché di contemperare la tutela degli interessi collettivi dei lavoratori subordinati con quelli più generali di tutti i cittadini, combinando opportunamente la soluzione di problemi generali e di problemi locali.

[137] In ognuno di questi organismi della CSU, le decisioni dovranno essere prese a maggioranza qualificata (3/4), fermo restando il diritto di ogni Confederazione di chiedere che le deliberazioni siano assunte votando a maggioranza di organizzazione.

7.3. Le strutture di base del sindacato unitario. I Consigli dei delegati

Al di là della strategica strutturazione su base territoriale, l'estensione in tutte le categorie e la diffusione in settori ancora scarsamente sindacalizzati - lavoro agricolo, commercio, artigianato, credito, assicurazioni - delle strutture di rappresentanza nei luoghi di lavoro, non può non continuare ad assorbire lo sforzo più rilevante del movimento sindacale sammarinese.

Il Consiglio dei delegati, composto dagli eletti nei vari settori di lavoro dell'azienda, sono scelti in modo da rappresentare tutte le diverse componenti l'organico esistente. Lo si evince analizzando le modalità di elezione dei delegati, che sono considerati espressione del gruppo di lavoro e che, indipendentemente dalla qualifica, si ritrovano e si riconoscono, per condizioni di ambiente e per collocazione, in una situazione "omogenea" all'interno dello specifico processo produttivo[138].

La disposizione sui gruppi di lavoro è completata dall'affermazione secondo cui la regolamentazione dei modi di costituzione e di funzionamento dei Consigli va considerata come un fatto interno al movimento sindacale non potendo essere oggetto di contrattazione con le controparti[139]. Nella determinazione del modello più efficace di rappresentanza sindacale all'interno dei luoghi di lavoro occorre tenere presenti una molteplicità di esigenze, tra cui, in particolare, la salvaguardia dell'unità del gruppo, la

[138] La nozione di "gruppo di lavoro" assume per l'ordinamento sammarinese la stessa funzione ordinante che nel diritto italiano è svolta dal concetto di unità produttiva: ci si riferisce, infatti, al reparto, alla squadra, alla linea, all'ufficio, all'unità agricola, commerciale e dei servizi. Il "gruppo di lavoro" va individuato d'intesa tra lavoratori e sindacato, ricercando un ragionevole compromesso tra le legittime istanze del movimento e di quelle dell'organizzazione. V. *Documento sulle strutture del Sindacato*, in *C.S.U.,Centrale sindacale unitaria - C.S.d.L. - C.D.L.S., Documenti Sindacali Unitari*, n. 6, 1976, p. 15 ss.

[139] Nei limiti in cui se ne discuta l'estensione, possono rientrare tra gli oggetti di contrattazione anche i diritti e le prerogative che siano destinate a facilitare l'assolvimento dei compiti attribuiti rispettivamente ai Consigli ed ai singoli delegati eletti.

facilitazione dei rapporti lavoratori-delegati, la valorizzazione delle potenzialità di mobilitazione esistenti[140].

Sotto il profilo delle funzioni e delle competenze, il Consiglio dei delegati ha poteri di iniziativa e di contrattazione nei luoghi di lavoro, di tutela della libertà e dignità dei lavoratori. Tali prerogative dovranno essere esercitate in modo democratico, vale a dire con il coinvolgimento dei lavoratori mediante l'indizione di assemblee nei vari reparti, cantieri, uffici[141], in stretto rapporto con le altre istanze sindacali, orizzontali o verticali che siano.

I legami strutturali ed organizzativi che vincolano il Consiglio dei delegati alla Confederazione si evidenziano anche nelle modalità previste per la sua elezione. Infatti, mentre i lavoratori iscritti possono liberamente concorrere alla formazione dei Consigli dei delegati, i non iscritti devono ottenere l'approvazione della propria candidatura da parte di una delle due Confederazioni e, una volta eletti, saranno tenuti ad iscriversi per poter esercitare le funzioni spettanti. L'esigenza tutelata è quella di consentire un adeguato contemperamento fra l'obiettivo di conseguire il massimo coinvolgimento dei lavoratori e quello di fare del Consiglio dei delegati il principale organismo di base del sindacato.

Nessuna limitazione è invece imposta all'elettorato attivo, il quale spetta a tutti i lavoratori, senza distinzione fra iscritti e non iscritti, in ragione di una rappresentanza che si vuole la più ampia ed effettiva possibile. A tal fine, si prevede che siano adottati criteri di elezione capaci di garantire,

---

[140] In quest'ottica, può essere opportuno eleggere un solo delegato, quando il gruppo è di piccola entità, oppure più delegati quando la sua consistenza è maggiore: va assicurata un'adeguata rappresentanza all'interno del Consiglio, evitando gravi difficoltà di funzionamento.

[141] Si tratta di uno strumento che va utilizzato nella forma che più di ogni altra consente di valorizzare le potenzialità di reale partecipazione e di libera espressione dei lavoratori. All'assemblea è altresì affidato il compito di discutere non solo i problemi di reparto o dell'azienda, ma tutta la tematica complessiva dell'iniziativa e della politica del Sindacato. *Cfr.* con quando dispone l'art. 20 Stat. lav., in particolare a proposito del possibile oggetto dell'Assemblea.

oltre alla più ampia delle partecipazioni, la possibilità di confrontare le diverse opinioni in appositi dibattiti che dovranno necessariamente tenersi prima dell'esercizio del voto. Il mandato ha una durata di due anni; esso può essere anticipatamente revocato su proposta sia dei lavoratori elettori sia del Consiglio, dopo un attento dibattito al quale possono partecipare anche rappresentanti delle strutture sindacali esterne.

7.4 (segue). I Consigli di zona

Come si è già in precedenza accennato, i Consigli di zona sono le nuove strutture unitarie orizzontali attraverso le quali ci si prefigge di concorrere a realizzare quella sorta di presenza e di "partecipazione complessiva" che è essenziale al perseguimento degli obiettivi di trasformazione sostanziale dei processi di sviluppo e dei rapporti di potere fatti propri dalla CSU. In altri termini, la costituzione dei Consigli di zona segna uno dei passaggi più significativi del rinnovamento strutturale ed organizzativo connesso al processo di riunificazione, indotto sia dall'esigenza di legittimare un nuovo modello di partecipazione del Sindacato alle scelte di politica generale, sia dalla necessità di rendere più stretti i rapporti strategico-operativi tra i citati Consigli (dei delegati) e le altre strutture confederali e federali di categoria[142].

[142] Le funzioni dei Consigli di zona sono riassunte nel I paragrafo del Documento sulla costituzione delle strutture sindacali: si tratta di promuovere una più efficace partecipazione dei lavoratori alla vita del Sindacato; dotare la CSU di uno strumento diretto a realizzare le linee politiche generali assunte dalle Confederazioni, assicurando interdipendenza tra le politiche contrattuali e quelle per le riforme e lo sviluppo; rafforzare l'iniziativa delle strutture unitarie di base (Consiglio dei delegati) e realizzare un più corretto rapporto tra queste e le altre strutture Confederali; esercitare i poteri e i compiti propri della CSU, assicurando la direzione unitaria dell'azione sindacale, anche per quanto concerne le lotte e la contrattazione; articolare le azioni per le riforme sociali-strutturali-economiche ed istituzionali per una democrazia più avanzata; garantire la partecipazione delle strutture di base e dei lavoratori alla definizione dei compiti, dei programmi, degli obiettivi del Consiglio di zona; adeguare la composizione alla rappresentatività delle forze sindacali presenti (nella zona), e, in particolare, delle categorie più consistenti (industria, edilizia, pubblico impiego, agricoltura).

L'aspetto sicuramente più delicato inerente la costituzione dei Consigli di zona riguarda la scelta dell'ottimale dimensione territoriale da assumere, nell'individuazione della quale occorre valutare congiuntamente tutta una serie di importanti elementi quali: la composizione del tessuto economico e sociale del territorio; la suddivisione in Castelli del territorio della Repubblica; la possibilità per il Sindacato di porre in essere una direzione efficace del movimento sindacale; il potenziamento degli strumenti utili a cogliere le specifiche esigenze ed i problemi di comune interesse per i lavoratori; l'aumento delle occasioni di confronto con le controparti per la ricerca di intese su comuni obiettivi.

I Consigli di zona sono composti da un'Asssemblea, un Direttivo ed un Esecutivo. L'Assemblea è costituita da tutti i delegati dei Consigli aziendali delle categorie presenti nella zona; dai membri delle Rappresentanze sindacali aziendali e dei diversi organismi locali di quelle categorie che non hanno ancora realizzato le strutture dei delegati; dai membri dei Consigli direttivi confederali e delle Federazioni di categoria residenti nella zona[143].

Il Comitato direttivo è formato da un numero variabile di membri (da 16 a 34), alcuni designati dalla CSU, altri eletti dalle strutture di base unitarie o di ciascuna organizzazione, in considerazione della rilevanza delle diverse categoria di appartenenza, ma con la garanzia di essere rappresentativo di tutti i settori più importanti. Il Comitato può decidere di organizzarsi anche in Commissioni o gruppi di lavoro su specifiche tematiche, che rispondono al direttivo che li ha nominati tramite i rispettivi coordinatori. L'Esecutivo può essere composto da un minimo di 4 ad un massimo di 7 membri eletti dal Direttivo. L'individuazione della sede e delle fonti di finanziamento dovrà essere affrontata dal Consiglio congiuntamente con la Confederazione[144].

[143] Il delegato può svolgere la sua funzione in un solo Consiglio di zona. Per evitare un deprecabile cumulo di cariche sono considerati incompatibili l'appartenenza alle Segreterie confederali ed ai direttivi dei Consigli di zona.

[144] Nell'allegato n. 1 del Documento sulle strutture sindacali si individuano gli ambiti di competenza territoriale dei quattro "originari" Consigli di zona, le cui dimensioni non devono ovviamente essere considerate immodificabili.

8. Le prime difficoltà dopo la formalizzazione del processo unitario

Gli anni che seguono l'istituzione della CSU costringono le due Confederazioni sindacali a fare i conti con una difficile situazione non soltanto economica ed occupazionale, ma anche socio-politica, determinata da uno stravolgimento del quadro politico che si rivelerà assai dannoso per le sorti del processo unitario[145].

Infatti, dopo un lunghissimo ed ininterrotto esercizio del potere, il Partito democratico cristiano è costretto passare all'opposizione, lasciando il governo del paese nelle mani delle sinistre[146]. L'accentuazione del conflitto politico che ne seguirà, non potrà non scaricarsi anche sul Sindacato: da una parte, il Partito democratico cristiano chiederà alla CDLS una ferma e pregiudiziale opposizione sociale ad ogni atto del nuovo governo; dall'altra, la maggioranza di sinistra cercherà di coinvolgere entrambe le Confederazioni nella gestione della cosa pubblica[147], creando non poche preoccupazioni ai molti "cultori" dell'autonomia sindacale[148].

---

[145] A. Carattoni, *Novecento...*, p. 17.

[146] Aperta la crisi con le dimissioni del 18 novembre 1977 dei membri del PSS dal Congresso di Stato, immediatamente seguite da quelle dei democristiani, verificata l'impossibilità di formare un nuovo governo, vengono indette le elezioni anticipate che si terrano il 28 maggio, le quali sanciranno l'affermazione di una nuova maggioranza di governo formata da PCS, PSS, PSU.

[147] Infatti, come risulta dagli atti (D. Gasperoni, *Il Congresso...*, pp. 143-145), l'accordo programmatico della maggioranza di sinistra si fonda sull'instaurazione di nuovi rapporti tra forze politiche e sociali essenziali al raggiungimento del dichiarato obiettivo di modificare funzionamento e finalità sociali del sistema economico-produttivo, attraverso una programmazione strategica che sappia destinare la spesa pubblica per riorientare gli investimenti, i consumi ed i modelli di comportamento socio-culturali.

[148] Pur con differente sensibilità, le Confederazioni si rendono conto che la nuova maggioranza intende intervenire in modo molto più determinante che in passato sul tema della politica economica per lo sviluppo. Inevitabile, pertanto, il diffuso disorientamento dell'intero movimento sindacale: si registrano in quegli anni fatti davvero preoccupanti: i quadri democristiani organizzano i pensionati contro la CDLS; i quadri sindacali dei partiti di sinistra boicottano gli scioperi indetti dalla CSdL per non danneggiare la stabilità della nuova maggioranza.

In questo difficile contesto, la CDLS tiene due importanti congressi: durante i lavori del primo (17/18 marzo 1978), i delegati, pur continuando a mostrare un forte interesse per i tradizionali temi dell'autonomia sindacale e della democrazia interna, si interrogano con insolita determinazione anche sul ruolo e sulle nuove responsabilità "sociali del sindacato", così da integrare la tradizionale strategia contrattuale rivendicativa con atteggiamenti meno conflittuali da tenere al tavolo della concertazione istituzionale.

La situazione descritta caratterizza anche il quinto congresso che la Confederazione democratica terrà il 10/11 aprile 1981[149]; rispetto alla precedente assise, emergono con maggior chiarezza le difficoltà che stanno incontrando i rapporti unitari. Senza arrivare mai a mettere in discussione l'obiettivo strategico di una sempre più stretta convergenza di azione tra le due Confederazioni, tali difficoltà contribuiscono a rimarcare la necessità di preservare le diverse componenti ideali che storicamente il movimento dei lavoratori sammarinese ha saputo esprimere. Pertanto, nessuna organizzazione dovrà mai arrivare ad imporre all'altra scelte, decisioni, metodi di lavoro, rapporti con la propria base o i propri quadri. Quella auspicata dalla CDLS è quindi un'unità pluralista, non paralizzante, capace di progettare un'azione di tutela efficace rispetto ai molti nuovi problemi che un sindacato moderno si trova a dover affrontare.

Anche la CSdL vive con difficoltà gli anni di questo scorcio di fine decennio. Tuttavia, nel congresso che si tiene dopo le elezioni che nel maggio 1978 segnano la presa del potere da parte delle sinistre, le aspettative per un'azione riformatrice forte ed incisiva su pubblica amministrazione e servizi sociali fanno in parte dimenticare la delusione per le incertezze ed il rallentamento subito dal processo sindacale unitario[150]. Purtroppo, saranno proprio le iniziative di riforma - in particolare quella relativa alla

[149] In *Proposta sindacale, 30 anni CDLS*, scheda n. 5.

[150] L'obiettivo strategico indicato dal Congresso è quello di favorire lo sviluppo di ogni possibile convergenza "politica" dell'intero movimento operaio, attuata anche attraverso l'allargamento delle strutture di democrazia partecipata. Tra gli oggetti di dibattito merita di essere ricordato anche quello relativo al ruolo dei Consigli di fabbrica di fronte ai rilevanti processi di trasformazione occupazionale e tecnologica.

riorganizzazione-ristrutturazione della pubblica amministrazione[151] - a causare alcune fortissime tensioni fra le Confederazioni, tensioni delle quali il successivo congresso che la CSdL terrà nel 1981 saprà dare ampiamente conto[152].

Tuttavia, l'indubbio rallentamento del processo unitario che ne seguirà, non potrà compromettere il raggiungimento di alcuni importanti traguardi per l'intero movimento sindacale sammarinese. In particolare, merita di essere ricordata la stipulazione del primo Contratto collettivo generale di lavoro per le aziende industriali ed artigianali, in cui trovano formale e compiuta disciplina problematiche assai rilevanti quali la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ed il lavoro esterno, senza peraltro dimenticare la previsione dei c.d. diritti di informazione e di consultazione in capo ai Consigli dei delegati relativi alle scelte aziendali che più incidono sui livelli di occupazione e sulla tutela dei rapporti di lavoro[153].

8.1. La riorganizzazione dell'Associazione industriali

Così come per le due Confederazioni sindacali, anche per l'Associazione degli industriali gli anni che segnano la fine del decennio si rivelano molto intensi sia sul versante "interno"che su quello esterno. Tutti gli indu-

[151] A. Carattoni, *Novecento....*, p. 17. La differenza di posizioni che i due sindacati assumono nella vertenza dei lavoratori del settore pubblico non è confermata dai fatti: la strategia sindacale è soggiogata dalla forza di questo "gruppo sociale" reso numeroso dalla non sempre assennata politica di reclutamento portata avanti da Governi in cerca di legittimazione e di consenso. Dotati da sempre di un forte senso della "separazione", i pubblici dipendenti riescono ad imporre una decisa corporativizzazione delle loro rivendicazioni.

[152] Tra le decisioni prese in quel congresso vanno sicuramente menzionate quelle relative alle profonde trasformazioni imposte alla struttura organizzativa, quali in particolare la previsione di assemblee generali dei delegati e la nomina di due segretari generali aggiunti. V. Csdl, *CSdL 50 anni...*, p. 39.

[153] Su questo tema, v. L. Angelini, *L'Ordinamento sindacale della Repubblica di San Marino*. Parte II, in *Questa Rivista*, in corso di stampa. Altre importanti conquiste sono rappresentate dalla costituzione del Fondo servizi sociali e dalla determinazione degli aumenti salariali non differenziati per settori, ma riparametrati fra le diverse categorie secondo il modello dell'inquadramento unico: Csdl, *Csdl 50 anni...*, pp. 39-42.

striali sammarinesi sono infatti ben consci che non è possibile procastinare ulteriormente la riforma del vecchio statuto, che in nome di un forte accentramento aveva sacrificato l'equa rappresentanza di ogni settore produttivo in seno all'organo di governo dell'Associazione: l'obiettivo da perseguire dev'essere quello di assicurare la più ampia partecipazione-responsabilizzazione delle diverse realtà produttive rappresentate[154]. In tal senso, già con una circolare del suo Presidente, ogni raggruppamento di settore era stato autorizzato a nominare un proprio rappresentante che, con funzioni consultive, avrebbe dovuto concorrere a supportare la Segreteria durante le trattative contrattuali[155].

Sarà l'Assemblea generale straordinaria del 16 dicembre 1977 a riconoscere una più significativa autonomia settoriale, senza tuttavia arrivare ad istituzionalizzare i settori interni secondo il modello confindustriale italiano: a ciascuno dei settori rappresentati - ridotti da nove a sette -, verrà attribuita la facoltà di eleggere il proprio rappresentante nel Consiglio direttivo[156], mentre i due restanti consiglieri ed il Presidente saranno designati direttamente dall'Assemblea. Contestualmente, si darà corso alla costituzione delle Commissioni settoriali su specifiche materie - politica, associativa, sindacale, tecnico-legale, creditizia, di relazione con l'Istituto di sicurezza sociale e con la stampa - ed al perfezionamento del progetto di riforma del Consiglio direttivo, destinato a valorizzarne le attribuzioni di studio e di proposta.

Sul versante esterno, prende sempre più consistenza l'opera di omogenizzazione delle clausole normative settoriali nell'ambito di uno schema contrattuale unico. In tal senso vanno lette alcune soluzioni avanzate durante le trattative per i rinnovi contrattuali (1977), in particolare là dove si realizza la separazione dei profili normativi da quelli retributivi, che vengono ancorati a schemi tabellari di settore[157].

---

[154] I settori allora rappresentati dall'Associazione erano nove.

[155] Anis, *Da 50anni...*, p. 48.

[156] Al solo settore edile - in ragione dell'importanza strategica assunta nella realtà economica sammarinese - viene garantita la facoltà di nominare due membri, uno dei quali destinato, di diritto, ad assumere la carica di vice-presidente.

[157] Anis, *Da 50 anni...*, p. 49: la negoziazione dei parametri cui avrebbe dovuto allinearsi le revisioni salariali darà corso ad una trattativa particolarmente sofferta.

Con la successiva stipulazione dell'Accordo interconfederale sugli automatismi (19 gennaio 1978)[158] sarà poi approvata anche l'istituzione del Fondo servizi sociali, il quale, tuttavia, per molti anni, verrà gestito soltanto in forma provvisoria, non essendo state le parti firmatarie in grado di raggiungere un soddisfacente compromesso circa la predeterminazione dei criteri concernenti la ripartizione dei membri del Consiglio di amministrazione e la fissazione dei *quorum* per la validità delle relative delibere[159].

Con i primi anni ottanta, l'Associazione industriali aumenterà notevolmente la frequenza e la qualità delle proprie relazioni esterne, sia con il Governo sammarinese - proponendosi come interlocutore necessario per valutare le scelte più opportune in materia socio-economica -, sia attraverso la "doppia" adesione all'Unice (7 giugno 1983) ed all'Organizzazone internazionale degli imprenditori, la rappresentanza permanente dei datori di lavoro presso il *Bureau International du Travail*[160].

[158] La revisione salariale prevede un "piede unico" uguale per tutti, integrato da una serie di quote variabili per livello e per settore. La stessa applicazione dell'Accordo sugli automatismi sarà segnata da forti contestazioni inerenti l'anticipo dell'indennità di anzianità e la commisurazione dei c.d. permessi di lungo periodo.

[159] Soltanto nel 1982 verrà definitivamente approvata la soluzione compromissoria che aveva deciso di articolare il Fondo in quattro sezioni separate - industria, artigianato, pubblica amministrazione, commercio e servizi -, ciascuna autonomamente amministrata da un proprio consiglio, composto pariteticamente da rappresentanti designati dalle organizzazioni sindacali e dalle organizzazioni datoriali, nel rispetto degli indirizzi impartiti da un organismo di gestione unitaria. Tra i servizi erogati vi sono quelli di mensa, a cui si aggiungono interventi di rimborso delle spese sostenute per la frequenza degli asili nido dei figli o degli interessi sui prestiti per l'acquisto della prima casa.

[160] E' unanimemente riconosciuto il ruolo avuto dalle principali Convenzioni internazionali in materia lavoristica per l'evoluzione dell'Ordinamento sammarinese, tra cui, in particolare, la n. 87 in materia di libertà sindacale e protezione del diritto sindacale, la n. 98 in materia di diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva e la n. 111 in tema di discriminazioni legate al lavoro ed alla professione, rispettivamente ratificate con alcuni decreti del 10 novembre 1986 (nn. 131, 132, 133).

MAURICE DUVERGER

IL REGIME SEMIPRESIDENZIALE FRANCESE

Sono, ovviamente, molto lieto e commosso di avere un pubblico cosi numeroso, d'una tal qualità e varietà. Non cercherò quale delle due ragioni di ciò sia la principale; so che queste ragioni essenziali sono, insieme, la qualità dell'Università degli studi di Urbino e il lavoro considerevole che colui, che or ora mi ha presentato, ha fatto per organizzare questa conferenza. Mi domando, nel contempo, se la Provvidenza non abbia voluto facilitare le cose riversando su Urbino una pioggia rarissima, che ha fatto sì che, tutto sommato, qui non piove, si sta bene, ed è un momento di distrazione in mancanza di distrazioni all'esterno.

Non cercherò quale di quelle due ragioni sia la più importante. ma, in ogni caso, sono contento che la Divinità abbia anch'essa voluto aiutarmi nel successo di questa conferenza.

Quando mi è stato domandato, or sono diverse settimane o dei mesi, di fare una conferenza sul presidenzialismo alla francese, ho constatato che nel titolo c'era un involontario errore. Ma non l'ho fatto notare, perché proprio questo errore sarà la base e il piano di questa conferenza. Il Presidenzialismo! Presidenzialismo, nel senso preciso del termine, come vien definito e preso dalla maggior parte dei giuristi in Francia, e come ho cercato di definirlo con precisione nei miei libri e nei miei manuali, è una deformazione del regime presidenziale americano, consistente in ciò che il presidente detiene, con la forza dell'esercito o con altre forze, poteri eccezionali e irregolari; e debbo dire che durante il pranzo che ha preceduto questa conferenza, ho avuto da un collega, che si trova qui ed è argentino, una meravigliosa definizione del presidenzialismo: è un po' il regime presidenziale americano applicato dalle dittature dell'America Latina.

Ma la cosa interessante è che, ben inteso, sia il professor Acuña sia tutti i colleghi che son qui sanno perfettamente ciò che io ho proposto, che è il regime presidenziale. Lo sanno perfettamente, perché sono stati spesso citati, e sono stati tradotti e pubblicati in italiano i miei due articoli del 12 e 13 aprile 1956 su ciò che essi definiscono regime semipresidenziale. Dunque si tratta di una deformazione inconscia. Credo che ciò abbia a che fare, essenzialmente, al conservatorismo naturale dei giuristi, che in parte io con-

divido. In effetti è molto difficile per un giurista europeo di diritto costituzionale pensare che non ci sono soltanto due grandi tipi di sistemi democratici: il regime presidenziale americano, il regime parlamentare europeo. Ora, ciò che ho cercato di fare con il regime semipresidenziale, è di creare un terzo tipo di regime politico, che non è una deformazione dell'uno o dell'altro, una moderazione dell'uno o dell'altro, che è un regime radicalmente differente dai due, e che è forse un regime dell'avvenire; lo spiegherò fra breve. Credo, del resto, di non aver osato far notare l'errore, perché io stesso non sono mai stato sicuro di me quando cercavo di demolire ciò che mi è stato insegnato e che avevo insegnato per anni fino al 1956 come professore.

Ora sarò più chiaro e molto più breve nelle mie censure, perché ciò di cui dobbiamo parlare non sono idee più o meno inconsce, ma fatti precisi.

Dunque, la prima parte è molto semplice: esporrò l'insufficienza della classificazione delle democrazie in regimi presidenziali, americani, e regimi parlamentari, europei.

Il primo punto è fondamentale per un francese che si è occupato del problema dal 1934, quando aveva 17 anni ed entrava nella facoltà di giurisprudenza come matricola, quando il presidente Doumergue è stato cacciato dal potere perché voleva dare al Presidente della repubblica molto più potere e avvicinarsi, insomma, al regime americano. Ci avevo riflettuto, poco, del resto, ma la riflessione è divenuta molto forte quando Léon Blum, il primo Presidente del consiglio francese socialista, uno dei capi e dei creatori del partito socialista, quando Léon Blum, in un libro apparso alla liberazione, e scritto in parte durante l'occupazione, ha ricordato che c'erano due tipi di regime democratico, il regime parlamentare e il regime presidenziale, e il suo libro concludeva chiaramente nel senso che per la Francia si sarebbe dovuto stabilire, un giorno' un regime presidenziale.

Ricordo in una parola, poiché in quest'uditorio non ci sono che studenti di legge, e fra gli studenti in legge gli studenti di diritto privato hanno un po' perso, in generale, il ricordo di ciò che sia regime presidenziale americano. Negli Stati Uniti non ci sono un primo ministro e un capo dello Stato, re o Presidente della repubblica; non c'è che un solo personaggio, il Presidente, eletto a suffragio universale, che è ad un tempo capo dello Stato

e capo del governo, e non c'è neppure, del resto, un governo collegiale, un ministero: egli sceglie i suoi collaboratori, come il ministro degli affari esteri segretario di Stato, come il segretario per le finanze, e così via, ma senza che i suoi collaboratori, che possono essere di tendenze molto nuove si conoscano; e colui governa per un quadriennio, che può rinnovare per una sola volta, senza poter essere rovesciato. Teoricamente, può essere accusato da una delle camere e giudicato dall'altra, se abbia commesso gravi delitti; è accaduto una volta, molto tempo fa, e in ogni caso non ha importanza, è secondario. Oltre al Presidente, c'è quel che noi chiamiamo parlamento e che essi chiamano congresso, formato da due cartiere, la camera dei rappresentanti e il senato; le due insieme, se sono d'accordo, votano delle leggi, ma non possono rovesciare il presidente; egli non può scioglierle; l'uno e le altre, ciascuno per la sua parte, sono indipendenti. Il Presidente, tuttavia, ha un potere importante: può opporre il veto a una legge, e da quel momento essa non può essere nuovamente votata se non con una maggioranza speciale, dei due terzi. Di fatto, i due terzi delle leggi che hanno un veto non saranno mai applicate. Ma è soltanto negativo: egli può impedire che una legge sia votata, non può far nulla perché una legge sia votata.

Il problema dei sistemi americani, quando li si studia da vicino domandandosi se funzionano bene in America, è che non funzionano bene.

Perché è un sistema di negazioni. Il congresso può impedire al Presidente di far votare le misure che il Presidente stima indispensabili, il Presidente può impedire al congresso di votare delle leggi che i deputati stimano indispensabili. Ciò impedisce di governare. Non è grave in America, perché è un paese federale, nel quale gli stati membri sono molto più importanti dello Stato federale; del resto, è interessante il fatto che gli Stati Uniti sono una delle pochissime democrazie che non si chiamano repubblica, regno o Stato, ossia manca la centralizzazione; sono *gli* Stati Uniti, vale a dire che i 50 Stati sono la vera realtà. Dunque, il regime presidenziale non funziona bene, perché sono gli Stati che poco a poco decidono le cose essenziali.

Comprendete bene il pericolo d'un tal sistema. Riflettendoci, mi rendevo conto, come tutti, che i parlamentari non sono affatto popolari, anzi in generale sono molto impopolari, e se vi fosse un conflitto tra il Presidente,

eletto a suffragio universale diretto, che è popolare, lui, perché è il capo, è il padre, è colui che dirige la nazione, e i deputati e senatori, che danno l'impressione di disorganizzare la nazione, che danno l'impressione di essere coinvolti in affari, in quel momento il popolo tenderebbe a dar ragione al Presidente; e in quel momento un presidente, eletto a suffragio universale, senza nessun altro che possa dirgli di no, che dicesse al popolo:

"Non è possibile, non si può governare con questo parlamento incapace, ecc., allora adesso governeremo in modo autoritario", per lo più sarebbe seguito; ed è questo, a mio giudizio, il dramma dell'America Latina.

Non è che gli americani dell'America Latina siano meno democratici di noi, è che hanno un sistema politico che costituisce un pericolo permanente per la democrazia. E vi lascio pensare che cosa accadrebbe in Italia, se aveste un Presidente eletto a suffragio universale, senza uno Scalfaro per intervenire, se aveste questo parlamentarismo italiano, altrettanto impopolare in Italia quanto il parlamentarismo francese in Francia.

Perciò, personalmente penso, e la maggior parte dei democratici francesi pensa, che bisogna assolutamente evitare in Europa il sistema presidenziale americano.

Ma d'altra parte lo studio, giuridico e politico insieme, per alcuni anni, del funzionamento del sistema francese, e del sistema italiano che ho sempre molto studiato perché assomigliava al primo pressoché da sempre, mi hanno convinto che è impossibile riformare un regime parlamentare se esso resta parlamentare, in Italia o in Francia. Se non avete qualcuno che sia eletto dal popolo, che abbia un'autorità propria, che, restando nella democrazia, possa dire ai deputati: "Non esagerate", automaticamente i deputati avranno l'ultima parola.

Nel 1948 sono stato invitato da Jean Monnet, che preparava la comunità europea (la CECA, la comunità del carbone e dell'acciaio), a fare con lui una ricerca sul modo in cui si sarebbe potuto avere un regime parlamentare francese efficiente, perché egli diceva - ed è interessante: io non mi occupavo affatto dell'organizzazione della comunità, era Paul Reuter, il miglior specialista di diritto internazionale, che se ne occupava con i collaboratori di Jean Monnet; io personalmente ho studiato con Jean Monnet, ed entrambi abbiamo studiato il sistema che sarebbe consistito nel dare a un

presidente del consiglio, in Francia, un potere senza che egli sia eletto a suffragio universale Jean Monnet pensava che non era possibile, ed io pure, e vi dirò subito perché. L'idea, posta in auge da Paul Reynaud, da Pflimlin, da molti uomini politici, è quella che veniva chiamata dissoluzione automatica; vale a dire che se un Presidente del consiglio venga rovesciato prima della fine della legislatura, o dal parlamento o perché egli stesso si dimette, tornerebbero insieme davanti agli elettori. Cioè non potrebbe esserci che un solo Presidente del consiglio per legislatura; se non può governare, dà le dimissioni, e a quel punto si eleggerebbe una nuova camera. Se i deputati non riescono ad avere un governo efficiente, verrebbero sciolti, e a quel punto si eleggerebbe una nuova camera. E questo è un sistema che abbiamo studiato per un anno e mezzo o due con Jean Monnet. Orbene, è un sistema impossibile da far funzionare.

La conclusione (pubblicherò a giorni, in appendice a un libro, il rapporto finale che avevo sottoposto a Jean Monnet, e che egli ha approvato), è che era impossibile. Non può funzionare, perché se un Presidente del consiglio coraggioso e capace d'autorità obbligasse una camera alle dimissioni, sciogliendola perché non funziona, da quel momento, si può starne certi, non sarebbe mai più presidente del consiglio; la sua via politica sarebbe finita. Da quel momento in poi, quel che i deputati farebbe- ro sarebbe di scegliere, come Presidente del consiglio, il più spento, il più oscuro. Ce n'era uno, di cui non farò il nome perché, nonostante tutto, ha fatto anche cose valide, che è il modello di Presidente di consiglio per depu- tati; è il presidente del consiglio che diceva: "La funzione del presidente del

consiglio è d'impedire che i problemi si pongano, perché è il solo modo di risolverli". Evidentemente, era l'immobilismo assoluto.

La conclusione fu che non andavano bene i regimi presidenziali, e che non si poteva aggiustare e riformare un regime parlamentare, ossia fondato unicamente sull'elezione di deputati che diano essi stessi la fiducia al governo.

Allora, e vengo alla seconda parte, occorreva inventare un terzo regime. Non me ne sono convinto súbito. Alla Liberazione, pensavo che i parlamentari, quanto meno dopo l'esperienza terribile della guerra, dopo l'esperienza con De Gaulle, di ciò che poteva fare uno che fosse un capo ca-

rismatico, conosciuto, pensavo che i parlamentari avrebbero fatto qualcosa di serio. Mi sono disilluso ben presto. Innanzitutto, era impossibile giungere a stabilire, per la IV repubblica, una costituzione valida, perché De Gaulle voleva proprio che il Presidente della repubblica avesse qualche potere fondamentale, il diritto di sciogliere l'Assemblea senza l'accordo dei deputati, il che dava a qualcuno il diritto d'intervenire, di far qualcosa. Diciamo che, senza volerlo, il presidente Scalfaro su questo punto è stato un po', a un altro livello, un generale De Gaulle. Ebbene, i deputati non volevano. Hanno fatto di tutto per impedire questo sistema, e restavano nella costituzione votata, ci son voluti tre referendum, due disegni di legge costituzionale eccetera, per una costituzione adottata da una minoranza del Paese, ed era chiarissimo che i deputati mai avrebbero tollerato che un primo ministro potesse arrivare allo scioglimento, poiché il primo ministro poteva dir di no a qualsiasi intervento del Presidente della repubblica. Ci sono arrivato nel 1956; è allora che ho pensato che bisognava assolutamente lanciarsi in qualcosa di nuovo. Ma soprattutto, fate bene attenzione, perché, proporre ufficialmente un nuovo regime, era mettersi contro tutti gli uomini politici: non si poteva far altro che un regime parlamentare; in secondo luogo, se si proponeva un regime parlamentare, bisognava soprattutto che non ci fosse la parola presidente, presidenziale, nemmeno a metà, nemmeno semipresidenziale; è per questo che ho scritto i due articoli del mese di aprile 1956, dove potrete vedere che parlo semplicemente di un regime neoparlamentare, che è il futuro regime semipresidenziale.

Non è proibito ai teorici, agli universitari e ai professori d'impiegare linguaggi in codice, cioè di dissimulare con parole un po' false il loro pensiero per il tempo necessario perché la gente si abitui a quel pensiero. È quel che ho fatto sistematicamente. Posso dire che il problema, quando ho voluto inventare ciò che nel mio pensiero si sarebbe dovuto chiamare regione semipresidenziale, era nel nome che volevo dargli; spero, con certe riserve sulle quali tornerò fra breve, che quello sia il nome che conserverà.

Ebbene, bisognava assolutamente, all'inizio, non mettere "semi" perché ciò avrebbe dato l'impressione di distruggere il parlamentarismo; "neoparlamentare" era il massimo. In secondo luogo, se si usava la parola "presidenziale", bisognava spiegare ch'era qualcosa di non applicabile in

Francia, che non era possibile, che era qualcosa da rifiutare. In definitiva, bisognava dire all'incirca l'opposto di quel che si pensava, mentre si portava la gente, poco a poco, a comprendere quel che si voleva dire. Ecco, pressappoco, quale era il problema. Come fare?

Bisogna che sappiate, perché è un particolare importante, che per i francesi, istituiti, ben inteso, ma insomma per gli uomini politici, i professori, gli studiosi, la gente con una certa cultura ricevuta semplicemente nell'insegnamento secondario, l'idea di trasporre in Francia il regime presidenziale americano era un'idea spaventosa, perché la seconda repubblica, quella costituita con la rivoluzione del 1848, aveva istituito in Francia un vero regime presidenziale. Era stato Tocqueville, che aveva ammirazione per la democrazia americana, e si trovava ad essere uno dei Nerbi più importanti dell'assemblea costituente, a deciderlo, e il sistema aveva ben funzionato per 4 anni, perché il presidente Luigi Buonaparte, nipote dell'imperatore Napoleone, ha governato molto bene da Presidente della repubblica, senza far valere il prestigio dei Buonaparte, in modo democratico; soltanto, c'era un difetto: poteva fare un solo mandato, senza mai più ripresentarsi. Proprio quando cominciava a trovare interessante il potere, bisognava che se ne andasse, e allora, piuttosto che andarsene, ha fatto il colpo di Stato del 2 dicembre, e ha deciso di ristabilire l'impero, vale a dire la dittatura. Di conseguenza, per i francesi il regime presidenziale americano era la dittatura. Penso che, se si fosse proposto agli italiani, verso gli anni Cinquanta o Sessanta, d'istituire un regime presidenziale, immediatamente i deputati di destra, di sinistra e del centro avrebbero detto "ci siamo, si vuol tornare a Mussolini, eccetera".

Ora, praticamente io volevo un sistema con un presidente eletto a suffragio universale. Dunque bisognava mentire.

Allora ho fatto un'azione molto professorale. C'erano già in Europa, dal 1920, dei regimi, che erano regimi parlamentari, in cui il governo apparteneva a un presidente del consiglio scelto dalle camere e che poteva essere rovesciato dai deputati, che erano un regime parlamentare classico, nei quali il Presidente della repubblica era eletto a suffragio universale; e si era fatto ciò per dare, in quei paesi, un po' più d'autorità che nei regimi di tipo francese o italiano; perché non si voleva, in quei Paesi, abbandonare la propor-

zionale, né che la proporzionale producesse partiti troppo numerosi e dei governi che non potessero durare.

Erano la repubblica tedesca di Weimar e la repubblica di Finlandia.

Quei due Paesi, all'incirca nella stessa epoca, nel 1920, avevano una costituzione di questo tipo, che non ha dato cattivi risultati. La Germania di Weimar è riuscita ad evitare Hitler; fu una sorta di complotto, nel quale la democrazia cristiana si è messa d'accordo con gli hitleriani contro i socialdemocratici, oltre tutto, non dirò neppure con la neutralità, ma addirittura con il sostegno dei comunisti, che l'hanno pagato caro. Avrebbero impedito Hitler. Non dimenticate che nelle ultime elezioni del 1932 le elezioni legislative segnarono un ribasso del partito nazionalsocialista, e che le elezioni presidenziali impedirono a Hitler di essere eletto Presidente della repubblica democraticamente. La democrazia ostacolava Hitler; è un complotto, in parte anche con certi elementi delle forze armate, che l'ha condotto al potere. La Finlandia è riuscita, nonostante l'enorme difficoltà dello stalinismo, grazie al suo presidente eletto a suffragio universale, che praticamente aveva un ruolo notevole in politica estera - era il suo solo vero ruolo - è riuscita a evitare di essere una democrazia popolare; ha dovuto accettate una neutralità molto favorevole, internazionalmente, all'Unione Sovietica, ma era un vero regime democratico, che ha veramente funzionato come funzionavano i regimi democratici. Questi regimi dunque funzionavano.

Allora, ho fatto una cosa molto semplice. Per cominciare, ho fatto la teoria di questi regimi, e ci ho messo diversi anni, con degli assistenti, a vedere come funzionavano. Ce n'era un terzo, del resto che aveva cominciato a funzionare nel 1949, l'Austria, dove il presidente aveva grandi poteri, ma non se ne serviva. Ma soprattutto, facendo questa teoria giuridica, tenendo colloqui sull'argomento, ho deciso di battezzare questi regimi, e li ho chiamati regimi semipresidenziali, perché corrispondevano esattamente a ciò che volevo fare, ed erano veramente dei regimi semipresidenziali. Così dei regimi democraticamente indiscutibili sono stati battezzati con il nome di regimi semipresidenziali - ma ancora, beninteso, i francesi pensavano che il regime tedesco aveva portato Hitler al potere, che non si doveva, eccetera e a poco a poco si è dato al termine "semipresidenziale" un

valore, e non è più stato un termine traumatico, e nel corso di diversi anni si è arrivati ad abituare i francesi a questo termine, senza che ne venissero scossi. È in queste condizioni che ho deciso di lanciare l'idea, senza ancora parlare di regime semipresidenziale, sempre parlando di regime neoparlamentare, e in una serie di tre articoli sul problema costituzionale, sul Monde del febbraio 1961, ho spiegato come dovrebbe essere un regime parlamentare nel quale il Presidente della repubblica abbia dei poteri, soprattutto due poteri importanti, il potere di porre al popolo dei referendum, dei quesiti referendari, e in secondo luogo il potere di sciogliere l'Assemblea nazionale; senza bisogno, in ambo i casi, della controfirma del primo ministro.

Ho fatto ciò dopo avere, attraverso vari canali, fatto sapere al generale De Gaulle, che era al potere dal 1958 si era nella V repubblica - e non aveva potuto far adottare che una costituzione nella quale il Presidente della repubblica era eletto dall'Assemblea nazionale, dal Senato e da un certo numero di notabili rurali; ho fatto sapere che si era dell'idea che il Presidente della repubblica sarebbe potuto essere eletto a suffragio universale. Avevo già, del resto, scritto un libro che proponeva ciò; e gli ho fatto sapere che pensavo a lui per questo, e che avrei preso posizione in modo più aperto.

Ebbene, tutto sommato il generale De Gaulle non ne era poi così convinto. Non aveva detto di no, e perciò potevo continuare, ma non ne era entusiasta, perché temeva che i partiti politici si sarebbero impadroniti della cosa ed egli sarebbe stato dominato dai partiti come i Presidenti americani.

Nel contempo, tutti i suoi sostenitori, compreso Michel Debré, erano accanitamente contrari, erano tutti dei "parlamentari".

Allora, chi è stato a prendere la decisione? Ebbene, sembrerà strano: è stato il capo militare "ultra" d'Algeria, che voleva uccidere il generale De Gaulle, e che per poco non c'è riuscito nell'attentato di Petit-Clamart, in cui una pallottola ha attraversato longitudinalmente l'automobile del generale ed è passata tra lui e sua moglie; il generale e sua moglie non hanno avuto neppure un graffio, ma la giacca del generale è stata colpita. Il generale non ha detto niente; semplicemente, quando è arrivato a casa sua a Colombey,

l'autista - che era stato formidabile, aveva continuato ad andare con l'automobile crivellata da 50 pallottole o qualcosa del genere - apre la porta al generale e gli dice: "Generale, l'abbiamo scampata bella!", e il generale ha risposto semplicemente: "Non hanno buona mira"; che del resto era una buona risposta.

Allora, il generale ha súbito capito che, se non avesse reagito immediatamente, innanzitutto poteva esserci un secondo attentato, e che in ogni; caso, scomparso lui in un modo o nell'altro, se non ci fosse stato un presidente eletto a suffragio universale che avesse il suo prestigio, che non è il suo prestigio morale ma è il prestigio derivante dal voto popolare, si sarebbe tornati alla IV repubblica, e a una Francia mal governata.

Da tempo, fin dall'inizio, gli avevo fatto sapere, attraverso ministri importanti, che per quella modifica il parlamento non avrebbe mai votato; su quella richiesta egli non avrebbe avuto affatto la maggioranza - gli avevo fatto sapere che poteva utilizzare l'articolo 11 della costituzione, che permette di sottoporre a referendum "ogni progetto di legge relativo all'organizzazione dei poteri pubblici": la Presidenza della repubblica è un potere pubblico, e "disegno di legge", senza precisazioni, per un giurista, è un disegno di legge organica, ordinaria o costituzionale, e ciò è indiscutibile. E infatti il generale ha deciso che avrebbe fatto un referendum. Fu una rivolta generale spaventosa. Il governo fu rovesciato, il Presidente del senato accusò il presidente della repubblica di prevaricazione *(forfaiture)*. Fu una levata di scadi terribile. Alla fine, c'è stato bisogno ancora di due referendum perché il popolo francese accettasse (con una maggioranza considerevole, più del 70 % dei suffragi) che il Presidente della repubblica fosse eletto a suffragio universale. De Gaulle ha temuto di perdere le elezioni successive. Ha avuto il 68% dei suffragi per i suoi deputati. Era finito, si era nel sistema gollista.

E il sistema ha funzionato bene, perché dopo De Gaulle i presidenti della repubblica si sono comportati come il generale.Sono stati due gli uomini che hanno fatto sì che in Francia non si possa più rimuovere l'elezione del presidente a suffragio universale e che si governerà come De Gaulle. De Gaulle, da una parte, e François Mitterrand, dall'altra: Perché quando François Mitterrand, che era stato l'avversario assoluto del sistema, quando

François Mitterrand è stato eletto ed è divenuto Presidente della repubblica, alla prima intervista, qualche settimana più tardi, il giornalista gli ha detto: "Ma, signor Presidente della repubblica, e questa costituzione che Lei detestava?"; "Oh ha risposto mi ci trovo molto bene". A partire da quel momento, la questione era liquidata, ed egli ha governato esattamente come De Gaulle, con gli stessi meccanismi. Forse ma su ciò non voglio prender posizione, non mi piace parlare all'estero delle decisioni francesi del mio governo o del mio Presidente della repubblica - forse dopo il regime presidenziale gollista ci sarà un regime semipresidenziale chiracchiano, risponderò se mi ponete la domanda, ma fra le domande, perché rispondere liberamente alle domande non m'impegna come conferenziere, ma come professore.

Dunque, che è accaduto dopo? È accaduto qualcosa di estremamente importante. Si chiama regime semipresidenziale, come io desideravo, ma non è esattamente quel che io auspicavo. Quel che io proponevo, se rileggete le carte del 1956, è che fosse il Presidente del consiglio ad essere eletto a suffragio universale, in modo che il Presidente della repubblica potesse essere qualcuno con un potere moderatore, in qualche modo. Ora, c'è una persona che, senza avermi chiesto nulla, ha applicato proprio le mie idee che non sono sicuro che conosca, sebbene sull'argomento io abbia pubblicato molti articoli; è il Presidente del consiglio attuale dello Stato d'Israele Beniamino Nethaniahu; perché il regime attuale dello Stato d'Israele è quel che chiedevano i miei articoli del 1956, che cioè il Presidente del consiglio sia eletto a suffragio universale contemporaneamente ai deputati, e possa esser dimesso. Se egli dà le dimissioni, i deputati e lui tornano contemporaneamente davanti agli elettori; può esser rovesciato dagli elettori, e, se è rovesciato dagli elettori, essi saltano insieme. Alla attenzione, è il Presidente del consiglio. Il Presidente della repubblica, eletto dal parlamento, conserva il potere d'intervenire un po' sempre come il presidente Scalfaro; se volete, egli è al tempo stesso l'allievo del generale De Gaulle e di Netanyau e questa è una funzione che può essere importante. Del resto, proprio adesso il Presidente della repubblica dello Stato d'Israele sta intervenendo e sta ricordando che esiste.

Di questo regime, che ne sarà? In questo momento, sta dando l'im-

pressione di funzionar male. Ma cercate di pensare ai problemi dello Stato d'Israele, siamo giusti! I nostri problemi parlamentari francesi o italiani rispetto ai problemi dello Stato d'Israele, non è serio! Personalmente, penso che Nethaniahu sarà un uomo politico di qualità e che, poco per volta, concluderà qualche cosa. Non so. Ma, attualmente un regime semiparlamentare già esiste.

In conclusione, non ho inventato un solo regime politico, ne ho inventati due, che per il momento funzionano, l'uno e l'altro. Ma non è sicuro che non ve ne siano delle nuove varietà. Dopo tutto il regime parlamentare conosce grandi varietà, e potrebbe esser lo stesso per il regime semipresidenziale (il nome, al momento, è semipresidenziale o semiparlamentare).

Non voglio dire la mia opinione sulla questione, la dirò se mi porrete la domanda, ma posso, come professore, dire che un certo numero di colleghi pensa, e del resto sono già apparsi articoli sull'argomento, che il presidente Chirac, sciogliendo l'Assemblea nazionale, che sarà eletta fra pochi giorni, ha un'idea profonda, che è quella di arrivare a una modifica della costituzione secondo cui il parlamento sarebbe eletto per 5 anni, contemporaneamente al Presidente della repubblica, con le due scadenze coincidenti - salvo la differenza di 15 giorni per il Presidente della repubblica, quando venga eletto al secondo turno, che è 15 giorni dopo il primo e in quel modo si cambia completamente la visione degli elettori per il voto dei deputati: essi votano per i deputati in funzione della figura del Presidente; non necessariamente per dare al Presidente la maggioranza, se, al contrario, vogliono dargli una lezione;ma in ogni modo, essi sanno che votano per un Presidente che per cinque anni non si può cacciare dal potere, con possibilità di rielezione (fra parentesi, Monsieur Chirac in questo modo si assicurerebbe un potere notevole per dieci anni); da quel momento, voi avreste un regime semipresidenziale, un regime quasi presidenziale americano, salvo il fatto che il presidente del consiglio governa con dei deputati che sceglie sotto le direttive del presidente della repubblica. Il primo ministro sarebbe qualcosa come il capo di stato maggiore del generale in capo in tempo di guerra, vale a dire che si occupa dell'amministrazione, o se volete, degli spostamenti. Ecco, avreste, così, un regime semipresidenziale chiracchiano? Non ne so nulla, ma già si comincia a farne una teoria.

Concluderò così: all'Italia rimane una possibilità. Chirac, forse non ne sa niente ma forse istituirà un neogollismo. L'Italia, se lo vuole, può istituire, come potremmo chiamarlo?, un "neo-netanyauismo"; ossia potrebbe benissimo, senza grandi difficoltà, istituire un regime semiparlamentare. Difatti, essa un po' ha cominciato, con il sistema attuale, questo sistema elettorale la cui comprensione non è facile per gli studiosi (l'Italia ha un certo genio, non soltanto per mascherare le proprie decisioni politiche, ma per renderle all'incirca incomprensibili, il che è poi un modo estremamente abile, giuridicamente e politicamente, per mascherarle); perché, in fondo, *se veramente ci fosse qualcuno che lo vuole*, non pensate che si potrebbe proporre agli italiani: "Quando andrete a votare, voterete insieme, lo stesso giorno, per un primo ministro e per i deputati, che dureranno per tutta la legislatura: se voi rovesciate il primo ministro, tornerete con lui davanti agli elettori, se il primo ministro stima che voi non gli obbediate abbastanza, darà le dimissioni, ma voi tornerete con lui e lui tornerà con voi davanti ai suoi elettori; con un Presidente della repubblica che può intervenire, se c'è pericolo di un eccesso da una parte o dall'altra; e non è detto che ciò non sia utile". Debbo dire, e finisco con una nota personale, devo dire che sarei particolarmente contento se voi adottaste un regime di questo genere; purché lo facciate súbito, data la mia età. Perché? Perché penso che funzionerebbe in modo meno pericoloso che il neogollismo del presidente Chirac. Perché é pericoloso, alla fine, qualcuno che viene eletto contemporaneamente ai deputati, e che può, se lo vuole, presentarsi davanti agli elettori con loro; come sarebbe facile, il giorno che cominciasse a non poterne più di quel parlamento che lo fa arrabbiare, dire: "Sentite, bisogna riformare la costituzione. Diamo al parlamento il diritto di fare le tali e tal'altre cose, ma, se esagera, io potrò governare per sei mesi, o un anno, per mezzo di decreti legge, eccetera, secondo il mio libero giudizio". Può esser pericoloso; e forse più pericoloso, da un certo punto di vista, del regime presidenziale americano. Il regime presidenziale americano è pericoloso per la forza d'inazione, il regime neogollista che Chirac potrebbe istituire può esser pericoloso per la forza d'azione. Tutto dipenderà dal presidente Chirac: se si comporterà da vero democratico, e io penso che si comporterà da vero democratico, allora il sistema funzionerà. Sapete, il primo presidente è ca-

pitale, in ogni sistema politico. Penso che l'Italia potrebbe avere un modello di questo genere. Vi domando solo di farlo molto presto, perché io abbia il tempo di esaminarlo bene. Evidentemente, non posso garantire che arriverò fino al termine del doppio mandato del presidente Chirac. Sono nato l'anno della Rivoluzione di Ottobre, ma in giugno, il che farà 93 anni nel 2010; notate che, tutto sommato, per essere primo ministro della Cina, sarebbe un'età abbastanza rispettabile e abbastanza accettabile.

ANTONIO BALDASSARRE

LE PROPOSTE DI RIFORMA COSTITUZIONALE DELLA GIUSTIZIA IN ITALIA

La revisione costituzionale delle norme sulla giustizia ha rappresentato la materia del più aspro conflitto all'interno della "Commissione parlamentare per la revisione della seconda parte della Costituzione", che ha formulato la propria proposta finale il 31 ottobre 1997.

Le ragioni di tale acuto contrasto sono molteplici e hanno le loro radici, prima di tutto, nella divisione culturale del Paese e nella tradizione giuridica italiana, caratterizzata da ascendenze fortemente autoritarie, e, inoltre, nell'esser diventata la "questione giustizia" un fattore di divisione politica tanto all'interno della destra quanto all'interno della sinistra.

Si è venuta a creare, così, soprattutto a causa di questo ultimo elemento, la situazione peggiore per poter procedere a un'equilibrata revisione delle norme costituzionali sulla giustizia.

La divisione politica

L'Italia è stata caratterizzata da una storica lontananza del potere dalla gente e della gente dal potere, che, da un lato, ha ingenerato nelle classi dirigenti la convinzione di poter gestire il potere pubblico in assoluta separatezza e in assenza di trasparenza e, dall'altro lato, ha predisposto la gente a ritenere che essere "politici" significava "sporcarsi le mani". Questo convincimento è stato condiviso simmetricamente da ambo i lati. Non stupiva nessuno, pertanto, che la politica fosse vissuta come un privilegio, che dava la possibilità di fondare un potere personale, alimentantesi con la elargizione di favori, a loro volte ricambiati con forme di sudditanza neo-feudali e con pratiche non di rado corruttive.

Su questo terreno si è innestato il moderno fenomeno del professionismo politico, con i noti problemi legati al finanziamento di gigantesche macchine da guerra, quali erano i partiti politici. Negli ultimi decenni in Italia - come in gran parte del mondo - l'illecito finanziamento della politica è divenuto un fenomeno imponente e sistematico, cui si sono affiancati non rari episodi di vera e propria corruzione e di arricchimento personale di dimensioni inimmaginabili.

Negli anni '80 la percezione di un tale quadro è divenuta di massa, a causa del concorrere di due circostanze: da un lato, l'emergere di personalità politiche particolarmente spregiudicate, che hanno persino elaborato una "filosofia" dell'illecito finanziamento della politica, quando non proprio dell'arricchimento personale grazie alla politica; dall'altro lato, la notevole diffusione del fenomeno a livello politico e l'impunità ad esso assicurata da una magistratura supina, quando non connivente. Ciò ha prodotto un modello di vita a disposizione delle persone più spregiudicate, che è penetrato in ampi settori della politica e della pubblica amministrazione e che ha costituito una frequente occasione di vessazione per il cittadino comune persino nel compimento delle più semplici operazioni a contatto con gli uffici amministrativi (ad esempio, la richiesta e il ritiro di un certificato).

Quando agli inizi degli anni '90, alcuni uffici della pubblica accusa (Procure della Repubblica), specialmente quella di Milano, hanno iniziato a indagare sulla corruzione nella politica e nell'amministrazione pubblica anche in connessione con grandi imprese pubbliche e private, l'evento è stato giustamente salutato dalla gente come un fatto rivoluzionario, di cui la società italiana aveva enormemente bisogno: per la prima volta nella storia italiana i "potenti" venivano sottoposti al controllo della magistratura e, alla fine, condannati per fatti giuridicamente ed eticamente infamanti. Alle "mani sporche" dei politici si sono contrapposte le "mani pulite" dei magistrati.

L'importanza del risultato e la lunga attesa per eventi del genere hanno creato un "consenso di massa" intorno alle Procure e, nello stesso tempo, hanno portato alla distruzione e alla scomparsa dei due principali partiti di governo (Democrazia Cristiana e Partito Socialista sui quali si erano imperniate le maggioranze per circa un trentennio. Ciò ha naturalmente prodotto uno schieramento politico a sostegno dell'azione dei magistrati formato dai partiti non toccati (o solo marginalmente toccati) dalle indagini delle Procure (specialmente gli ex comunisti e gli ex neo-fascisti) e da gente comune in attesa da anni di una verifica delle loro profonde convinzioni circa la "naturale" corruzione dei governanti (i c.d. giustizialisti).

Dall'altro lato, si è formato un fronte politico opposto, costituito, in

parte, dagli "eredi politici" dei vecchi partiti scomparsi grazie alle condanne per corruzione (eredi per lo più riuniti nel partito di Berlusconi, "Forza Italia" e in ciò che è rimasto della vecchia Democrazia Cristiana) e, per altra parte, dal "partito dei garantisti", cioè da coloro che, pur condividendo il fine di perseguire i fenomeni di corruzione, ritengono che i mezzi utilizzati - specialmente l'uso della carcerazione preventiva come strumento per facilitare la "confessione" dei reati - siano contrari ai valori di libertà personali e di diritti della difesa solennemente sanciti dalla Costituzione.

In breve, la "questione giustizia" è divenuta una delle principali questioni politiche, che ha dato origine a una divisione frontale e a un conflitto spesso brutale, quasi mai sereno: un conflitto per di più, attraversato da reciproci sospetti, come, da un lato, quello di un uso politico della magistratura (il vecchio partito comunista e l'attuale Partito democratico della sinistra, pur facendo parte del sistema di corruzione politica, non sono stati praticamente colpiti dalle accuse delle Procure), e, dall'altro lato, quello di trasformare la politica in un'impropria arma di difesa giudiziaria (il partito di Berlusconi ha quasi tutti i suoi uomini di vertice sottoposti a incriminazione). Inoltre, i due fronti rivelano un carattere pericolosamente composito e ambiguo: da un lato, infatti, vi sono coloro che non vogliono tornare a un passato di impunità dei politici ai quali sono associati partiti, quali gli ex-neofascisti e gli ex-comunisti, che non vantano certo un grande patrimonio culturale di difesa della democrazia e dei diritti della persona umana; dall'altro lato, insieme ai "garantisti" e ai difensori delle libertà individuali, sono schierati coloro che si richiamano ai partiti più coinvolti nelle indagini giudiziarie.

La situazione che si è venuta a creare non è certo la migliore per effettuare una seria riflessione sulla giustizia, né è quella ideale per procedere a una riforma che sia più coerente con i principi democratici e con la libertà dell'individuo. La estrema politicizzazione della "questione giustizia", con un "partito dei pubblici ministeri", accompagnato dai sospetti di voler opprimere le libertà individuali, e un "partito dei garantisti", non risparmiato dal sospetto di voler salvare i "corrotti" e i "corruttori", conferisce alla discussione toni fin troppo accesi e contenuti pieni di emotività: esattamente il contrario di quel che ci vorrebbe per fare una buona riforma.

La divisione culturale

La contrapposizione politica ora descritta potrebbe esser considerata come un ostacolo in qualche modo superabile se non fosse radicata in una più profonda divisione culturale.

La cultura del potere pubblico e, in particolare, quella del potere giudiziario e del processo sono state caratterizzate in Italia, da sempre, da tratti fortemente autoritari, che si sono semplicemente attenuati, ma non superati, anche dopo l'inizio dell'esperienza democratica nell'ultimo dopoguerra mondiale.

Nel medesimo momento in cui la democrazia ha cominciato a far capolino in Occidente, durante la "Rivoluzione puritana" dell'Inghilterra del XVII° secolo, nello stesso tempo è stata postulata la duplice esigenza di avere un processo penale di tipo accusatorio e una separazione netta tra l'ufficio dell'accusa pubblica e quello dell'organo giudicante: del resto, l'una e l'altra sono due aspetti di una medesima sostanza, poiché un effettivo e coerente processo accusatorio può essere istituito soltanto in presenza di una reale e garantita separazione tra pubblico ministero e giudice.

Per lunghi secoli, condensati nel modello medievale del processo penale, il principio dominante è stato quello "inquisitorio". Per il processo inquisitorio, accusa e giudizio sono organicamente uniti, quantomeno nel senso che l'una e l'altro devono mirare, attraverso la dovuta collaborazione dell'imputato, a ottenere da quest'ultimo, anche con la forza, la piena confessione dei propri misfatti. In questo contesto la tortura era del tutto lecita, poiché il fine ultimo della costruzione processuale era quello di giustificare il "sospetto" dell'accusa pubblica, non già quello di fornire una garanzia a un individuo che nel processo è costretto a mettere in gioco i suoi beni più preziosi: la propria vita e la propria libertà, dunque la propria dignità come uomo.

Quando il colonnello Lilburne, uno dei capi dei "Livellatori", accusato e condannato dalla *Court of Star Chamber* secondo i principi "inquisitori", ottenne dal Parlamento l'annullamento della sentenza in quanto contraria alle libertà fondamentali, è iniziato un lungo dibattito che si è concluso soltanto con la Rivoluzione francese e la Rivoluzione americana. E se in

Francia, grazie a Montesquieu, fu presto acquisito che, mentre l'accusa è un potere pubblico di fronte al quale sta, in posizione di terzietà, il "potere neutro" del giudice, negli Stati Uniti d'America, con l'approvazione degli Emendamenti alla Costituzione, è stato costruito un nuovo modello di processo penale ispirato ai principi della libertà e della dignità umana.

Come ha ricordato non molti anni fa la stessa Corte Suprema federale, nel caso *Miranda versus Arizona* del 1966, il processo "inquisitorio" è stato considerato, sin dall'inizio dell'esperienza democratica, contrario ai principi di libertà e di democrazia. Con il passare degli anni è stato gradualmente costruito un nuovo modello di giustizia e di processo penale che ha al suo centro la libertà e la dignità dell'uomo: come ricorda ancora la Corte Suprema americana, "al fine di rispettare l'inviolabilità della persona umana, (è stato istituito il) sistema accusatorio della giustizia penale, (il quale) richiede che il potere pubblico, per perseguire penalmente un individuo, deve produrre le prove contro di lui dopo averle ricercate attraverso il proprio indipendente lavoro, e non già attraverso il crudele e semplice espediente di estrarle a forza dalla bocca dell'accusato".

Da questo rovesciamento dei valori concernenti la giustizia penale è conseguito il riconoscimento di una serie di principi, in base ai quali è stato formato il modello di "processo penale conforme ai principi democratici" o, se si preferisce, "conforme ai principi di libertà della persona umana".

Dal principio che la libertà della persona è l'architrave della giustizia penale è direttamente derivato il principio-cardine del processo, quello della "presunzione d'innocenza", per il quale l'individuo accusato non può essere considerato colpevole fino a che un giudice "terzo" e indipendente non abbia accertato in modo definitivo la fondatezza delle prove portate contro di lui dalla pubblica accusa.

La "garanzia istituzionale" di questo principio-cardine è data dal modello accusatorio di processo penale, basato sulla separazione fra pubblica accusa e giudice, nonché sulla parità fra accusa e difesa nel processo. La pubblica accusa, secondo tale modello, è una parte, che deve avere una massa di poteri equivalenti a quelli detenuti dalla difesa (c.d. principio della parità delle armi), tanto nella fase processuale propriamente detta, quanto nella fase pre-processuale.

E ciò perché la filosofia del processo penale "conforme ai principi democratici" è data dal confronto aperto e leale fra accusa e difesa come modo di accertamento della "verità" processuale. Di qui i conseguenti corollari: che la prova si forma nel dibattimento; che la difesa dev'essere garantita tanto nel processo quanto negli interrogatori di polizia; che l'accusato ha il diritto di rimanere silente e il privilegio di non autoaccusarsi, che la carcerazione preventiva dev'essere giustificata soltanto da gravi ed effettive esigenze cautelari e non deve, in ogni caso, essere tale da porre l'accusato in una posizione materiale e psicologica che possa pregiudicare la sua difesa.

L'anomalia della situazione italiana rispetto alla maggior parte dei Paesi occidentali è data dalla persistenza della secolare tradizione di un modello di processo penale di tipo "inquisitorio", di origine pre-democratica, che è durata tanto per tutto il periodo in cui è stata vigente una costituzione "liberale", quanto - a ciò è ben più grave - per oltre un quarantennio di vita politica al di sotto di una Costituzione democratica.

Questa situazione profondamente anomala ha generato, a sua volta, altre anomalie. La più evidente fra queste è che, per lungo tempo, pur nella vigenza della Costituzione democratica, i principi innovatori della Costituzione sono stati interpretati riduttivamente. Questa è stata la sorte della presunzione d'innocenza, della carcerazione preventiva e del diritto al silenzio dell'imputato, per non parlare dei diritti della difesa e del principio della "parità delle armi" tra pubblica accusa e difesa, gravemente offeso dalla mancanza di una effettiva separazione tra pubblici ministri e giudici, nonché dal prepotere della polizia giudiziaria nella fase delle indagini e, persino, nel dibattimento.

Quando, finalmente, nel 1989 è stata approvata la riforma del processo penale secondo i principi del modello accusatorio, nel momento dell'attuazione delle nuove regole si è manifestata l'anomalia più grave, che tuttora condiziona i lavori sulla riforma costituzionale della giustizia: l'innaturale convivenza dei principi "pre-democratici" legati al modello inquisitorio con i (pur non organicamente esposti) principi democratici presenti nella Costituzione repubblicana ha prevalentemente generato nei magistrati una cultura formata sui modelli inquisitori e ha prodotto in loro un

diffuso ottundimento nella percezione del contrasto di tale cultura con i principi democratici.

Il permanere di una cultura del genere ha in buona parte condotto a un'attuazione del nuovo processo penale conforme ai vecchi paradigmi "inquisitori" (l'esempio più evidente sta nell'uso attuale della carcerazione preventiva). E soprattutto ha condotto la Corte costituzionale a giudicare il nuovo processo incorporando nei valori costituzionali il significato formatosi all'epoca del processo "inquisitorio", di modo che il nuovo processo è stato di fatto giudicato sulla base dei paradigmi sviluppatisi in relazione al vecchio processo. Ciò ha permesso alla Corte costituzionale di reintrodurre con sentenze "creative" forti deroghe al principio della formazione della prova nel dibattimento e di ristabilire così un nuovo primato della pubblica accusa sulla difesa.

Tuttavia, la più profonda e duratura conseguenza dell'innaturale convivenza fra un tipo di processo penale "inquisitorio" e i principi democratici della Costituzione si è prodotta sul piano strettamente culturale. La percezione che i magistrati hanno del loro ruolo è infatti calibrata sulla funzione da essi svolta nell'applicazione di norme ispirate ai principi "inquisitori".

Per essi, come ha avuto modo di dire uno di loro, la funzione del magistrato -non importa se operante come pubblico ministro ovvero come giudice - è quella, rispondente a interessi generali, di cercare la "verità processuale", mentre la funzione della difesa è quella di tutelare interessi particolari che si contrappongono a quelli generali. Posta così la questione, è chiaro che non è concepibile una parità tra accusa e difesa; ed è altrettanto chiaro che la posizione del magistrato inquirente è considerata come più vicina- o, meglio, omogenea- a quella dell'organo giudicante piuttosto che a quella della difesa, erroneamente concepita come funzione "non pubblica", a protezione di interessi meramente personali.

Questa cultura, profondamente vissuta dai magistrati, si scontra con quella opposta, diffusa fra altri operatori della giustizia - come gli avvocati - e in non pochi ambienti del mondo politico, nei quali prevale (e il caso degli avvocati) o inizia a diffondersi (e il caso del mondo politico) una cultura di impronta liberal-democratica, tradizionalmente assente nella classe dirigente italiana.

La divisione culturale indicata non si sovrappone perfettamente alla divisione fra maggioranza e opposizione. Ciò rende indubbiamente più agevole la via del compromesso, ma allo stesso tempo costituisce la premessa per cattivi compromessi.

La Riforma della Giustizia nella Commissione Parlamentare

La divisione politica e la divisione culturale, che ho appena descritto, hanno caratterizzato la discussione sulla riforma della Giustizia che si è tenuta nella "Commissione parlamentare per la Revisione della Seconda Parte della Costituzione". La loro influenza è stata sicuramente negativa per almeno due distinte ragioni: prima di tutto, perché ha favorito la nascita nel Paese e all'interno del Parlamento di un "partito dei giudici" e di un "partito dei politici"; e, conseguenzialmente, perché ha concorso a connotare la discussione in modo prevalentemente emotivo e non razionale, favorendo anche una non limitata falsificazione della portata reale dei problemi.

L'intera discussione sulla revisione delle norme costituzionali sulla giustizia è stata monopolizzata dal problema della *separazione delle carriere e/o delle funzioni tra pubblici ministeri e giudici*.

Proposta dal partito di Berlusconi, con la tiepida approvazione della destra estrema, la "separazione delle carriere" è inizialmente apparsa come una soluzione accettabile anche da una parte della sinistra, se pure con l'opposizione della sinistra estrema presente all'interno e all'esterno del Partito Democratico della Sinistra (cioè gli ex comunisti). Tuttavia la forte reazione dei magistrati - sia attraverso singoli rappresentanti, sia attraverso le associazioni di categoria (cioè i loro "sindacati") - ha, da un lato, fatto venir meno il tiepido sostegno alla proposta da parte dell'estrema destra e, dall'altro lato, ha compattato il Pds su posizioni in difesa dei magistrati.

La posizione dei magistrati è che la separazione della carriera dei pubblici ministeri da quella dei giudici è un primo passo verso la fine dell'indipendenza dei pubblici ministeri e verso l'assoggettamento degli stessi al potere politico, con il consequenziale tramonto del principio della obbligatorietà dell'azione penale. Questa posizione è probabilmente falsa e, co-

munque, attribuisce erroneamente alla grande maggioranza dei Paesi occidentali, dove sussiste la divisione delle carriere sopra descritta, la non invidiabile immagine di Paesi nei quali l'attivazione dei processi penali dipende da decisioni del potere politico. E trascura di ricordare che proprio in Italia, dove vige l'unicità delle carriere, non rari sono stati, e tuttora sono, i fenomeni di subordinazione della promozione dell'azione penale ai voleri o agli umori del mondo politico.

In ogni caso, la posizione di forza raggiunta dal "partito dei giudici", congiunta alla scarsa credibilità del partito che ha formulato l'originaria proposta della "divisione delle carriere", ha condotto alla sconfitta di tale proposta e al successo di una soluzione di compromesso.

Questa soluzione prevede che tanto i giudici quanto "i magistrati del pubblico ministero" facciano parte del medesimo "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere" (art. 120). La loro carriera è, dunque, unitaria, nel senso che vengono reclutati con il medesimo sistema (un concorso pubblico e un tirocinio comuni), hanno una posizione nell'amministrazione pubblica identica e godono di un'analoga garanzia d'indipendenza (anche se per i giudici si dice che "sono soggetti soltanto alla legge", mentre per i magistrati del pubblico ministero si dice soltanto che "sono indipendenti da ogni potere e godono delle garanzie stabilite nei loro riguardi della norme sull'ordinamento giudiziario": v. art. 117).

Tuttavia, fra giudici e magistrati del pubblico ministero il Progetto della nuova costituzione prevede una divisione, che viene, forse impropriamente, chiamata "divisione di funzioni". Infatti, in base all'art. 124, i magistrati, appena nominati dopo il previsto tirocinio, sono inizialmente assegnati all'esercizio delle funzioni giudicanti per un periodo di tre anni, "al termine del quale il Consiglio Superiore della Magistratura ordinaria li assegna all'esercizio di funzioni giudicanti ovvero inquirenti, previa valutazione d'idoneità". Il successivo passaggio tra una posizione e l'altra è consentito soltanto attraverso il superamento di un "concorso riservato" (art. 124, comma 3°).

Il sistema delineato del Progetto della nuova costituzione solleva non poche perplessità, soprattutto in relazione alle incongruenze che esso rivela.

Dal punto di vista strettamente giuridico, non appare coerente che,

mentre i magistrati, non importa se giudicanti o inquirenti, vengono immessi in un ruolo unico attraverso un identico concorso, successivamente sono tenuti a partecipare a un ulteriore concorso, dopo aver esercitato per un certo numero di anni una delle due funzioni, al fine di essere assegnati a una diversa funzione pur sempre connessa al ruolo per il quale hanno vinto il concorso iniziale. Ed in effetti, se la prima assegnazione alla funzione viene effettuata semplicemente sulla base di una valutazione d'idoneità del Consiglio Superiore della Magistratura, coerenza vuole che le successive assegnazioni debbano essere condizionate a una analoga valutazione d'idoneità.

Dal punto di vista più generale, è lecito osservare che, se non si è accettata la divisione delle carriere fra magistrati inquirenti e magistrati giudicanti, una rigida disciplina dell'assegnazione alle diverse funzioni, come quella contenuta nel Progetto, concorre soltanto a rendere inefficiente l'esercizio dell'una e dell'altra funzione. La divisione delle carriere appare funzionare bene laddove costituisce il miglior presupposto, come negli USA, per realizzare un'effettiva e piena circolarità fra tutte le posizioni delle professioni forensi (giudici, pubblici ministeri, avvocati). L'unicità della carriera dei magistrati, per ben funzionare, presuppone che la predetta circolarità sia almeno assicurata tra le posizioni interne all'ordine dei magistrati (giudici e pubblici ministeri). Surrogare la divisione delle carriere con freni significativi alla circolarità nell'assegnazione dell'esercizio delle funzioni produce un risultato opposto a quello che si voleva perseguire con la divisione delle carriere, poiché, per un verso, non rappresenta un'adeguata garanzia rispetto alle esigenze di separazione tra accusa e giudizio propria del processo penale di tipo "accusatorio" e, per altro verso, spostando l'istanza di separazione su un terreno improprio, pone un irragionevole ostacolo all'opportuna circolarità delle esperienze giudiziali, con conseguente penalizzazione della professionalità dei magistrati e, in generale, dell'efficienza della magistratura.

A garanzia della "divisione delle funzioni", il Progetto prevede anche la divisione del Consiglio Superiore della Magistratura in due sezioni: una per i magistrati giudicanti e l'altra per i magistrati inquirenti. Tali sezioni esercitano congiuntamente tutte le funzioni amministrative concer-

nenti la carriera iniziale dei magistrati (assunzione, tirocinio, assegnazioni) e i passaggi da una funzione all'altra, mentre esercitano separatamente quelle attinenti agli altri aspetti della carriera (trasferimenti, promozioni).

I provvedimenti disciplinari, diversamente da quanto avviene ora, non sono più competenza di una sezione del Consiglio Superiore, ma sono affidati a un organo particolare - chiamato "Corte di giustizia della magistratura" - che è formato da nove membri eletti fra i propri componenti dal Consiglio Superiore della magistratura ordinaria e da quello della magistratura amministrativa, in modo da assicurare la prevalenza ai membri designati dai magistrati (in un numero complessivo di sei) rispetto a quelli designati dal Senato (in numero complessivo di tre). L'azione disciplinare - ed è questa un'ulteriore novità - viene esercitata, con il vincolo della obbligatorietà, da un organo speciale, denominato "Procuratore Generale", il quale viene eletto dal Senato, con una maggioranza dei 3/5, ogni quattro anni, vale a dire per una durata pari a quella del mandato dei membri dei Consigli Superiori della Magistratura.

Quest'ultimo organo è pensato al chiaro fine di "spoliticizzare" il promovimento dell'azione disciplinare (ora affidata al Ministro di Giustizia, che oggi ne ha "facoltà", non già l'obbligo), tanto che viene affidata a un organo alla cui preposizione, per la maggioranza richiesta (3/5), concorre necessariamente anche la minoranza.

L'istituzione di una "Corte di giustizia della magistratura" è, invece, pensata soprattutto per contrastare le nefaste conseguenze del carattere fortemente corporativo dei magistrati, che ha spesso fatto girare a vuoto la responsabilità disciplinare dei medesimi magistrati. Porre nello stesso organo magistrati provenienti da carriere diverse (magistrati ordinari e amministrativi) ed esercitanti funzioni diverse (giudicanti e inquirenti) insieme a una minoranza di persone di designazione politica intende avere un significato di attenuazione dell'effetto "corporativo". E' facile prevedere, tuttavia, che tale intenzione risulterà frustrata dagli eventi futuri, essendo oggi l'unità "corporativa" dei giudici un legame molto più forte di qualsiasi altra appartenenza.

Infine, resta da dire qualcosa sul rapporto tra i magistrati e la politica. Il chiaro privilegio accordato ai magistrati dall'art. 125, ultimo comma,

del Progetto, per il quale i magistrati ordinari e amministrativi, a differenza di quelli nominati o eletti alla Corte costituzionale e a differenza del ricordato "Procuratore Generale", non sono soggetti al divieto di ricoprire posizioni politiche né durante la carica, né per un periodo successivo alla cessazione dalla carica (4 o 5 anni), lascia fortemente perplessi.

Oggi molti magistrati siedono in Parlamento, offrendo così motivo per gettare un'ombra sulla imparzialità dell'esercizio del loro potere. Non è certo conforme allo spirito dello Stato di diritto vedere un magistrato che si batte tenacemente, e talora anche furiosamente, per una certa parte politica e ritrovarlo poi, appena finito il suo mandato parlamentare, nel ruolo di imparziale custode della legge, di una legge magari contraria agli interessi della parte che egli difendeva in Parlamento. Non è solo questione d'immagine e di credibilità - che pure è importante - ma di sostanza: in una situazione storica in cui la legge è quasi sempre un delicato, e talora instabile, compromesso fra interessi contrapposti, un magistrato, non più *super partes*, ma schierato con una parte, rappresenta una contraddizione vivente con i principi dello Stato di diritto.

Questo problema è particolarmente acuto in Italia, dove le accuse di "politicizzazione" dei magistrati sono frequenti e trovano un riscontro anche nelle posizioni dei giornali più diffusi e prestigiosi (ricordo, come esempio, un "fondo" del Corriere della Sera, del 12 marzo scorso).

Gli attuali riformatori hanno perso un'occasione per cominciare ad affrontare il problema, partendo quantomeno dalla affermazione della incompatibilità della posizione del magistrato con quella di membro del Parlamento o del Governo. Ed invece hanno ripetuto la vecchia norma, per la quale i magistrati "non possono partecipare alle competizioni elettorali nella regione in cui hanno esercitato le loro funzioni negli ultimi cinque anni, né essere assegnati, per i successivi cinque anni, a sedi comprese nelle regioni nel cui territorio siano stati candidati o eletti".

Mi domando, non senza ironia: che cosa sarà dei magistrati della Corte di cassazione o del Consiglio di Stato che esercitano le loro funzioni a livello nazionale, e non già regionale? Stando così le cose, per loro dovrebbe scattare il divieto. Ma non è questa una violazione del principio supremo di eguaglianza?

Conclusione

Cercando di dare un giudizio complessivo, la proposta della Commissione per la riforma della Costituzione è, in materia di giustizia, meno innovativa di quel che ci si aspettava. Le sue parti migliori consistono nelle norme più particolari (ad esempio, in quelle che specificano i diritti della difesa nel processo penale) anziché nei principi e nelle norme generali.

Come ho cercato di dire prima, le profonde divisioni politiche e ancor più quelle culturali hanno determinato uno scenario nel quale è oggettivamente difficile, se non impossibile, trovare un accordo su principi effettivamente innovativi.

Negli ultimi giorni sta maturando un nuovo compromesso proprio sul punto più combattuto: la divisione o l'unicità delle carriere dei magistrati. Si va profilando una soluzione di rinvio, nel senso che, sulla base del fatto che la nuova Costituzione prevede una distinzione fra "giudici" e "magistrati del pubblico ministero" rinviando, per la definizione della posizione di questi ultimi, alle norme sull'ordinamento giudiziario, si pensa di affidare a una legge ordinaria futura il discusso problema della divisione delle carriere.

Anche sulla divisione del Consiglio Superiore della Magistratura Ordinaria in due sezioni si stanno verificando ripensamenti: si vorrebbe conservare una unica sezione prevedendo, però, un sistema elettorale proporzionale, in base al quale i giudici, che sono circa 4/5 dei magistrati, avrebbero una rappresentanza pari alla loro consistenza numerica. In tal modo, ai magistrati del pubblico ministero andrebbe soltanto 1/5 dei seggi disponibili.

La tendenza che si manifesta in questi ultimi accomodamenti è quella verso un'ulteriore diminuzione del grado di innovatività.

Inoltre, non va pure trascurato che la proposta della Commissione parlamentare non tocca i temi più importanti della giustizia, legati a quella che si può chiamare l'attuale *crisi strutturale dello Stato di diritto*. In uno Stato caratterizzato dal conflitto sociale, il cambiamento della natura delle leggi in atti che esprimono la convivenza di interessi diversi e che contengono sempre di più "clausole in bianco", dirette ad essere riempite di un

contenuto concreto dalle scelte discrezionali dei giudici, rende inattuale la classica definizione di questi ultimi come la "bocca della legge". E, poi, lo sviluppo della comunicazione di massa ha portato a un pratico svuotamento delle istituzioni della giustizia e, in particolare, della tutela dei diritti di difesa dell'imputato: quest'ultimo, infatti, sempre più spesso viene sottoposto a un "processo" preventivo o parallelo svolto *sui mass-media,* un processo condotto sull'onda dell'emotività popolare, che non può non influenzare, sovente in modo decisivo, l'andamento del processo reale. Ebbene, su questi problemi, non certo secondari, non c'è nulla nella proposta oggi in discussione in Parlamento, se non affermazioni generiche, prive di effettiva efficacia.

Di fronte a ciò, alcuni si domandano se valeva la pena di scomodare il "potere costituente" e prevedere un solenne *referendum* popolare per una riforma tutt'altro che significativa. La domanda è legittima, ma ne fa sorgere un'altra: c'è un'alternativa reale a questa "riformetta"? e la alternativa reale non è, forse, il mantenimento dello *status quo?* Di fronte a quest'ultimo pericolo, una "riformetta" è sicuramente meglio di niente.

Parigi, 20 marzo 1998

ANNA MARIA GIOMARO

L' OSSIMORO DELLA GIUSTIZIA: INDAGINE ROMANISTICA AI CONFINI DEL PURO PENSIERO *

*** È la comunicazione proposta al XI Colloquio internazionale romanistico-canonistico "Etica e diritto nella formazione dei moderni ordinamenti giuridici" tenutosi presso la Pontificia Università Lateranese dal 22 al 25 maggio 1996. Nei programmi del Convegno il titolo della comunicazione appariva propriamente come «*La giustitia e l'uomo. Emersione della 'umanità' di un concetto*». Tuttavia, a causa della ristrettezza dei tempi, invece di leggere il testo distribuito (che costituiva la sintesi di un lavoro già predisposto per gli «*Studi in memoria di Italo Mancini*», dove appunto compare quel titolo, p. 195 ss.), si è preferito sintetizzare ulteriormente il discorso programmato (sviluppandone semmai alcuni tratti delle note), e inserirvi, a braccio, ulteriori riflessioni. Il testo che qui si pubblica riproduce il discorso realmente tenuto, in parte riprendendo, in parte ampliando e innovando (in particolare i paragrafi 1 e 4) il testo sull' "emersione della 'umanità' di un concetto".

1. La storia dell'evoluzione dell'uomo, dal tempo in cui era "quello della pietra e della fionda"[1] ad oggi, dimostra, a ben vedere, un particolare ininterrotto filo conduttore che lo accompagna nello sviluppo dei secoli.

È indagine comunemente accolta negli studi di antropologia giuridica[2] che presso tutte le civiltà orali o preletterarie la giustizia, non ancora ben definita come concetto tecnico, si venga concretizzando in una regolamentazione di comportamenti, come individuazione, fra i tanti, dei modi di atteggiare la propria esistenza più ricorrenti e socialmente più adeguati, le "*way of life*" di Milman Parry[3]. In tali civiltà, come appunto la civiltà romana delle origini, la giustizia viene intesa, cioè, disciplina dell'atteggiamento umano di fronte agli episodi della vita, alle vicende più o meno ricorrenti, in definitiva come determinazione caso per caso del bene o del male al fine di operare uno "stile di vita". Il singolo isolatamente preso, o piuttosto il gruppo inteso nella sua unità, sente il bisogno di affermare la propria identità di singolo o di gruppo, e lo fa creando delle relazioni con l'ambiente in cui vive. Ma al fondo di tale fenomeno è una più profonda necessità psicologica: l'uomo si trova quasi inconsciamente indotto a confrontarsi con l'ambiente, si rende conto che l'ambiente, la natura, il cosmo non muoiono con gli uomini, ma sembrano eterni, e poiché, come dimostra la psicologia storico-sociale, anche l'uomo per un misterioso ed interiore motivo evolutivo è teso verso un'aspirazione di eternità, così, per il tramite appunto di queste relazioni con l'ambiente, cioè con l'immortale (o con ciò che tale gli appare), anche l'uomo andò cercando una sua immortalità.

---

[1] S. Quasimodo, *Uomo del mio tempo*, dalla raccolta *Giorno dopo giorno*: "*Sei ancora quello della pietra e della fionda, uomo del mio tempo. ...*".

[2] M. Parry, *The historical Method in literary Criticism*, in *The Making of homeric Verse*, Oxford 1971 (a cura di Adam Parry), p. 411: così anche E.A. Havelok, *Dike. La nascita della coscienza*, Bari 1981 (ed. originaria Cambridge 1978), p. 67; Cantarella, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano 1979, p. 147 ss.

[3] M. Parry, *op. cit.*, p. 408 ss.

Il 17 giugno 1919, pensoso capitoletto di quelle che sono state definite delle "prose dell'alba"[4], così scriveva "a Giulia" Giuseppe Capograssi: "Questo uomo, questo essere finito, che non arriva con lo sguardo a vedere oltre la superficie delle cose, e con la mente a concepire oltre la superficie delle idee, questo uomo sente in sé una irresistibile, una poderosa tendenza a superarsi, a prolungarsi, a toccare l'infinito, a pervenire all'eterno, a uscire da quell'ingombro di sensazioni sterili, e di sterili passioni che fanno la sua vita e la sua infelicità"[5]. Di qui, con un'attenzione premurosa ai bisogni e agl'interessi pratici dell'uomo nella concretezza materiale della sua esistenza, Capograssi giunge ad esaltare l'azione, nel mentre che, filosoficamente, esalta nell'uomo l'agente ("l'imperativo giuridico salva l'azione, l'imperativo morale salva l'agente")[6], e a concepire l'uomo come esso stesso creatore: "Tutto ciò che egli – l'uomo – è, si vede proprio in quello che fa; e quello che fa non è la sua azione staccata superficiale frammentaria, che non lascia traccia, ma quella che esso realizza e organizza in modo stabile nella esperienza, nel mondo dell'esperienza che esso organizza e crea, e che organizza e crea proprio per soddisfare i suoi bisogni e soddisfare quelli che sente come suoi interessi obbiettivi e imperativi; è tutto il mondo del concreto, dell'esperienza concreta, della società"[7]. Di qui l'interesse tutto particolare che Capograssi dedica in questa direzione al testamento, in quanto attraverso il testamento, "l'opera supera l'individuo [...]. Lo supera e opera, come se la morte non esistesse, o come se l'individuo fosse sempre presente"[8].

---

[4] Così I. MANCINI, *Suicidio e preghiera*, in *Scritti cristiani*, Genova 1991, p. 123 ss., nel dare commento dei *Pensieri a Giulia*, in particolare di quelli del 12 ottobre 1919 (nell'ed. a cura di G. Lombardi, Milano 1978, I, p. 366) e del 17 giugno 1919 (*ibidem*, p. 230).

[5] CAPOGRASSI, *loc. ult. cit.*

[6] *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, II, Milano 1959, p. 171.

[7] *L'esperienza in concreto*, in *Opere*, cit., III, p. 181.

[8] *Introduzione alla vita etica*, in *Opere*, III, cit., p. 121 s. (vedi I. MANCINI, *Suicidio e preghiera*, cit., p. 135 s.; per il pensiero politico in part. BOBBIO, *Italia civile. Ritratti e testimonianze*, Firenze 1986; TESSITORE, *L'origine della concezione capograssiana dello Stato tra idealismo e "storicismo"*, in *Filosofia religione nichilismo*, Napoli 1988; PAGALLO, *Ambiguità dello Stato sociale. Comunità e regime nel pensiero giuridico di Giuseppe Capograssi*, Padova 1990).

A mio sommesso avviso non si tratta della proiezione dell'uomo attraverso la sua discendenza, tema di grande suggestione presso tutte le civiltà[9], e che in particolare Giustiniano, mostra di aver ben presente quando, nel momento di legiferare sul matrimonio, scrive: "*ut humano generi videatur*

---

[9] È, a ben vedere, la prospettiva biblica attraverso la quale viene riguardata la discendenza, dove accanto alla benevolenza di Dio ("*beato l'uomo che teme l'Eterno ... i suoi figli come virgulti d'ulivo attorno alla sua mensa*", *Salm.* 128), accanto al sapore della riconoscenza ammirata dell'uomo ("*Or questi sono i nomi dei figliuoli d'Israele che vennero in Egitto ... furono fecondi, moltiplicarono copiosamente, e diventarono numerosi e si fecero oltremodo potenti, e il paese ne fu ripieno*", *Esod.* 1,1-7), si pone l'orgoglio di chi si sente eternato nei suoi progenitori come nei suoi discendenti ("*Mira il cielo, e conta le stelle, se le puoi contare. E gli disse: Così sarà la tua progenie*", *Gen.* 15,5, che cito nella trad. di Giovanni Luzzi, Roma 1960). La preoccupazione con cui la *Vulgata* si sofferma a tracciare le linee della "posterità di Adamo" (*Gen.* 5,1-32), o della "posterità" di Jafet, di Cam, di Sem (*Gen.* 10,1-22), la genealogia di Abramo (*Gen.* 11,10-32), e poi ancora di Nahor (22,20-24), di Ismaele (25,12-18), di Giacobbe (35,23-26), e così via; e ancora le tavole genealogiche del *Primo libro delle Cronache*; tutto questo non serve forse a rendere ragione della promessa a più riprese rinnovata ad Abramo: "*Tu diventerai padre di una moltitudine di nazioni ... E ti farò moltiplicare grandissimamente, e ti farò divenir nazioni e da te usciranno dei re ... E a te e alla tua progenie dopo di te darò il paese dove abiti da straniero*"? (*Gen.* 17,4-8; ma anche 15,5; 12,2-3; 22,17; che è poi la promessa fatta anche alla schiava Agar riguardo ad Ismaele, in *Gen.* 16,10 e 17,20: "*Io moltiplicherò grandemente la tua progenie, e non si potrà contare, tanto sarà numerosa ... io farò di lui una grande nazione*"; ed è la stessa rivolta con la parola del Signore a Natan riguardo al re David: "*Quando i tuoi giorni saranno compiuti e tu giacerai con i tuoi padri, io assicurerò dopo di te la discendenza uscita dalle tue viscere, e renderò stabile il suo regno. ... La tua casa e il tuo regno saranno saldi per sempre davanti a me e il tuo trono sarà reso stabile per sempre*" nel *Secondo libro di Samuele*, 7,12-16, ripetuta nel *Salm.* 88: "*... ho giurato a Davide mio servo: stabilirò per sempre la tua discendenza, a te darò un trono che duri nei secoli*"). In ogni caso si legge l'immedesimazione dell'uomo nella sua discendenza. A distanza di secoli e di culture, lo stesso spirito informa le profezie delle tre streghe shakespeariane, che, dopo aver salutato Macbeth ("*Salve, Macbeth! Salve a te, che sarai re*"), lo contrappongono a Banco (*Macbeth*, atto I, scena III):

Prima strega:
Inferiore a Macbeth, e più grande.
Seconda strega:
Non altrettanto felice, eppure molto più felice.
Terza strega:
Padre di re, ...

immortalitatem artificem introducere, et ex filiorum procreatione renovata genera manent iugiter, dei clementia, quantum est possibile, nostrae immortalitatem dominante naturae"[10].

Non si tratta neanche, più concretamente, della proiezione dell'uomo attraverso la sua volontà che si fa legge per il tramite di quel negozio giuridico-testamento col quale l'individuo detta le disposizioni relative all'avvenire delle situazioni giuridiche da lui create e ricomprese nell'ambito della sua sfera di attività. Lo stesso Capograssi considera "artificiale e sforzato il concetto di Leibniz del testamento (della istituzione quasi generale del testamento) come prova dell'immortalità dell'anima", lui, che pure ne riferisce come indicativo del valore durevole, oltre la vita, che la volontà dell'uomo assume come fatto "del soggetto, del soggetto brevemente vivo, che il soggetto realizza, come se non sparisse e la volontà vale (per tutti, agli occhi di tutti, nella credenza di intere società ed epoche storiche!), come se fosse ancora viva e attuale, cioè vivesse l'individuo che l'ha posta in essere"[11].

Il Gramsci delle Lettere dal carcere, aveva ritenuto questa la sola immortalità, quando, proprio nel mentre che negava l'inferno e il paradiso, doveva riconoscere che un'aspirazione tutta umana conduceva a ritenere che "ogni nostra azione si trasmette negli altri secondo il suo valore, di bene e di male, passa di padre in figlio, da una generazione all'altra in un movimento perpetuo"[12].

Un risultato di questo genere sarebbe già di particolare significato. Ma c'è forse di più: non è il testamento a spingersi al di là dei tempi, il testamento che è espressione di volontà (dal che sarebbe la volontà dell'uo-

---

[10] Su cui G. Lanata, *L'immortalità artificiale. Appunti sul proemio della Novella 22 di Giustiniano*, in «Serta Historica Antiqua» 2, p. 259 ss.

[11] Capograssi, *loc. ult. cit.*

[12] Non è dunque un'esigenza del solo pensiero religioso. In una lettera del 15 giugno 1931 Antonio Gramsci (Gramsci, *Lettere dal carcere*, Torino 1965, p. 442), scrive: "Carissima mamma, ... Se ci pensi bene tutte le quistioni dell'anima e dell'immortalità dell'anima e del paradiso e dell'inferno non sono poi in fondo che un modo di vedere questo semplice fatto: che ogni nostra azione si trasmette negli altri secondo il suo valore, di bene e di male, passa di padre in figlio, da una generazione all'altra in un movimento perpetuo".

mo, già di per sé eterea, a farsi immortale); sono invece le opere dell'uomo, le sue concrete realizzazioni, la sua "sfera giuridica" moltiplicata nei vari elementi compositivi concreti: è la sua (dell'uomo) opera, "e – come dice l'aedo del *Solon* nei *Poemi conviviali* di Giovanni Pascoli – e il poeta fin che non muoia l'inno, vive, immortale".

Ora questo singolare rapporto fra l'uomo e l'infinito si riflette, mi sembra, particolarmente nel campo del diritto. Con felice intuizione (o con felice consapevolezza) Ulpiano faceva del diritto la *vera philosophia* (D.1,1,1,1): poiché, come la filosofia cerca all'uomo degli spazi infiniti che lo proiettino al di là dei ristretti confini temporali della sua esistenza terrena, così il diritto riconosce all'uomo una dimensione non circoscritta nel tempo e nello spazio. Il che accade in quanto di lui sopravviva ciò che egli abbia costituito giuridicamente, così come giuridicamente l'aveva voluto; ovvero, quando anche risulti giuridicamente altrimenti, in quanto pure da lui stesso quel fenomeno giuridico ha preso un avvio che l'ha condotto al punto in cui è.

Il *ius* delle origini della storia di Roma è costituito da un intreccio fra diritto e religione, che è del resto caratteristica frequente nella fase primitiva di altri diritti antichi: esso viene più precisamente rappresentato dal binomio *ius-fas*, indubbiamente attestato dalle fonti come rapporto dell'uso comune in cui i due termini compaiono spesso in espressione endidica[13].

[13] Le espressioni "*ius fasque*", "*ius ac fas*", o simili, sono frequenti nelle fonti letterarie ed epigrafiche, fin dal periodo più antico: da Plaut., *Cist.* 20 (*hicine histud decet? iusque fasque est*), a Cic., *de harusp. resp.* 16,34 (*oratores contra ius fasque interfectos*); da Liv. 42,21,3 (*contra ius ac fas bellum intulisset*), 8,39,13 (*quae ... res per fetiales ex foedere repetitae essent, secundum ius fasque restituerentur*), 32,21,23 (*hospitem ... contra ius omne ac fas ... occisum*) (come anche 3,55,5; 7,21,3; 8,10,1; 23,12,15; 45,33,2) alle distinzioni di Gellio nei lapidari paragrafi iniziali del cap. 10,15 (*ius est, fas est, religiosum est*, ecc.). L'epigrafia ci offre testimonianze di normazione religiosa, di particolare importanza, come la *lex templi furfensis* (C.I.L. I2, n. 756,1) e la *lex arae narbonensis* (C.I.L. XII n. 4333,2,14). Particolare attenzione al tema, con ampia esposizione critica delle varie teorie, si veda in Beduschi, *Osservazioni sulle nozioni originali di fas e ius*, in RISG 10 (1935), p. 209 ss.; ulteriori svolgimenti, e ricchezza di citazioni testuali criticamente analizzate, si legge in Orestano, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano dall'età primitiva all'età classica*, in BIDR 5 n.s., 1939, *passim*, nonché in Santoro, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in «Annali Palermo» 30, 1967, *passim*, in part. p. 149 ss.

Ognun sa – e la dottrina ampiamente ce lo insegna – come sia difficile individuarne esattamente il significato[14]. Peraltro, sulla base di Servio, "*ad religionem fas, ad homines iura pertinent*" (*ad Georg.* 1,269), o anche della testimonianza di Isidoro, "*fas lex divina, ius lex humana est*" (Or. 5,2,2), si è comunemente indotti ad indicare con *ius* la liceità secondo il diritto e con *fas* la liceità secondo religione. Nell'uno come nell'altro caso si tratta di testimonianza non certo risalente, di cui, accettandone le conclusioni per il periodo di diretto riferimento, dovrebbe poi in ogni modo dimostrarsi la corrispondenza di significati con il periodo più antico.

Il significato dell'affermazione di Servio non può che leggersi alla luce di una considerazione ciceroniana, in cui ancora una volta appare il tema della giustizia:

> Cic., *part. or.* 22,78: iustitia dicitur ... erga deos religio, erga parentes pietas ...[15].

e ancora:

> Cic., *de leg.* 2,11,27 : tum maxume et pietatem et religionem versari in animis, cum rebus divinis operam daremus.

---

[14] Per tutti si veda F. Sini, *Fas et iura sinunt (Verg. Georg. 1,269). Contributo allo studio della nozione romana di 'fas'*, Sassari 1984.

[15] Cicerone individua nella "*iustitia*" (*de off.* 1,7,20-21), ricollegandola all'essenza del vivere sociale (*ea ratio, qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur. Cuius partes sunt duae, iustitia, ... et huic coniuncta beneficentia* ...), due compiti precipui: all'uno di essi (*Sed iustitiae primum munus est, ut ne cui quis noceat nisi lacessitus iniuria*) si richiama il *neminem laedere* dei *praecepta iuris* di Ulpiano di cui si legge in D. 1,1,1,10, all'altro il "dare a ciascuno il suo", variamente ripetuto (*deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis ... quia suum cuique fit eorum quae natura fuerant communia ...*). Sul valore della *iustitia* in Cicerone si veda Cancelli, *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, in «La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone», Atti del Convegno di Arpino 1993, p. 1 ss. Cfr. anche *infra*, per la lettura del passo. Altri passi interessanti a documentare il rapporto fra *religio* e *pietas* sono, per esempio, *de rep.* 1,2,2; *de rep.* 6,16,16; *de nat. deor.* 1,2,3; *de nat. deor.* 2,61,153; *de leg.* 2,7,15; ecc.

Del resto basta considerare il significato profondo di *religio*:

> Macrobius, *sat.* 3,3,8: Servius Sulpicius religionem esse dictam tradidit, quae propter sanctitatem aliquam remota ac seposita a nobis sit, quasi a relinquendo dicta, ut a carendo caerimonia[16].

Da *religio* deriva il qualificativo *religiosus*: la scienza giuridica romana lo usa in rapporto alla categoria delle *res* che Gaio individua come quelle *quae diis manibus relictae sunt*, e che tali diventano *vero nostra voluntate* nel momento in cui vi seppelliamo i nostri morti (Gai. 2,6; Marc. in D. 1,8,6,4). Ma se la *res religiosa* trae dalla *religio* i suoi caratteri (la *sanctitas*, per essere *remota ac seposita*), non è poi vero, al contrario, che la *religio* si connaturi esclusivamente dei caratteri propri delle *res religiosae*: la *religio* nasce da una scelta di vita degli uomini, *vero nostra voluntate*, nasce dal sentimento di austerità e *sanctitas* che ci ricollega al passato, remoto *ac sepositus*, nasce dall'esigenza, che è esigenza tutta personale, di onorare nei nostri morti la risalenza divina della stirpe, nasce dalla costituzione, e direi quasi costruzione, di rapporti con la divinità (parlando di *in deos caerimoniae religionesque* dice Cicerone, *de leg.* 1,15,43, *quas non metu, sed ea coniunctione, quae est homini cum deo, conservandas puto*). Gli dei Mani, cui le *res religiosae* vengono dedicate, e che comunemente

---

[16] In Gell. 4,9,8 l'affermazione è riferita a Masurio Sabino: Macrobio la riporta, per voce di Servio, ad avvalorare le sue considerazioni circa l'uso delle parole in Virgilio (*Superest ut quid sit religiosum cum Vergilio communicemus*). È interessante considerare anche il seguito del passo, dove dopo le parole *ut a carendo caerimonia* si legge: "*Hoc Vergilius servans ait:*

est ingens gelidum lucus prope Caeretis amnem
religione patrum late sacer;

et adiecit quo proprietatem religionis exprimeret,

... undique colles
inclusere cavi, et nigra nemus abiete cingit:

quae res utiquefaciebat lucum a populi communione secretum. Et ut relictum locum ostenderet non sola adeundi difficultate, adiecit et sanctitatem:

Silvano fama est veteres sacrasse Pelasgos
agrorum pecoris deo".

vengono intesi come "dei inferi", rappresentano invero un collegamento col passato che si impone perché avvolto nei paludamenti del mito, diventa un tutt'uno con i *mores maiorum*.

Quando per l'insegnamento di Elio Gallo si legge che

> Festus, v. «religiosus» (Lindsay f. 279) – <religiosum ait> esse Aelius Gallus, quod homini ita facere non liceat, ut si id faciat contra deorum voluntatem videatur facere ... idem religiosum quoque esse, quoniam (qui non iam ?) sit aliquid, quod ibi homini facere non liceat; quod si faciat, adversus deorum voluntatem videatur facere.

si vogliono sottolineare i connotati di eguaglianza che accomunano nell'unica dedicazione agli dei le cose *sacrae*, le cose *sanctae* e le cose *religiosae*, volendo però allo stesso tempo rilevare la differenza che fa *sacrae* le cose consacrate alla divinità mediante un atto solenne e pubblico di *consecratio*, *sanctae* le cose affidate agli dei (alla vigilanza degli dei) per antichissima costumanza ("*lege aut instituto maiorum*"), *religiosae* le cose dedicate agli dei per libera volontà degli uomini, quelle per le quali, dunque, l'uomo consapevolmente e di sua elezione (ma allo stesso tempo necessitato dal culto degli antenati) realizza il tramite con il mondo del divino[17]. Festo, riportando o l'elencazione dello stesso Elio Gallo o la pubblica

[17] Il tema della *religio* è, naturalmente, un tema di quasi unanime riferimento per tutti gli autori dell'antichità, e la letteratura, in particolare quella del pensiero, ce lo dimostra ampiamente. Ne risultano alcune interessanti affermazioni che meritano di trovare un loro spazio anche in una visione più rigorosamente giuridica, come, per esempio, potrebbe dirsi di quelle di Cicerone: *de inv.* 2,22,65 : *religionem eam, quae in metu et caerimonia deorum est, appellant, pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat*; *de inv.* 2,53,161 : *religio est, quae superioris cuiusdam naturae, quam divinam vocant, curam caerimoniamque affert; de nat. deor.* 1,117 : *religio deorum cultu pio continetur* (così anche, per citare un altro autore, Tacito, *Ann.* 1,79,13, vuole il rispetto delle *religiones* dei soci, *qui sacra et lucos et aras patriis amnibus dicaverint*); e soprattutto del lungo passo che si legge nel *de nat. deor.* 2,28,71 : *non enim philosophi solum, verum etiam maiores nostri superstitionem a religione separaverunt. Nam qui totos dies precabantur et immolabant, ut sibi sui liberi superstites essent, superstitiosi sunt appellati: quod nomen patuit postea latius; qui autem omnia quae ad cultum deorum pertinerent diligenter retractarent et tamquam relegerent, <i> sunt dicti religiosi ex relegendo, ut elegantes ex*

opinione del suo tempo, riferisce (ma l'elenco non è certo esaustivo), di tre comportamenti che risulterebbero vietati nei giorni c.d. religiosi (*religiosus est non mod[ic]o deorum sanctitatem magni aestimans, sed etiam officiosus adversus homines.* ***Dies autem religiosi****, quibus, nisi quod necesse set, nefas habetur facere: quales sunt sex et triginta atri qui appellantur, et alliensis, atque [h]i, quibus mundus patet. […] esse […] Gallus Aelius, quod homini ita facere non liceat, ut si id faciat, contra deorum voluntatem videatur facere. Quo in genere sunt haec: …*)[18], quali l'introdurre un uomo nel tempio cultuale della dea Bona, tradizionalmente dedicato ai riti femminili, il *ferre legem* ai comizi contro gli auspici, il *lege agere* in giorno nefasto.

> Festus, v. «sacer mons» (Lindsay f. 319) – Aelius Gallus ait sacrum esse, quodcumque more aut (modo atque) instituto civitatis consecratum sit, ...; quod autem privatis suae religionis causa aliquid earum rerum deo dedicent, id pontifices romanos non existimare sacrum. At si qua sacra privata succepta sunt, quae ex instituto pontificum stato die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tamquam sacrificium; ille locus, ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse.

---

eligendo, tamquam a diligendo diligentes, ex intelligendo intelligentes; his enim in verbis omnibus inest vis legendi eadem, quae in religioso. Ita factum est in superstitioso et religioso, alterum vitii nomen, alterum laudis. In ogni caso la *religio* è collegata all'apparato cultuale che l'uomo stesso ha creato e coltiva nel suo rapporto con la divinità; a simboleggiare l'altro aspetto della *religio*, che unisce virtualmente la *pietas* più moderna alle esperienze di culto dell'antichità più remota, (oltre al passo or ora citato in cui si fa parola dei *maiores nostri*) basti ancora, ricordare Tacito (*Germ.* 39,2, *fides antiquitatis Semnonum religione firmatur*; ma anche *Ann.* 3,26,13 ove si narra che Numa *religionibus et divino iure populum devinxit*; e poi 13,10,6; 15,41,3, in cui la *religio* è detta *vetustissima*; 15,55,8; ecc.), o ancora l'insegnamento pitagorico riportato da Cic., *de leg.* 2,11,27, *iam 'ritus familiae patrumque servare, id est, quoniam antiquitas proxime accedit ad deos, a dis quasi traditam religionem tueri*, ovvero il responso della Pizia agli Ateniesi circa *quas potissimum religiones tenerent*, cioè *eas quae essent in more maiorum*, che Cicerone fa proprio (*de leg.* 2,16,40).

[18] Festus, *loc. cit.*; il rapporto con la categoria del "*sacer*" è fatto evidente anche nell'altra testimonianza festina, *religiosum ac sacrum est, ut templa omnia, atque aedes, quae etiam sacratae dicuntur; ad (at) quod per se religiosum non est utile (utique)* …: Festus, v. «religiosum» (Lindsay f. 388).

Non v'è chi non veda come sia prettamente umana l'origine della *religio* (lo stesso collegamento con la *sanctitas*, con il corollario della connessione fra le qualità delle *res religiosae* e delle *sanctae*[19], la stessa differenza con il *sacrum*, vengono a confortare questa tesi), e pertanto come possa derivare dalla matrice umana la creazione stessa del *fas* che alla *religio* si rapporta.

Invero, attraverso un suggestivo riesame delle fonti e ponderata riflessione, e con l'apporto dell'insegnamento antropologico, si potrebbe sostenere che la relazione *ius-fas* rifletta per le origini altre valenze.

Una delle varie derivazioni etimologiche proposte relativamente a *ius*, che oggi non gode più dei favori della dottrina, riconnette il termine *ius* (= *ious*) a Giove, *Iuppiter* (l'antico *Iovis* o *Iouis*), e vi legge lo stesso radicale tematico di *dies*, che è il giorno, che è la luce: ne sarebbe prova il giuramento fatto dagli antichi sulla pietra focaia che era il simbolo della divinità. Il Walde-Hoffmann riporta, sia pure come *weitere Anknüpfung unsicher*, l'opinione di Enrico Cocchia[20], che, nell'ambito dei dati storico-ambientali offerti anche a livello degli studi antropologici, mi pare assai suggestiva ed ancora non pienamente confutata, ancorché studi più recen-

[19] I passi relativi sono ora esaminati, nel loro complesso, da Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, p. 25 ss. con l'attenzione particolarmente rivolta ad individuare la posizione dei giuristi in ordine alla qualificazione di ciò che è "*sacrum*" e alle connotazioni che distinguono questa categoria da quelle del "*sanctum*" e del "*religiosum*". Se ne veda anche in Bona, *Alla ricerca del 'de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione di C. Elio Gallo. I, La struttura dell'opera*, in BIDR 90 (1987), p. 129 ss.

[20] Cfr. Walde-Hoffmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1965, v. «*ius*», p. 733; il richiamo è a Cocchia (*Saliare Numae carmen*, in «Rivista indo-greco-italica», Napoli 1917, fasc. 2, p. 14 s., e anche *Gli indigitamenta pompiliana e il Carme Saliare di Numa*, *ibidem*, fasc. 4, p. 4 nt. 5) che documenta il "soprannome di Giove quale dio della luce" attraverso, per esempio, Aulo Gellio (5,12,6), Servio (*ad Aen.* 9,567), Macrobio (*sat.* 1,15,14), Mario Vittorino (6,12: nel quale, ultimo, si legge che *nostri, quotiens eiusdem soni u longa syllaba scribenda esset, u adiungebant o litteram; inde scriptum legitis Loucetium, nountios, loumen*, insegnamento assai indicativo anche per il rapporto fra *ius* e *Iovis*).

ti, di cui è ampia traccia nella polemica Carnelutti-Devoto, propongano altre interpretazioni[21].

Si può forse avanzare l'ipotesi che l'aspetto divino del diritto, aspetto che è imprescindibile presso tutte le civiltà delle origini, si esprima appunto mediante il *ius* (forse nel *ius* a preferenza anche del *fas*), dal momento che *ius* è il dio stesso, l'essenza del dio, la presenza del dio che si manifesta nella vita della terra, e vi rappresenta un senso di religiosità (e quindi di vetusta regolamentazione) che è sociale prima che morale. Per questa via si giunge, ripercorrendo l'indagine terminologica, ad una particolare correlazione fra i due elementi del rapporto che ha un sapore religioso magico intimistico e porta ad una sorta di capovolgimento del significato dei termini stessi, così come tradizionalmente intesi, l'uno, *ius*, come espressione del diritto umano, e l'altro, *fas*, come epifania del diritto divino, ma che pure mi sembra la più probabile ed incisiva a spiegare l'aspetto sociale del *ius* e del *iudicare*.

Alle origini del *ius*, allorquando il *ius* non era ancora "rito", non era "forza rituale", pure doveva rappresentare un valore, una possanza, in gran parte ineluttabile perché naturale, per altra parte creduta tale, e infine tale creata e voluta dall'uomo come insita nella realtà delle cose, nel procedere della vita, nell'ineluttabile e regolare trascorrere dei giorni, nelle leggi di natura che si imponevano ineluttabilmente agli animali ed alle cose, così come agli uomini; inconscio abbandono ad un naturale spirito vivificatore, certezza, sia pur soltanto a livello di suggestione, circa l'esistenza di un superiore anelito di regolamentazione, oserei dire di una legge universale, di una norma di vita, le "*way of life*" di Milman Parry. L'uomo è innanzi tutto spettatore: perché prima di agire deve e vuole conoscere, deve e vuole comprendere, e poi asseconda prima di osare, o, eventualmente, di contrastare.

Il *ius* dovette dunque essere inteso alle origini come forza naturale ed innata, rappresentante, poiché etimologicamente Giove è derivazione di *dies*,

---

[21] Cfr. DEVOTO, *Jus. Di là dalla grammatica*, in RISG 85 (1948), p. 414 ss. (ora in *Scritti minori*, I, Firenze 1958, p. 114 ss.), in polemica con CARNELUTTI, *Di là dal diritto*, in RISG 84 (1947), p. 108 ss.

la luminosità della chiarezza regolare, ben prevedibile, seppure inarrestabile ed immodificabile, del vivere sociale di contro alle "tenebre" del vivere al di fuori della società.

In contrapposizione e in endiadi si trova il *fas*, la cui più probabile derivazione etimologica è quella che correla il termine coi radicali *bha*, apparire, parlare.

Il *fas* rappresenterebbe "la manifestazione della volontà divina", ed è manifestazione che avviene per il tramite preferenziale della parola, o comunque della capacità di comunicare. Ma la parola ha essenza divina. Ma la parola nel suo più immediato carattere che la pone come primo fra gli elementi che differenziano gli uomini da un lato e animali e cose dall'altro, doveva essere pur sempre intuita (anche se non espressamente e consapevolmente concepita) come l'elemento che poteva avvicinare gli uomini agli dei. Ed in questo suo aspetto la parola, da caratterizzazione tipica e differenziante della specie degli uomini, si trasforma inconsapevolmente in espressione della divinizzazione degli uomini stessi.

Così il greco Isocrate, sia pure equivocando sul significato di "*logos*" inteso talora come mera "parola" "discorso", talora come "pensiero" e "razionalità", dice: "*Per la capacità insita in noi di persuaderci l'un l'altro e di chiarire a noi stessi quel che vogliamo, non solo ci siamo liberati dalla vita ferina, ma ci siamo radunati insieme e abbiamo fondato città, definito leggi e inventato arti; di tutto ciò che abbiamo fatto è stato elemento essenziale il logos. Per mezzo del logos abbiamo imparato a distinguere il giusto dall'ingiusto, il turpe e il bello ...*" (*Nicocle*, 6-9). E così il romano Lucrezio, nell'intento di riconnettere alla natura le capacità dell'eloquio, chiama "sordi" coloro che esprimendosi a suoni non possono capirsi, e muti, *mutae pecudes*, gli animali (*Postremo quid in hac mirabile tantoperest re, / si genus humanum, cui vox et lingua vigeret, / pro vario sensu varia res voce notaret? / Cum pecudes mutae, cum denique saecla ferarum / dissimilis soleant voces variasque ciere, / cum metus aut dolor est et cum iam gaudia gliscunt*) (*de rer. nat.* 5,1056-1061); e Cicerone, per dimostrare l'immortalità dell'anima, quale eclettico seguace delle dottrine stoiche e neoplatoniche, afferma: "*Prorsus haec divina mihi videtur vis, quae tot res efficiat et tantas. Quid est enim memoria rerum et*

verborum?" (*tusc.* 1,26,65)[22]. E ancora, insegnando all'uomo a non dolersi di avere un corpo più debole rispetto agli animali, il cristiano Lattanzio argomenta: "*quia non est tanti robur ac firmitas corporis, ut officio linguae careas, aut avium per aerem libera discursatio, ut manibus indigeas*" (*de opificio Dei* 3,20).

Va da sé che il termine dovesse essere stato collocato in origine accanto ad altro termine che lo completasse in senso concreto, materiale, visibile; e tuttavia, vuoi per il valore divinizzante che non può non riconoscersi alla parola *fas* in sé, vuoi per una sorta di fenomeno di compenetrazione nel significato dell'altro termine (*ius*), avrebbe poi assunto un valore autonomo di liceità, di espressione del volere del dio.

Altrettanto intuibile appare il processo mentale che portava ad identificare il *ius* come diritto umano. Se *ius*, l'antico *ius*, era la permeanza del dio e quindi della luce sulla terra, ben facilmente il suo significato poteva assumere via via un valore prevalentemente terreno: la luce è un elemento naturale che investe e beneficia di sé perpetuamente ogni essere partecipe della vita della terra, animato o inanimato che sia, ma di cui solo gli uomini possono manifestamente comprendere l'intima essenza, la potenza vivificante, il valore estremo. Di fronte alla notte, all'assenza della luce (e quindi del dio), gli animali si ritirano istintivamente; anche gli uomini si ritirano, ma in loro è elezione, è ossequio al volere di quel dio che è luce e che con le tenebre manifesta la sua assenza, è tema di incorrere nel castigo degli dei, di rischiare la vendetta divina. Non vi è presso i latini un culto espresso del sole, ma è implicita nell'esperienza storica di questo, come di tutti i popoli antichi, il culto della luminosità, e del giorno come spazio di tempo periodicamente ritornante ed unico che può essere di rilievo per la vita dell'uomo.

Per questa via, dalla prima giustificazione etimologico-psicologica

[22] Per passare poi a doti più filosofiche: *quid porro inventio? Profecto id, quo ne in deo quidem quicquam maius intellegi potest.* Va ricordato anche *de off.* 1,15,50: *eius autem vinculum* (sc. dell'umana società) *est ratio et oratio quae docendo, discendo, communicando, disceptando, iudicando conciliat inter se homines coniungitque naturali quadam societate; neque ulla re longius absumus a natura ferarum in quibus inesse fortitudinem saepe dicimus, ut in equis, in leonibus, iustitiam, aequitatem, bonitatem non dicimus.*

che univa *ius* a *fas* si è potuti trascorrere, io credo, ad intendere *fas* come "diritto divino", e quindi sfera del lecito, e *ius* come "diritto umano": per quel che riguarda *fas* non v'era che da esaltare l'elemento divino e divinizzante della parola, per quel che riguarda *ius* l'elemento umano, o per meglio dire terreno della luce. Nel tempo il *fas* si isola all'interno dell'esperienza esclusivamente religiosa, mentre il *ius* si umanizza, si laicizza e viene a significare l'esperienza giuridica degli uomini.

Mi giova, a questo punto, una *Anonymi brevis expositio Vergilii Georgicorum*, che "riproduce" Servio, e in ben quattro differenti tradizioni, più consapevole del processo di trasformazione che sta dietro le parole, al passo 1,269 sempre legge:

> 269 (FAS). 'Fas' divinum, 'ius' humanum, vel 'fas' ad homines, 'iura' ad Deos[23].

2. Un esempio di tutto ciò può vedersi nell'esperienza giuridica greca. Anche qui la giustizia, la *dike*, prendendo le mosse dalle prime manifestazioni, episodiche, nella tradizione omerica, percorre un suo cammino di evoluzione, incominciando da una personificazione in donna e dea, in connessione con il sentimento di sviluppo, di benessere, di serenità, di appagamento fisico e politico [24] [25] per giungere infine al concetto filosofico e tecnico.

In Omero la *dike* appare peraltro, di volta in volta e in ogni caso, preordinata allo scopo di porre un rimedio al disordine, di regolare il com-

---

[23] Cfr. *Servi grammatici qui feruntur in Vergilii carmina commentarii, III, Brevis expositio Vergilii Georgicorum (codex Bumannianus G)*, ed. G. Thilo, Hildesheim 1965, p. 248.

[24] L'Agamennone di Eschilo si apre su un incantato scenario notturno e sui divagamenti pensierosi di una sentinella che dal tetto della reggia spia il ritorno del re: "... *mi scoppiano allora i singhiozzi sulle sventure / di questa casa non più retta dalla giustizia di un tempo*" (vv. 18-19).

[25] Notevole in questo senso un testo poetico di Solone, che contrappone ai buoni i cattivi governanti: "*Questi insegnamenti l'animo mi spinge a dare agli Ateniesi: / Cattivo Governo genera molti mali alla città; / Buon Governo ogni cosa fa vedere corretta e in ordine. / Spesso, attorno agli ingiusti getta ceppi: / leviga le asperità, fa cessare l'alterigia,*

portamento degli uomini, di risolvere taluni dubbi relativi al pacifico conformarsi degli uomini stessi a regole di vita, ormai impostesi nell'uso, tesi a mantenere o recuperare il vivere in pace. E così "giusto" risulta Agamennone quando accondiscende al rituale della riconciliazione con Achille (Iliade, 19,172-276); "giusto" è Menelao che spinge Antiloco a giurare, se lo possa, di non aver usato sotterfugi o inganni per vincere la gara dei carri (*ibidem*, 23,440 ss.; in part. 579-585: "*No, farò giustizia da solo, senza, io credo, alcun rischio di critica; la giustizia, la dike, sarà retta. Vieni qui, Antiloco; prendi posto come vuole il rito: sta di fronte ai tuoi cavalli, alza la frusta nella mano e tocca i cavalli; e giura in nome di Poseidone che non usasti la frode per impedire la mia pariglia*"). "Giustizia" è quella del caso concreto che descrive lo stile di vita della città in tempo di pace sullo scudo di Achille (*ibidem*, 18,497 ss.). "Giustizia" è il vivere secondo regola, come nota Eumeo il porcaro che dei pretendenti nella casa di Ulisse dice che sono "*senza pensiero di timore e di pietas nelle loro teste: gli dei benedetti non approvano le azioni nefande; no, è la giustizia che essi onorano, e le azioni degli uomini compiute entro le regole*" (*Odissea*, 14,82-84).

L'inno che Esiodo intona alla giustizia, dal verso 213 al 285 de *Le opere e i giorni*, è forse ancor più concretamente indicativo per stabilire una correlazione fra l'ambiente e la *dike*; questa, la giustizia, vi è vista come una donna, una dea ora vilipesa ora onorata: "*Strepito della giustizia che viene trascinata dove gli uomini possono portarla / – divoratori di onorari, e con giustizie sbagliate decidono i formulari – / essa segue piangendo in città e luoghi abitati dagli uomini / vestita di nebbia, portando mali agli uomini che la respingono, / e che non l'hanno amministrata giustamente*". Al contrario onorare la *dike* fa prosperare la città e appaga il popolo, porta la pace e l'abbondanza di cibo, di ghiande, di miele, di prodotti d'ogni ge-

---

oscura la tracotanza; / dissecca i germogli nascenti della sventura; le storte sentenze raddrizza, mitiga / le azioni superbe; interrompe le opere della discordia; / pone fine al rancore della funesta contesa. Sotto di esso / tutto è per gli uomini ordinato e assennato" (vv. 3.30-39; trad. di Francesco Sisti in *Lirici greci*, Milano 1995, p. 11 s.). Sul problema della giustizia presso i greci si veda H. Lloyd-Jhones, *The Justice of Zeus*, Berkeley 1983, p. 7 ss.; un'interessante linea di evoluzione è disegnata da E.A. Havelok, *Dike. La nascita della coscienza*, Bari 1981, *passim*.

nere, con conseguente fiorire della popolazione ("*le donne partoriscono bambini che assomigliano ai loro genitori; / essi fioriscono contenti con beni di continuo; né sulle navi / essi partono*"): la difesa del *ius* è, in somma, legge di evoluzione fisica della terra e dell'intero popolo[26].

V'è già, nell'esaltazione della funzione, un primo nucleo di teorizzazione in nuce: la *dike* è la dea[27] che, se coltivata, concede agli uomini i suoi favori, ma coltivare la giustizia non significa formalizzare riti e cerimonie, bensì agire concretamente nella quotidianità dei rapporti sociali (*le giustizie* – cioè, direi, le azioni, i rapporti processuali, le contese portate in giudizio – *sbagliate*) e cittadini (*non l'hanno amministrata* – la città – *giustamente*). La conseguenza è, comunque, fisicamente visibile, e il fiorire della popolazione rappresenta visivamente la benevolenza della dea.

E così è ancora in Eraclito, in cui la *dike* appare regolatrice del corso dell'universo, iniziando dal suo ciclo fisico. E così è in Parmenide, la sua funzione essendo ancora una funzione di regolazione fisica concretantesi nell'aprire e chiudere alternativamente le porte del mondo al giorno e alla

---

[26] Nella ricordata lirica di Solone su buono e cattivo governo (cfr. nt. precedente) si legge che questi, i cattivi governanti, "*non curano i sacri fondamenti di Giustizia / che, silenziosa, conosce ciò che avviene e che avvenne / e, col tempo, arriva per punire. / Questa piaga, cui non si può sfuggire, pervade tutta la città; / ed essa cade presto nell'odiosa servitù, / che desta la rivolta civile e la guerra assopita, / fonte di rovina per l'amabile gioventù di molti. / A causa dei nemici, la città molto amata / si consuma in riunioni care agli ingiusti. / Questi mali fra il popolo si aggirano; dei poveri / molti giungono nei paesi stranieri, / venduti e legati a turpi catene. / Così il male pubblico raggiunge in casa ciascuno; / e la porta del cortile non riesce a trattenerlo: / oltre l'alto muro salta, e ti stana comunque, / anche se ti sei rifugiato nella parte più interna della casa*" (vv. 3,14-29; trad. Sisti, cit.).

[27] L'Antigone di Sofocle all'accusa del fratello Creonte di aver calpestato le leggi scritte della città per obbedire ad altri impulsi replica: "*Giove certo non fu chi me li impose, / nè la Giustizia agl'Inferi compagna / codeste leggi fissò mai fra gli uomini*" (vv. 450-452; trad. Lombardo Radice). Nel senso generale della tragedia "giustizia" diviene la costruzione faticosa e sofferta del proprio agire (l'agire di Antigone), sia esso conforme o meno alle leggi scritte dello Stato. Analogo dilemma da cui la giustizia appare costruita attraverso il comportamento umano si legge nell'Aiace, dove, a sedar la contesa sulle spoglie dell'eroe suicida, Ulisse richiama Agamennone al rispetto della giustizia: "*Lui disprezzare e secondar giustizia / non puoi: chè lui non già, le leggi sante / corromperesti. Chè a nobile morto / recare offesa, anche se l'odi, è ingiusto*" (vv. 1341-5; trad. Lombardo Radice).

notte, "*mettendo così in atto la regolare reciprocità cosmica*": anche la violenza, la *bia*, diviene volontà onnipossente che con fortissima mano (la ὑπερτάτα χειρί del *Nomos Basileus* di Pindaro) realizza un saggio ordinamento universale.

Le poesie di Solone, il primo documento letterario di Atene, sono uno strumento educativo di grande spessore: "*Desidero avere ricchezze, ma possederle ingiustamente / non voglio; sempre, in seguito, giunge Giustizia. / La ricchezza, che danno gli dei, rimane all'uomo / salda, dalla sua più profonda radice fino alla cima; la ricchezza, che gli uomini cercano con prepotenza, / non viene secondo ordine ma, obbedendo ad azioni ingiuste, segue controvoglia, e subito a lei si mescola Rovina*"[28].

Ma è solo con Erodoto che il concetto di *dike* comincia a delinearsi con un suo contenuto di interiorizzazione: l'antica dea si duplica nei due aspetti, della *dike* tradizionale e della *dikaiosyne*, iniziando un processo che la porterà a diversificarsi (questa giustizia, quella pena; questa concetto astratto, quella personificata in divinità). Il termine *dikaiosyne* appare usato soltanto otto volte, ma in ambiti sempre molto significativi: a indicare la restaurazione della legalità e dell'ordine contro l'anomia nell'equilibrio sociale (1,95 ss.; 2,141-152); a caratterizzare l'onestà voluta dagli dei nella coscienza di Glauco, uomo "*il più rispettoso della giustizia di tutti quelli che abitavano in quel tempo a Sparta*" (6,86)[29]; è lealtà e correttezza di comportamento nella vicenda di Serse ed Artabano (7,44-52); è espressione di buon governo politico nelle ragioni che inducono Cadmo a lasciare Cos e a stabilirsi in Sicilia dove fonderà Messina (7,163-164).

---

[28] Sono i vv. 3.30-39; è ancora (cfr. ntt. 25 e 26) la traduzione di Sisti, *op. cit.*, p. 8 ss.

[29] Poiché Glauco non ricordava (o pretendeva di non ricordare) che uomini di Mileto avessero depositato presso di lui una ingente somma ("*io intendo, se me ne ricorderò, di fare tutto ciò che è giusto: cioè, se ho ricevuto il denaro, secondo giustizia restituirlo*"), la Pizia, cui si era rivolto per consulto, gli disse: "*O Glauco, figlio di Epicide, per il momento, certo, è più vantaggioso così, come tu dici, con un giuramento cantar vittoria e carpire il tesoro. Giura pure, poiché la morte, almeno, attende anche chi rispetta i giuramenti. Ma dal giuramento nasce un figlio che non ha nome, né mani, né piedi; ma impetuoso si avventa, finché, tutta insieme ghermita la stirpe e la famiglia tutta, non la tragga a rovina; ma è più prospera nel tempo la stirpe di colui che rispetta il giuramento*" (trad. Annibaletto).

Una decisa affermazione del nuovo ruolo che la giustizia viene ad assumere, interiorizzante e di volta in volta costruito solo attraverso la sofferta partecipazione umana, si ritrova nella Repubblica di Platone: vi si legge di una giustizia, la greca *dikaiosyne*, che regola e controlla le azioni degli uomini e dei gruppi nelle loro interrelazioni con carattere di reciprocità. Nella trasformazione filosofica la *dikaiosyne*, ormai contrapposta all'antica *dike*, amplia il suo significato, "il termine diviene sia più ricco sia più complesso, in quanto include un doppio riferimento tanto alla polis che all'individuo; la giustizia rimane il simbolo di una relazione sociale – come è sempre stato – ma ora ne assume un altro che si riferisce alla personalità umana", è, cioè, sia una "formula sociale", sia una "virtù dell'anima"[30].

Nel Gorgia platonico Socrate giunge a parlare della giustizia come della sola vera "virtù politica". "*Dimmi dunque* – chiede Socrate al suo interlocutore[31] – *a quale dei due tipi di cura della città tu mi inviti: debbo lottare contro gli Ateniesi per fare in modo che diventino per quanto possibile migliori, come farebbe un medico, oppure mi debbo comportare come un servo, cercando di assecondarne i capricci?*" (521a): la risposta è "maieuticamente" scontata. E non bisogna temere le conseguenze del proprio comportamento, non bisogna temere d'essere condannati, d'avere i beni sequestrati: chi "*ingiustamente avrà rubato, così ingiustamente ne userà; e se con ingiustizia, vergognosamente, e se con vergogna, in maniera*

---

[30] Così annota HAVELOK, op. cit., p. 378 ss.

[31] È Callicle, il terzo interlocutore che si oppone a Socrate nel dialogo per giungere alla definizione conclusiva del ragionamento sulla giustizia. Se col primo, Gorgia di Leontini (una tappa storica essenziale tanto nello sviluppo della retorica quanto nella storia della letteratura greca), il filosofo contesta che il retore sia padrone del sapere circa il giusto e l'ingiusto; se col secondo, Polo di Agrigento (che, nella sua distanza, storicamente documentabile, di una generazione da Gorgia, rappresenta l'impeto giovanile dell'entusiasmo per la retorica), giunge pure a conclusioni quali quelle che si leggono al passo 478d: "*la giustizia fa in qualche modo diventare saggi e più giusti ed è una specie di terapia contro la malvagità*"; con il misterioso Callicle (forse solo una maschera per impersonare un ideale o una serie di istanze politiche ed etiche) perviene infine a far riconoscere nella giustizia la radice del bene dell'anima, che, sola, insieme alla temperanza, può dare appagamento all'uomo (le traduzioni dal Gorgia sono di SCAGLIETTI, nell'ediz. dei *Classici greci e latini*, Milano 1993).

davvero cattiva" (521c). E dopo aver previsto la possibilità di essere trascinato in tribunale e condannato (ma "*il mio accusatore sarà senz'altro un uomo malvagio*": 521d) è di grande rilievo la conclusione di Socrate: "*Credo di essere fra i pochi Ateniesi, per non dire il solo, a cercare di coltivare la vera arte politica (*πολιτικὴ τέχνη*) e l'unico uomo che, ai giorni nostri, fa veramente politica*" (521d).

3. Un altro importante capitolo nella storia dell'umanizzarsi della giustizia si ritrova presso i romani, nella lettura del *liber primus regularum* di Ulpiano, nel passo famoso, inserito nel titolo "*de iustitia et iure*" del Digesto (D. 1,1), dove si definisce la giustizia[32]:

> D. 1,1,10 pr. (Ulp. l.1 *reg.*) Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi[33].

---

[32] Giavoleno, nel l. 11 *epistularum*, esprime chiaramente il noto principio per cui *omnis definitio in iure civili periculosa est* (D. 50,17, 202), ma, riconosciuto l'utilizzo del metodo definitorio anche da parte dei giuristi romani, e ciò a seguito delle influenze retoriche (MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966; CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani, Metodo mezzi fini*, Napoli 1966), non può non riconoscersi un particolare valore alla definizione ulpianea di D. 1,1,10 pr. Mentre il Carcaterra (p. 182 s.), richiamandosi al VILLEY (*Suum ius cuique tribuere*, in «Studi De Francisci», I, Milano 1956, p. 363 ss.), si limita ad ammetterla nella forma, per valutarla invece nella sostanza, distinguendone il fine didattico-scientifico che doveva aver avuto nell'originaria opera ulpianea da quello normativo che viene ad assumere nella sistematica giustinianea ("persuasiva ed ermeneutica per l'interprete ... ma ... pure criterio informatore dell'attività legislativa": p. 213), il Martini (p. 341 nt. 543) si preoccupa di inquadrare sistematicamente la definizione in oggetto ricomprendendola fra quelle che sulla scia di Cicerone (e di un *liber definitionum* variamente attribuito: p. 58 ss.) si possono qualificare *per laudem*.

[33] Sulla definizione ulpianea oltre alle trattazioni più risalenti [fra cui basti citare SENN, *De la justice et du droit (Explication de la définition traditionnelle de la justice suivie d'une étude sur la distinction du ius naturale et du ius gentium)*, Paris 1927; VON LUBTOW, *De iustitia et iure*, in ZSS 66 (1948), p. 458 ss.; L. CARCATERRA, Iustitia *nelle fonti e nella storia del diritto romano*, Bari 1951; VILLEY, op cit.; POLACEK, *Zum Gerichtigkeitsgedanken im römischen Recht*, in ZSS 77 (1960), p. 160 ss.; BIONDI, *Diritto e giustizia nel pensiero romano*, in *Scritti*, I, Milano 1965, p. 53 ss.], è opportuno ricordare ancora BURDESE, *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, in «Annali di storia del diritto», 14/17 (1970/73), p.

La frase, preziosissima, si ritrova ripetuta in altri contesti:

> I. 1,1,1 pr. – Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens
>
> D. 1,1,10,1 (Ulp. l. 1 *reg.*) Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.
>
> D. 16,3,31,1 (Triph. l. 9 *disp.*) ... et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut ...

Nell'un passo, all'inizio delle Istituzioni di Giustiniano, muta il gerundio *tribuendi* nel participio presente *tribuens*; nell'altro, per l' individuazione del terzo dei *praecepta iuris*, che compare nel Digesto sempre per bocca di Ulpiano, si impiega l'infinito del verbo *tribuere*; infine in Trifonino appare la costruzione dell'indicativo presente *tribuit*.

Non è il caso di ripercorrere qui i possibili itinerari filosofici del giurista, che rimangono costruttivi sì, ma marginali alla speculazione propriamente giuridica[34]. È interessante tuttavia rilevare sul terreno filosofico il fatto che la giustizia sia definita una "volontà", e quindi una tensione

---

103 ss.; Tapani Klami, Sacerdotes iustitiae *(Rechtstheoretische und historish-methodologische Bemerkungen über die Entstehung des römischen 'Rechtspositivismus')*, Turku 1978; Waldstein, *Zur Ulpians Definition der Gerichtigkeit* (D. 1,1,10 pr.), in *Festschrift Flume*, I, Köln 1978, p. 213 ss.; Honoré, *Ulpian*, Oxford 1982, in part. p. 112 ss.; Diesselhorst, *Die Gerichtigkeitsdefinition Ulpians in D. 1,1,10 pr. und die* praecepta iuris *nach D. 1,1,10,1 sowie ihre Reception bei Leibniz und Kant*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition, Simposion Wieacker*, Ebelsbach 1985, p. 185 ss.; Gallo, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in SDHI 54 (1988), p. 1 ss. Per una diversa parallela prospettiva Cancelli, *La giustizia*, cit., Roma 1993, p. 25 ss. (si veda anche, *ibidem*, p.107 ss., R. Fossatelli, *Il concetto di* iustitia *nel* de officiis *di Cicerone*).

[34] In fondo qui Ulpiano propone una critica nei confronti della filosofia, come speculazione astratta; ma, in qualche senso, anche inconsciamente, il suo discorso ripropone un confronto con la filosofia che dovendo essere condotto sullo stesso terreno della scienza del pensiero, può non essere del tutto convincente dal punto di vista della tecnica giuridica (Gallo, *Diritto e giustizia*, cit., p. 18). Dei precedenti filosofici che possono aver ispirato il discorso di Ulpiano, dove si evidenzia talora la matrice stoica, talora quella neoplatonica, si

programmatica, decisa e determinata, che assume rilievo particolare ancor prima che dal fine che deve perseguire, dalle attribuzioni che le sono ricollegate: è una volontà che, lungi dall'essere una semplice "commozione" (e intendo 'commozione' alla latina, come movimento convergente) dell'animo e della mente (anzi prima della mente che dell'animo), ha i caratteri della costanza e dell'eternità, è *constans et perpetua*, cioè ferma e immutabile contro ogni ostacolo e non occasionale o precaria. Sono appunto queste attribuzioni che ne fanno una entità eccezionale e autonoma, al di sopra delle mutabili volontà dell'uomo, una "*bestaendige und dauerhafte Wille*" come la dice Waldstein, con attribuzione alla "volontà" di qualificazioni che la catalogano indubbiamente quale *virtus*, "*während die inconstantia als vitium qualifiziert wird*", ovvero ancora, per seguire l'insegnamento del von Lübtow, un principio astratto "*völlig objektiviert und vergeistidt*"[35].

Certo l'identificazione della giustizia con una *voluntas* era nuova alla meditazione romana; e nuova era anche e soprattutto, sempre dal punto di vista giuridico, la qualificazione di tale *voluntas*[36]. Ma la derivazione ne è sempre filosofica: determinante per la comprensione dell'esatto significato del parallelo appare proprio quel pensiero stoico, che serpeggia nella Roma dell'ultima repubblica e trionfa nella Roma del primo principato. Cicerone mostra di ben conoscerla in un passo delle *Tusculanae disputationes*, dove l'Arpinate riscontra nel termine latino "*voluntas*" appunto il corrispondente della *bouleusis* greca, identificata con la capacità psicologica di assecondare con ogni sforzo il ciclo della natura dal momento che ogni bene viene dalla natura e male è ciò che risulta ad essa contrario:

---

tratta in particolare in SENN, *De la justice et du droit*, cit.; FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, in SDHI 34 (1968), p. 363 ss.; WALDSTEIN, op. cit., p. 214 ss.; HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1982, *passim*.

[35] Cfr. WALDSTEIN, op. cit., p. 225 ss., fra cui in part. nt. 82.

[36] Ora pare bene si possa concludere che nella disposizione del discorso condotto nel titolo *de iustitia et iure* i compilatori avrebbero operato una "giuridizzazione" della giustizia che non era affatto originariamente presente nel pensiero di Ulpiano.

> Cic., *Tusc. disp.* 4,6,12 ... id cum constanter prudenterque fit, eiusmodi adpetitionem Stoici βούλευσιν appellant, nos appellamus voluntatem. Eam illi putant in solo esse sapiente, quam sic definiunt: voluntas est, quae quid cum ratione desiderat

dove è da rilevare, semmai, che la qualificazione avverbiale della tensione volontaristica che lo stoico propone verso le leggi di natura, *constanter prudenterque*, ripete in parte la stessa qualificazione della *voluntas* che rappresenta la giustizia ulpianea che è anch'essa *constans et perpetua*.

Dall'attività di pensiero dei secoli precedenti Ulpiano ha tratto decisamente la seconda parte del suo passo famoso: il concetto di una giustizia protesa all'equa "distribuzione" (il "dare a ciascuno il suo") era già presente in Cicerone:

> Cic. *de inv.* 2,53,160 Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem[37] [38].

La giustizia vi appare quell'atteggiamento abituale dell'animo (*habitus animi*) che, per conseguire una utilità pubblica, attribuisce, riconosce (*tribuens*) a ciascuno il proprio valore (*dignitas*). Analogamente l'autore della *Rethorica ad Herennium* definisce la giustizia come equità che attribuisce (*tribuens*) ad ogni essere il suo diritto secondo la *dignitas* di ciascuno.

> *Rhet. ad Her.* 3,2,3 Iustitia est aequitas ius unicuique rei tribuens pro dignitate cuiusque.

Vi si legge il concetto stoico della retribuzione, del vivere contenti delle disposizioni della natura, del conformarsi ad essa che tutto dispone secondo regola: in questo universo regolatore ognuno (persona o cosa) ha

---

[37] *Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.*

[38] Così anche, per esempio, *de fin.* 5,24,67; *de nat. deor.* 3,15,38; *de rep.* 3,14,22(24).

la sua posizione, il suo ruolo, la sua *dignitas*: giustizia è riconoscere a ciascuno il suo posto nell'universo[39].

Tutto ciò può forse trovare ulteriore conforto nella valutazione del diverso valore e significato che assume la ripetizione della stessa frase nelle tre versioni che si leggono nei tre testi giuridici, quello di Ulpiano riportato nel Digesto, D. 1,1,10 pr., col gerundio *tribuendi*, quello del seguente paragrafo, D. 1,1,10,1, con l'infinito *tribuere*, e quello delle Istituzioni giustinianee, I. 1,1,1 pr., col participio *tribuens*, aggiungendovi semmai l'analoga formulazione che si legge in D. 16,3,31,1 per bocca di Trifonino, la terza persona dell'indicativo presente *tribuit*.

Ora, il testo che si legge nell'apertura delle Istituzioni giustinianee (I. 1,1,1 pr.), a mio sommesso avviso, rappresenta la formulazione primigenia, originale, in quanto ricopiata, nella sua espressione verbale con il participio, dai più antichi testi della fine della repubblica: raffigura un'entità autonoma e assoluta che essa stessa si fa distributrice, essenza che permea il mondo fisico e che non ha bisogno di mano d'uomo per essere attuata; così anche la testimonianza di Trifonino, che propone l'immagine di un valore in sé quasi personificato, tale che personalmente "*tribuit*" a ciascuno il suo [semmai può notarsi che manca *ius*].

Non è ignoto, e confortato da autorevole dottrina, che "certamente la personificazione del diritto è frequentissima nella letteratura giuridica": altrettanto frequente, se non di più, la personificazione della Giustizia.

Al contrario il testo che si legge nel Digesto, sia nella formulazione di D.1,1,10 pr. che vuole definire la giustizia, sia nell'altra, D. 1,1,10,1,

---

[39] Sul tema della giustizia in generale, e in particolare sulla giustizia distributiva e sul concetto di *dignitas* si veda PERELMANN, *La giustizia*, Torino 1959, *passim*, in cui appare il superamento della concezione antica rifugiata nella regola formale con contenuti ideologici astratti, per giungere ad una concezione più moderna che, sulla base della tradizione religiosa giudaico-cristiana, si fonda sull'uomo giusto; si veda BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la réligion*, in *Oeuvres*, Paris 1970, p. 1033 ss., che si rapporta all'idea della "uguaglianza", in prospettiva comparatistica; così anche STEIN-SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano 1981, p. 89 ss. Il criterio della *dignitas* è particolarmente presente, in prospettiva kantiana, nell'opera di G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma 1959, *passim*.

riferita ai *praecepta iuris*, rappresenta invece la proiezione della Giustizia nel mondo, in quanto la frase, con l'uso del gerundio (o dell'infinito), non nega (mi piacerebbe anzi arrivare a dire che postula) l'esistenza di un soggetto diverso dalla stessa giustizia, il soggetto di quel gerundio (e di quell'infinito), che appunto compia l'azione dell'attribuire a ciascuno il suo: è la proiezione della giustizia nell'umano.

In tutti tre i casi le diverse forme verbali sono utilizzate in funzione epesegetica, cioè con la funzione esplicativa tesa a sviluppare o chiarire mediante il nuovo sviluppo lessicale il concetto già espresso e già di per sé compiuto nel senso. Così l'infinito di D. 1,1,10,1, che riprende e specifica il pronome neutro plurale *haec* riferito a *praecepta* (ma lo stesso uso è documentabile anche in rapporto a sostantivi generici, come potrebbe essere *praeceptum*, appunto, o anche *voluntas*). Così il gerundio di D. 1,1,10 pr., che, quale sostantivo verbale, denota il processo dell'azione contemplata dal verbo considerato in se stesso. Così, infine, il participio di I. 1,1,1 pr. (come quello di Cic., *de inv.* 2,53,160 e della *Rhet. ad Her.* 3,2,3).

Ma mentre tale funzione sintattica appare ben chiara nelle ipotesi di declinazione nominale del verbo (*tribuere, tribuendi*) in cui l'uso epesegetico non esclude la sostituibilità con frase infinitiva o d'altro genere in cui sia chiaramente espresso il soggetto dell'azione verbale, il contrario avviene per la forma del participio, il quale, pur conservando il significato del verbo, partecipa delle caratteristiche (genere, numero, caso) del nome e al nome attribuisce la responsabilità dell'azione indicata (Quint. 1,4,19: *mixtum verbo participio*)[40]: pertanto se nelle forme della "declinazione nominale" del verbo

[40] Dionisio Trace fece del participio una parte del discorso a sé stante, separandolo dal verbo, e pure conservandone il ricordo nel nome, che secondo lui indica "partecipazione", e ne sottolinea la duplice natura, verbale e aggettivale insieme. Inoltre la distinzione fra aggettivo e verbo appare tanto più indecisa e sfumata quanto più si risale nel tempo (A. Ronconi, *Il verbo latino. Problemi di sintassi storica*, Firenze 1968, p. 187; analogo Methner, *Lateinische Syntax des Verbums: ein wissenschäftlich-didaktischer Versuch*, Berlin 1914, p. 64 ss.; e in particolare Marouzeau, *L'emploi du participe présent à l'époque républicaine*, in «Mémoires de la Société de Linguistique de Paris» 16 (1910), *passim* e p. 84 ss. dell'estratto; Weerembeck, *Participe présent et gérondif*, Utrecht-Paris 1927, p. 33 ss.; sugli aspetti di morfologia storica si veda anche Traglia, *La flessione verbale latina*, Torino 1956, p. 160 ss.).

(in particolare per quel che riguarda il frammento ulpianeo, D. 1,1,10,1, in cui sono espressi i *praecepta iuris*, e dove è facile appunto un confronto convincente coi precetti precedenti, *honeste vivere*, e *neminem laedere*) il soggetto sottinteso dell'azione, l'uomo, è facilmente ricavabile dal contesto[41], nel caso di I. 1,1,1 pr., il participio riferisce direttamente al sostantivo da specificare, *voluntas*, l'azione del *tribuere*.

4. A chiusura è opportuno rilevare un dato circa il valore di quel termine *ius* che appare oggetto di attribuzione nella definizione di giustizia (e non compare, naturalmente, quando la stessa frase che definisce la giustizia viene usata per indicare uno dei *praecepta iuris*). Per questo mi riporto al passo iniziale del Digesto giustinianeo, dove, ancora per bocca di Ulpiano (dal suo 1° libro delle Istituzioni) si legge:

> D.1,1,pr.-1 (Ulp. I. 1 *Inst.*) Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

---

[41] Anche il rapporto fra la forma dell'infinito *tribuere* e quella del gerundio *tribuendi* è rapporto che la linguistica risolve nel senso di una ricostruzione storica della funzione e della forma propriamente mediale che deve riconoscersi al gerundio (TRAGLIA, op. cit., p. 146 ss. e in part. 180 ss., sulla morfologia storica), "la quale (forma), per la sua attitudine a ricevere un complemento oggetto, finisce per assumere non di rado anche un senso specificamente attivo, ma conserva sempre come sua caratteristica funzione quella intransitiva" (così A. RONCONI, op. cit., p. 203; dopo i testi fondamentali di BAYARD, *De gerundivi et gerundii vi antiquissima et usu recentiore*, Lille 1902, e di DOSSON, *De participii gerundivi antiquissima vi*, Paris 1887, val la pena di considerare gli studi di METHNER, op. cit., p. 87 ; HIELMSLEY, *Le verbe et la phrase nominale*, in «Mélanges Marouzeau», Paris 1948, p. 253 ss.; WEEREMBECK, *Participe présent et gérondif*, cit., p. 133 e poi 207 ss).

Splendida l'immagine di un diritto, *ius*, che deriva dalla giustizia, mentre – è stato detto – sarebbe vero il contrario[42]. Ma l'espressione non vuole indicare propriamente la derivazione dell'una entità dall'altra, quanto piuttosto la necessità di esistenza operativa dell'una perché l'altro, il *ius*, possa concretamente esistere.

La *iustitia*, intesa etimologicamente è la tutela del *ius*: lo prova la scansione etimologica del termine nei suoi due componenti, *ius* + *tuitio*[43], dove *tuitio*, che è sì termine prezioso ed infrequente, perché prende significato dal verbo *tueor* che, come insegna Festo, trova applicazione anche nella forma contratta *tuor* (Festo, f. 355, *sed iam promiscue utuntur*, Lindsay, p. 445, Hildesheim 1965).

Cicerone, che nel *de finibus* definisce la *iustitia* come *animi affectio* (*de fin.* 5,23,65: *quae animi affectio suum cuique tribuens, atque hanc, quam dico, societatis coniunctionem humanae munifice et aeque tuens, iustitia dicitur*), le affida quale sua connaturata funzione quella appunto di *tueri munifice et aeque* la *coniunctio humanae societatis*; così come, in *tusc.* 1,1,2 (*mores et instituta vitae resque domesticas ac familiaris nos profecto et melius tuemur et lautius*), affida ai *mores et instituta vitae* il compito di *tueri melius et lautius* le *res domesticae ac familiares*.

---

[42] Così, per esempio, alcune citazioni istituzionali, come GUARINO, *Ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990, p. 14; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1985, p. 204; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 38.

[43] Isidoro lo raccorda a *status* (*orig.* 18,15,2: *quasi iuris status*, in questo, forse, suggestionato dall'etimologia festina di *iustitium*): mi sembra tuttavia che "giustizia" si avvicini assai più ad una attività operosa che non alla mera presa d'atto dello stato del diritto. Allorchè Prospero dice (*in psalm.* 105,3, che *iustitia et iudicium tam similia sibi sunt ...; verum tamen iudicium custodire dicendus est qui recte iudicet, iustitiam vero facere qui recte agit*, non fa che assumere in proprio una antica consapevolezza, di cui si legge per esempio in Cicerone, *de rep.* 3,14,22(24), ma anche nella chiusa di *part. or.* 22,78, che, dopo aver individuato nella giustizia, a seconda della specificità della sua direzione, *religio*, *pietas*, *bonitas*, *fides*, *moderationis lenitas*, *amicitia*, dice *Atque hae quidem virtutes cernentur in agendo*. L'autore della *Rhetorica ad Herennium* riferisce alla *iustitia* vari comportamenti attivi, quali si evincono dalla progressione seguente: *iustitiae partibus utemur, si aut innocentium aut supplicium misereri dicemus oportere ..., si dicemus in omnibus aequabile ius statui convenire; his atque huiusmodi partibus iustitiae, si quam rem ... faciendam censebimus, iustam esse ostendemus, contrariis iniustam* (3,3,4). E tanto basti.

Di *tuitio* nel senso di difesa (e, si potrebbe dire, di una difesa in senso giuridico) parla Cicerone, *de leg.* 2,24,61, quando insegna che la legge delle XII tavole *tuetur ius sepulchrorum.* Di *tuitio* parla Plinio, 20,54,152, consigliando l'uso del puleggio (la menta romana) contro le ingiurie (*iniuria*) del freddo (*quin et olfactu capita tueri contra frigorum aestusque iniuriam et ab siti traditur*), dove è opportuno sottolineare particolarmente l'uso del termine *iniuria*, che è termine caratteristico del linguaggio giuridico, in un contesto che è tutt'altro che giuridico. Ma di *tuitio* parla infine anche Livio, in un brano di particolare suggestione al fine di coglierne un preferenziale uso giuridico: nell'anno 339 a.C. i Campani consegnarono incondizionatamente a Roma la città di Capua, per averne aiuto contro i Sanniti, dicendo che se i Romani non erano invogliati a porsi in guerra per la difesa delle cose altrui certamente sarebbero scesi in campo per le proprie: "*quando quidem, inquit, nostra tueri adversus vim ac iniuriam iusta vi non voltis, vestra certe defendetis*" (7,31,3), dove il *tueri iusta vi* contro la *vis ac iniuria* dei Sanniti è, dal punto di vista del diritto pubblico, giustizia[44].

E splendida l'immagine dei giuristi come sacerdoti (del diritto, o della giustizia), che riprende l'immagine del "*quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae*" della quale si compiacerà altrove Giustiniano[45].

Riguardo all'espressione *cuius sacerdotes nos appellet*, e sul presupposto che il "sacerdozio" debba accompagnare e circondare il termine di maggior rilievo, Filippo Gallo distingue storicamente il significato ed il valore, che essa avrebbe avuto nell'originario pensiero di Ulpiano, dal significato e valore che viene ad assumere nella "traduzione" giustinianea della giustizia operata dai compilatori nel titolo "*de iustitia et iure*", dove si sarebbe addivenuti consapevolmente ad una "giuridizzazione" della giustizia stessa.

---

[44] Varrone, nel *de ling. lat.* 7,12, dice che *tueri duo significat: unum ab aspectu ut dixi, unde est Ennii illud: "Tueor te, senex? Pro Juppiter!" et "Quis pater aut cognatus volet vos contra tueri?". Alterum a curando ac tutela, ut cum dicimus, vellet tueri villam.* Nella seconda accezione l'impiego più documentato è certamente quello che si riscontra nelle pagine dei giuristi, e che ci documenta la compilazione giustinianea.

[45] *Deo auctore* 5.

Riprendendo in parte concezioni filosofiche, dove si richiama lo stoicismo, e più ancora il neoplatonismo, e in parte radicalmente innovandole, il giurista aveva voluto dire che il *ius*, inteso celsinamente come *ars boni et aequi*, ha dei suoi propri sacerdoti, che tali sono in quanto, operando concretamente nella distinzione fra ciò che è equo e ciò che è iniquo, fra il lecito e l'illecito, coltivano la giustizia: "Ulpiano addusse la definizione celsina di *ius* per giustificare la propria asserzione che lo stesso a *iustitia appellatum est*"[46].

Ma mentre Ulpiano aveva accentrato la propria attenzione speculativa sul *ius*, nel discorso giustinianeo i compilatori, capovolgendo l'impostazione del pensiero, considerano centrale la trattazione della *iustitia*, virtù concepita filosoficamente, che consiste nella *constans et perpetua voluntas* di assegnare a ciascuno il suo diritto; essa viene così "tradotta" nel diritto grazie anche all'esposizione dei *praecepta iuris* e alla definizione della *iuris prudentia*; l' *ars iuris* viene riservata al solo imperatore, e i giuristi appaiono come sacerdoti della *iustitia* (*cuius*) perché si dedicano al *ius*[47].

Infine il diritto come costruzione (*ars*, artificio) del bene e dell'equo (*ars boni et aequi*) che per giustizia deve essere dato a ciascuno (*iustitia est constans et perpetua voluntas suum ius cuique tribuendi*. È splendida espressione del vivere equilibratamente in funzione degli altri: così mi piace di interpretare la Giustizia.

In definitiva il rapporto che viene a crearsi tra il diritto e l'uomo nella *iustitia* può ben intendersi in forma ossimorica: la *iustitia* è difesa dell'uomo attraverso il diritto, la *iustitia* è difesa del diritto attraverso l'uomo (*ius* che difende, *ius* che è difeso). Essa è, si è detto, *tuitio* del *ius*[48]. Ancora una

---

[46] Dice testualmente l'A. (p. 29) che appare comunque ineliminabile "una discongruenza: la giustizia è ritenuta, da un lato, ispiratrice del diritto (come tale antecedente ad esso) e viene definita, dall'altro, a mezzo del diritto (che è così presupposto già esistente)".

[47] Li legge come *sacerdotes iustitiae* senza dubbio per esempio CERAMI, *Giurisprudenza e scienza del diritto, in Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, Palermo 1995, p. 206 ss.

[48] Si tratta solo di un'ipotesi di percorso; ma risultano di particolare significato, a mio sommesso avviso, quegli usi del termine *tueor, tuitio* ove nelle fonti giuridiche destinatario

volta l'analisi logica del discorso ci pone di fronte ad un dubbio interpretativo che non può essere risolto assolutamente, nell'un modo o nell'altro, ma che presenta una soluzione duplice: infatti il complemento di specificazione "del *ius*" può essere inteso con funzione soggettiva, nel senso che il *ius*, il diritto, è indispensabile per ottenere la difesa degli uomini nei rapporti sociali, essendo lui stesso che li soccorre; ovvero la stessa locuzione può essere intesa in senso oggettivo, nel senso, cioè, che il diritto deve essere realizzato, difeso, attraverso appunto la pratica attuazione della giustizia che con mani d'uomo attribuisce a ciascuno il suo.

L'ossimoro è figura retorica che descrive un oggetto, un concetto, un pensiero riferendogli a coppia qualità diametralmente opposte; ma è anche, direi, un metodo di indagine logica; ma è anche un ponderato sistema di vita pratica. Così è Dio, che nell'insegnamento di Agostino ci appare "*misericordiosissime et iustissime; secretissime et praesentissime; pulcherrime et fortissime; stabilis et incomprensibilis; immutabilis, mutans omnia; numquam novus, numquam vetus; innovans omnia et in vetustatem perducens superbos, et nesciunt; semper agens, semper quietus; colligens et non egens [...]; quaerens cum nihil desit tibi*"[49]. Così è la nostra conoscenza in Dio, chè, per dirla con le parole di Tommaso d'Aquino, "*in finem nostrae cognitionis Deum tamquam ignotum cognovimus*"[50]. A questo si-

---

della difesa non sia un soggetto o un oggetto concreto [di cui c'è larga dovizia: il generico "tu", del convenuto avverso l'attore (per un esempio il *tueris* di Paolo in D. 9,4,17,1); l' *innocentia (infantis) tuetur* di Modestino, D. 48,8,12; la *(minorum quattordecim annis) aetas ... tueri* di Callistrato, D. 48,18,15,1; e poi la *filia* (D. 6,1,65,1 di Papiniano), l' *heres institutus* (D. 37,4,14 pr. di Africano), l' *emptor* (D. 20,1,11,2 di Marciano), il *debitor* (D. 13,7,18 pr. di Paolo); e così il *non solum patrimonium, sed etiam corpus et salutem furiosi* di Giuliano, D. 27,10,7 pr.; i *bona ne dilapidarentur* di Ulpiano, D. 26,4,1 pr.; o ancora *aedes* (D. 26,1,1,1 di Paolo), *aedificium* (D. 7,1,44 di Nerazio), *res dotales* (D. 25,1,15 pr. di Nerazio), etc.], ma sia piuttosto una situazione giuridica o un diritto in astratto [come la libertà in D. 25,6,1,11 di Ulpiano, la *dignitas sua* in D. 3,1,1 pr. di Ulpiano, la volontà testamentaria (D. 39,3,10,1 di Ulpiano); le servitù rustiche (D. 43,19,1,1 di Ulpiano); ecc.], fino a pervenire alla *tuitio* dello stesso diritto, per bocca di Ulpiano in D. 39,1,1,16 (*Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi gratia*).

[49] Cfr. Aug. *Conf.* 1,4.

[50] S. Tommaso fa propria qui una felice considerazione di Dionigi l'Areopagita,

stema può costruttivamente essere improntato il comportamento umano, quale sempre la parola del Vescovo di Ippona suggerisce: "*Amas nec aestuas; zelas et securus es; poenitet te et non doles; irasceris et tranquillus es; opera mutas et non mutas consilium; recipies quod invenis et numquam amittis; numquam inops et gaudes lucris; numquam avarus et usuras exigis [...]. Reddis debitas, nulli debens; donas debita, nihil perdens [...]*"[51]. Tale è la condizione del cristiano nella realtà quotidiana, bilanciato in giusto equilibrio fra un'assoluta "fedeltà al cielo" e al contempo una sofferta e completa "fedeltà alla terra"[52]. Tale è infine (ma non per ultimo) la condizione umana quotidianamente divisa da tensioni opposte e da opposti desideri.

Del resto considerando l'immagine di apertura del Digesto giustinianeo, che poi ha i toni dell' immagine di apertura anche considerandola nell'originaria opera istituzionale di Ulpiano, il *iuri operam daturum* indica un'attività dell'uomo e dall'uomo spesa per il diritto. Ora, se è anche pensabile che in un contesto meramente didattico il *dare operam* indichi un'attività scientifica (quella appunto di ammaestramento che si svolgerà dal giurista nel seguito) più che non un'attività pratica, non può dubitarsi d'altra parte del fatto che l'insegnamento giuridico non è mai (e ancor meno nel mondo antico) insegnamento fine a se stesso, bensì preordinato per la pratica attuazione. Del resto, se Ulpiano avesse voluto indicare in quella espressione di inizio la sola attività di chi si accinge ad apprendere il diritto avrebbe forse usato piuttosto il genitivo *iuris*. Una volta di più l'espressione testimonia dunque, e assai suggestivamente, una profonda consapevolezza circa la necessità dell'opera dell'uomo per la concreta realizzazione del diritto, opera che viene a consistere appunto nella giustizia.

Myst. Theol., 2; si veda l'opera *In librum beati Dionysii de divinis nominibus expositio*, 13, 19, 23-25, 609, 897, nell'edizione Torino-Roma 1950 rispettivamente a pag. 7, 8, 232 e 335.

[51] Aug., *ibidem*.

[52] È problema eterno, che sempre si ripresenta, e che pone l'uomo in un'altalenante "duplicità", ove voglia mantenere la propria doverosa "fedeltà al cielo" accanto ad una altrettanto imperativa "fedeltà alla terra": così MANCINI, *L'ethos dell'Occidente, Neoclassicismo etico, profezia cristiana, pensiero critico moderno*, Genova 1990, p. 460 s.

Ma si pensi ancora alla testimonianza di Pomponio, alla sua preoccupazione di sottolineare come *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci* (D. 1,2,2,13, Pomp. *l.s. enchiridii*), dove la quotidianità del producere *in melius* sta ad indicare appunto, mi sembrerebbe, la traduzione concreta del *ius* attraverso la sua difesa, la giustizia[53].

V'e, insindacabilmente, l'eco sia pur lontana di alcune suggestive definizioni ciceroniane di giustizia che mi piace riportare:

> Cic., *de fin.* 5,23,65 : Quae animi affectio suum cuique tribuens, atque hanc, quam dico, societatis coniunctionem humanae munifice et aeque tuens, iustitia dicitur: cui adiuncta sunt pietas, bonitas, liberalitas, benignitas, comitas, quaeque sunt generis eiusdem.
>
> Cic., *part. or.* 22,78 : In communione autem quae posita pars est, iustitia dicitur, eaque erga deos religio, erga parentes pietas, [vulgo autem bonitas], creditis in rebus fides, in moderatione animi advertendi lenitas, amicitia in benevolentia nominatur.

La riflessione ciceroniana, mi sembra, prelude già, e chiaramente, all'acquisizione di un concetto di giustizia che faccia i conti con l'uomo, in quanto dall'uomo dipenda nella sua concretezza: la *pietas*, la *bonitas*, la *liberalitas*, la *benignitas*, la *comitas*, e così lo spirito religioso verso gli dei, la reverenza amorosa verso i parenti, la benevolenza verso il popolo, l'onestà nei rapporti di credito, mitezza e moderazione nel punire, amicizia vera nei rapporti con gli altri, sono tutte qualità dell'animo che si esprimono (devono esprimersi) nel comportamento dell'uomo. Ma c'è di più. La testimonianza del *de finibus*, 5,23,65 ["Questa commozione dell'animo che dà a ciascuno il suo e conferisce tutela alla nostra società umana in maniera piena ed eguale, questa si chiama Giustizia: vi sono congregate la pietà (*pietas*), la correttezza assoluta nei rapporti con gli altri (*bonitas*), la libera-

[53] "Il diritto, quindi, in Roma presuppone la giurisprudenza, strumento essenziale della sua formazione e del suo progresso (*in melius produci*)": così CERAMI, op. cit., p. 206 ss.

lità (*liberalitas*), la benignità (*benignitas*), la solidarietà (*comitas*) e tutte le altre qualità dello stesso genere"] rappresenta una chiara immagine dell'ossimoro contenuto nel concetto della *iustitia*: la giustizia "conferisce tutela alla nostra società umana in maniera piena ed eguale", ma al contempo essa, la giustizia, si realizza attraverso l'operare degli uomini che vivono in società ("vi sono congregate la *pietas*, la *bonitas*, la *liberalitas*", ecc.).

Ed in questo ambito assume il suo più intenso significato la frase apodittica di Cicerone, già citata, *iustitia dicitur ... erga deos religio, erga parentes pietas* (*partit. or.* 22,78): essa verrebbe a significare in fondo che "l'osservanza del rito (la difesa del rito, dove *ius* si intende come rito) verso gli dei è *religio*, verso i parenti è *pietas*". Frase che impegna particolarmente il comportamento degli uomini verso gli dei e verso i parenti. Frase che poi, connessa ad altre testimonianze, ciceroniane e non [si pensi al *de leg.* 2,11,27, già citato, *tum maxume et pietatem et religionem versari in animis, cum rebus divinis operam daremus*[54]; ma si pensi anche al *quodsi iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum* del *de leg.* 1,15,42; o alla considerazione che *etenim iustitiae non natura nec voluntas sed inbecillitas mater est* del *de rep.* 3,12,20(23), dove l' *imbecillitas* rappresenta l'ottusità degli uomini prima del "patto sociale"[55]; o ancora alla lode che Cicerone rivolge a Servio Sulpicio, il *nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit*, che si legge nelle Filippiche (*phil.* 9,10)], costituisce una delle espressioni più significative a dire della necessità che l'uomo si erga, esso stesso, a difensore del *ius*. Null'altro giustifica l' *est autem a iustitia appellatum* di Ulpiano (D. 1,1,1 pr.), se non questa necessaria dipendenza del *ius* stesso, per la sua concreta realizzazione, dalla fattiva attività dell'uomo.

Ma ecco che, al contempo, le stesse fonti si accostano al tema della giustizia riprendendo, ma su basi assolutamente innovate, il senso della opposta dipendenza dell'uomo dalla giustizia.

---

[54] Si noti che il costrutto adoperato da Cicerone, il *rebus divinis operam dare*, è lo stesso dell'esordio ulpianeo, *iuri operam daturum*.

[55] *Sed cum alius alium timet et homo hominem et ordo ordinem, tum quia sibi nemo confidit, quasi pactio fit inter populum et potentis; ex quo exsistit id quod Scipio laudabat coniunctum civitatis genus; etenim ...*

Altrove (e spesso) ancora Cicerone tratta del diritto come di un'entità creata per l'utilità degli uomini

> *de leg.* 1,15,43 : Atqui si natura confirmatura ius non erit, virtutes omnes tollantur. Ubi enim liberalitas, ubi patriae caritas, ubi pietas, ubi bene merendi de altero aut referendae gratiae voluntas poterit existere? Nam haec nascuntur ex eo quod natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum iuris est[56],

cui consegue l'ancor più significativo *per se ... ius est expectandum et colendum; quodsi ius, etiam iustitia; sin ea, reliquae quoque virtutes per se colendae sunt* di *de leg.* 1,18,48.

È ancora Cicerone che, là dove, nel *de finibus*, esalta le capacità dell'uomo (*ad altiora quaedam et magnificentiora, mihi crede, Torquate, nati sumus*), e all'animo umano (*ex partibus animi*) confida la giustizia, se ne viene con una espressione che consente una duplice lettura:

> *de fin.* 2,34,113 : ... in quibus (animi partibus) ... inest ad humanam societatem iustitiae fida custodia

dove il genitivo *iustitiae* è impiegato in un'ambigua collocazione che può essere soggettiva (la giustizia è fida custodia ad uso e vantaggio dell'umana società), ovvero, allo stesso tempo, oggettiva (la custodia, la cura, l'osservanza della giustizia deve avere gran parte nell'anima al fine del giovamento dell'umana società).

Per una lettura giuridica basti qui soltanto un esempio, uno fra i mille in cui il diritto, la soluzione giudiziale del caso concreto, l'*interpretatio* giurisprudenziale, l'intervento del pretore, vengono preordinati, sotto la pregnanza del concetto di *utilitas*, al vantaggio concreto dell'individuo, quello, cioè, in cui Paolo, trattando degli interdetti (D. 43,1,2,1), dice che *Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aiut de reli-*

---

[56] Cui segue il passo sopra riportato, *de leg.* 1,16,43, relativo al consolidarsi di *caerimoniae religionesque*. Vedi anche *de off.* 2,11,38-40 (in 2,11,40 si parla di *vis* della giustizia), nonché 3,5,24 e 3,25,96; *de fin.* 1,16,50 e 3,21,70; *de rep.* 3,14,22(24).

gione. ... Hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa vel ...[57].

Si crea così, in rapporto alla *iustitia*, un movimento circolare: il diritto realizza l'uomo, perché ne esalta la potenzialità giuridica, ma l'uomo, a sua volta, realizza il diritto praticandolo concretamente nel distribuire a ciascuno il suo.

[57] L'esemplificazione potrebbe essere assai lunga, come dimostra la ricchezza di rimandi alle voci relative (*utilitas*, *utilis*, e simili) del *Vocabularium iurisprudentiae romanae*. Qui basti citare ancora il passo ulpianeo di apertura del *de iustitia et iure*, D. 1,1,1,2: *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* In un clima di nuovo cambiato la Glossa dirà *auctor iuris homo, iustitiae Deus*.