

ANNO LXVIII - 2000/01

NUOVA SERIE A - N. 52,3

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 3

SILVIA BENINI HEMMELER, *La natura giuridica delle Federazioni Sportive Nazionali alla luce del D.Lgs. 23 luglio 1999, n. 242*, 261

MASSIMILIANO CRICCO, *L'ora dei giovani ufficiali. la crisi di regime monarchico in Libia e il colpo di stato del colonnello Gheddafi nelle interpretazioni britanniche*, 295

LUCA R. PERFETTI, *Dichiarazione di inizio attività e liberalizzazione dell'attività edilizia*, 321

EDUARDO ROZO ACUNA, *Protection internazionali - universal y regional - de los derechos humanos con especial referencia a Latinoamerica*, 339

ANTONIO RUGGIERO, *I caratteri della giustizia costituzionale nei Paesi di nuova democrazia*, 371

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPIE', GIUSEPPE GILBERTI, REGINALD GREGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUNA, CHIARA TENELLA SILLANI

Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXVIII - 2000/01

NUOVA SERIE A - N. 52,3

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

SILVIA BENINI HEMMELER

La natura giuridica delle Federazioni Sportive Nazionali alla luce del D.lgs 23 luglio 1999, n. 242

ABSTRACT

Il D. Lgs 23 luglio 1999, n.242 pur rientrando nel quadro più generale di un riordino della pubblica amministrazione, introduce rilevanti innovazioni nel settore sportivo. Emanato infatti in attuazione dell'art. 11 della Legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Legge Bassanini) risponde all'esigenza, da molti condivisa, di un riassetto dell'intero ordinamento sportivo del Paese non più adeguato alle esigenze dello sport post moderno. Tale nuova configurazione passa attraverso il cambiamento della struttura dell'Ente CONI; la distinzione tra esso e le Federazioni Sportive Nazionali che, fuoriuscendo dal Comitato, acquistano maggiore autonomia come associazioni private dotate di personalità giuridica ed, anche, l'adeguamento ai principi di democrazia interna della composizione degli organi direttivi degli enti sportivi. Il riordino operato con il decreto in questione rappresenta tuttavia solo il primo, anche se importante passo verso una complessa riorganizzazione dello sport nazionale che vede la progressiva ed ampia partecipazione ai vertici della gestione del fenomeno sportivo di tutti i soggetti coinvolti, anche di quelli sino ad oggi esclusi come gli atleti ed i tecnici.



SILVIA BENINI HEMMELER

LA NATURA GIURIDICA DELLE FEDERAZIONI SPORTIVE
NAZIONALI ALLA LUCE DEL D.LGS 23 LUGLIO 1999, N. 242

SOMMARIO

1) *La riforma del settore sportivo attraverso il D.lgs. 242/1999 ed il nuovo assetto del CONI*; 2) *Le Federazioni Sportive nazionali dopo l'intervento riformatore*; 3) *Il riconoscimento delle Federazioni Sportive Nazionali*; 4) *Il riconoscimento nelle forme previste dall'art. 21, comma 4, dello Statuto del CONI*; 5) *Aspetti innovativi e conservativi della riforma anche in tema di natura giuridica delle Federazioni Sportive Nazionali*.

1. L'emanazione del D.lgs. 23 luglio 1999, n.242 sul "Riordino del Comitato Olimpico Nazionale Italiano – CONI a norma dell'art. 11 della Legge 15 marzo 1997, n. 59" ha introdotto rilevanti innovazioni. Esso richiama espressamente, come precisato in epigrafe, la delega contenuta nell'art. 11, comma 1, lett. b, della Legge 59/1997, che affida al Governo il compito di "riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dall'assistenza e previdenza". Il riordino persegue, tra gli altri, l'obiettivo di una complessiva riduzione dei costi amministrativi, attenendosi ad una serie di principi tra i quali quello "della trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti ... per il cui funzionamento non è necessaria la personalità di diritto pubblico" (art. 14, comma 1, lett. b)¹. Sotto il profilo procedurale la legge delega dispone, inoltre, che i decreti legislativi in questione siano emanati previo parere della Commissione parlamentare bicamerale istituita ai sensi dell'art. 5 della legge stessa, da rendere entro trenta giorni dalla data di trasmissione; è inoltre consentita l'emanazione di disposizioni correttive ai decreti stessi, entro un anno dall'entrata in vigore di questi ultimi.

L'utilizzo di forme privatistiche che il decreto è chiamato ad attuare non tocca affatto il CONI, che, al contrario, viene riconosciuto *ex lege* ente di diritto pubblico; esso è invece suggerito per l'esercizio di alcune attività dell'Ente, mentre è stabilito direttamente per le Federazioni sportive nazionali (art. 15, comma 2). Quanto agli adempi-

¹ Cfr. "Le Leggi", 1999, I, 2448.

menti, il testo prevede l'adozione e la successiva approvazione governativa dello statuto del CONI (art. 2, comma 2) e l'emanazione dei rispettivi statuti da parte delle Federazioni sportive (art. 15, comma 2).

Va sottolineato che il D.lgs. 242/1999 trova origine nell'opinione, da molti condivisa, che l'ordinamento sportivo del nostro Paese e in particolare la struttura dell'ente CONI non fosse più adeguata alle esigenze del mondo dello sport non solo italiano ma anche europeo. Per quanto concerne la realtà italiana ed in particolare il CONI, in effetti, sono trascorsi oltre cinquant'anni dalla sua costituzione e il Consiglio nazionale dell'Ente stesso già da tempo ha istituito una commissione per formulare una proposta di riforma. Il riordino del CONI, operato con il decreto in questione, rappresenta peraltro solo il primo, anche se importante, tassello di una complessiva riorganizzazione dello sport nazionale che vede la progressiva ed ampia partecipazione ai vertici della gestione del fenomeno sportivo di tutti i soggetti coinvolti quali gli atleti ed i tecnici, soggetti sino ad oggi esclusi².

Gli elementi portanti che caratterizzano la norma riformatrice debbono essere collocati ed analizzati all'interno di questo generale processo di trasformazione. Tali elementi sono:

- la distinzione tra ente CONI e Federazioni sportive, realizzata attraverso il mutamento della natura giuridica di queste ultime, che diventano associazioni riconosciute di diritto privato;
- l'adeguamento a principi di democrazia interna nella composizione degli organi dell'ente, relativamente ai quali è garantito l'accesso anche agli atleti ed ai tecnici sportivi;
- la garanzia che tutte le componenti del mondo sportivo possano dare il loro apporto all'opera di regolazione e di vigilanza del CONI nello svolgimento dell'attività sportiva professionistica o dilettantistica;
- un regime di condizioni di ineleggibilità e di incompatibilità per

² La relazione governativa sullo schema di decreto precisa, infatti, come l'intervento rappresenti soltanto "il primo, anche se importante, tassello di una più complessiva riforma dello sport". Nello stesso senso si esprime il parere della Commissione parlamentare bicamerale approvato il 17 giugno 1999, per il quale "la complessità del fenomeno sportivo sotto il profilo sociale ed economico richiede un più ampio intervento normativo, a partire dalla definizione di nuove regole in materia di ordinamento delle società ed associazioni sportive dilettantistiche, della promozione dello sport di base nel rispetto delle competenze regionali e degli enti locali, di lotta al doping, di finanziamento dell'attività sportiva alla luce della nuova realtà dei concorsi pronostici, di rapporto tra ordinamento sportivo e giustizia ordinaria".

l'accesso agli organi dell'ente, volto a garantire l'autonomia di ciascun organo;

– il recepimento dei principi generali del D.lgs. 29/1993 per quanto attiene alle funzioni degli organi, separando le funzioni di indirizzo da quelle di gestione amministrativa.

I principi che connotano la riforma si ricavano sia dall'analisi della normativa che dalle stesse considerazioni contenute nella relazione governativa sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 29 gennaio 1999. La relazione individua, infatti, in quegli obiettivi gli elementi fondamentali della nuova disciplina che, come è stato osservato, non dispone "un semplice riordino del CONI", ma determina "una riforma complessiva della organizzazione sportiva italiana, i cui effettivi contenuti dipenderanno anche dalle modalità di esercizio dell'autonomia statutaria da parte del CONI e delle federazioni". Si sottolinea inoltre che da essa "traspare tuttavia anche una trasformazione complessiva della natura e del ruolo dell'organizzazione sportiva italiana, capace di superare definitivamente le concezioni statalistiche che erano alla base della l. n.426/1942. Il decreto, infatti, produce l'effetto di radicare ancor più saldamente il CONI e le federazioni all'ordinamento sportivo internazionale e nazionale"³.

Il D.lgs. 242/1999 abroga esplicitamente la Legge 16 febbraio 1942, n. 426 "Costituzione e ordinamento del Comitato Nazionale Olimpico Italiano (CONI)" e l'art. 14 della Legge 23 marzo 1981, n. 91 recante disposizioni sulle "Federazioni sportive nazionali"; prevede il riordino del CONI e, di conseguenza, l'emanazione di un nuovo statuto da approvarsi, ai sensi dell'art. 18, comma 1, entro centottanta giorni dall'entrata in vigore del decreto. Fino all'approvazione del

³ G. NAPOLITANO, *La riforma del CONI e delle Federazioni sportive*, in "Giornale di Dir. amministrativo", 2000, I, 119. A chiarimento della sua tesi l'Autore afferma che il maggior legame con l'ordinamento internazionale "è determinato dal riconoscimento di un'ampia autonomia statutaria e dall'orientamento di questa ai principi dell'ordinamento sportivo internazionale. Il riferimento al secondo (ovvero all'ordinamento sportivo nazionale, n.d. A.) è garantito attraverso una legittimazione maggiormente democratica degli organi, che rispecchiano non più soltanto i vertici dirigenziali, ma anche i diretti protagonisti dell'attività sportiva nazionale. Il CONI e le federazioni costituiscono, dunque, sempre più l'elemento di raccordo, rispettivamente generale e settoriale, tra la rete dell'organizzazione sportiva internazionale e la rete dell'organizzazione sportiva nazionale". (*Ibidem*).

nuovo statuto, la materia resta regolata dal DPR 28 marzo 1986, n. 157⁴.

All'art. 1 della legge di riforma si statuisce che il CONI ha personalità giuridica di diritto pubblico, necessaria "al fine di un migliore e più razionale svolgimento delle funzioni". La Legge 426/1942 istitutiva dell'ente si limitava invece ad attribuirgli la personalità giuridica senza esplicitarne la natura pubblica o privata (art. 1, l. 426/1942). Tuttavia dottrina e giurisprudenza sono stati sempre concordi nel ritenere il CONI ente pubblico, muovendo da una serie di elementi ritenuti indici di soggettività pubblica quali la costituzione ex lege, la sottoposizione dell'istituzione alla vigilanza dell'autorità ministeriale, la generalità degli interessi perseguiti, la provenienza statale dei finanziamenti, il regime fiscale e contabile⁵. Successivamente la legge 20 marzo 1975, n. 70 includeva il CONI tra gli enti del "parastato" suggellandone così la qualificazione di ente pubblico mentre, nel contempo, gli si riconosceva ampia autonomia organizzativa con la legge 31 gennaio 1992, n. 138⁶.

Lo stesso articolo pone il CONI sotto la vigilanza del Ministero per i beni e le attività culturali⁷. Essa si concreta in una serie di provvedimenti che vanno dall'approvazione dello statuto dell'ente (art. 2, comma 2) alla nomina del Collegio dei revisori dei conti (art. 11, comma 1), all'assenso per la costituzione di società di capitali private per una migliore gestione dell'ente (art. 14, comma 1) sino al potere di scioglimento della Giunta nazionale e di revoca del Presidente per gravi violazioni di norme, impossibilità di funzionamento o irregolarità amministrative, con la previsione della nomina in loro vece di un commissario straordinario (art. 13). I poteri di vigilanza dell'autorità governativa paiono finalizzati, principalmente, alla garanzia del corret-

⁴ In attuazione del disposto dell'art. 18 del decreto 242/1999 il Consiglio Nazionale del CONI ha provveduto, nella seduta del 24 marzo 2000, a deliberare il nuovo Statuto tenuto conto delle osservazioni pervenute dal Ministero per i Beni e le attività culturali. L'approvazione è avvenuta con d. m. 19 aprile 2000 pubblicato in G.U. del 6/06/2000.

⁵ Cfr. sul punto MARANI-TORO, *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, 1977, 229-231.

⁶ Sull'evoluzione della normativa sul CONI si veda G. MORBIDELLI, *Gli enti nell'ordinamento sportivo*, in "Dir. amm.", 1993, 303 ss.

⁷ Istituito con D.lgs. 368/1998 dopo l'abrogazione del Ministero del turismo e spettacolo a seguito di referendum popolare.

to funzionamento del comitato ed in questa linea si incentrano in primo luogo sugli aspetti organizzativi più rilevanti.

Di contro viene riconosciuta al comitato la piena autonomia statutaria prima assente. Viene rimessa quindi allo statuto la disciplina dell'organizzazione periferica, (art. 2, c. 3), prima regolamentata dalle disposizioni di cui al DPR 157/1986 (artt. 23-26), la previsione di integrazioni delle funzioni e dei compiti degli organi (art. 5, c. 2, lett. h; art.7, c. 2, lett. h; art. 8, c. 1; art. 12, c. 2, lett. c), la regolamentazione dei requisiti di eleggibilità (art. 6, c. 6) e delle procedure elettorali (art. 9, c. 3).

Anche a seguito della legge di riordino il CONI mantiene peraltro la sua duplice natura di ente esponenziale del fenomeno sportivo nazionale, che cura tutta l'organizzazione sportiva italiana, e di Comitato Olimpico Nazionale riconosciuto dal CIO, che cura la partecipazione della rappresentativa italiana ai Giochi Olimpici. Con ciò si ribadisce la sua doppia soggettività: nell'ordinamento giuridico statale e in quello sportivo a cui corrispondono due differenti sfere di funzioni ed attribuzioni. Tale duplice qualifica trova infatti riscontro nella norma di riordino (artt. 1 e 2, D.lgs. 242/1999) la quale, per quanto attiene al secondo aspetto, riconosce in modo esplicito l'inserimento del CONI nell'ordinamento sportivo internazionale disponendo che esso "si conforma ai principi dell'ordinamento sportivo internazionale in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi emanati dal Comitato Olimpico Internazionale, di seguito denominato C.I.O." (art. 2).

La legge istitutiva del CONI non conteneva in effetti alcun riferimento all'ordinamento sportivo internazionale, probabilmente anche a causa delle ideologie nazionalistiche proprie del periodo storico-politico in cui essa fu emanata. Soltanto con il DPR n. 157/1986 tale legame veniva formalmente riconosciuto anche se i principi dell'ordinamento sportivo internazionale e gli indirizzi del CIO erano intesi esclusivamente come criteri ispiratori dell'attività dell'ente. Il D.lgs. 242/1999 li pone invece quali criteri direttivi della potestà statutaria del CONI imponendo la conformazione dell'azione del CONI a quella del CIO e al diritto comunitario⁸.

⁸ Sebbene il D.lgs. 242/1999 non contenga espliciti riferimenti ad una matrice comunitaria della riforma del settore sportivo nazionale, alcune disposizioni contenute negli artt. 10 e 16 spingono ad adottare questa chiave di lettura. Particolare rilievo hanno al riguardo alcuni documenti comunitari quali il documento di lavoro dei servizi della Commissione europea intitolato "Evoluzione e prospettive dell'azione comuni-

Lo Stato ha dunque conferito al CONI compiti di governo e di regolamentazione generale delle attività sportive, riconoscendolo formalmente come articolazione del CIO e come vertice dell'organizzazione sportiva italiana. Si tratta ovviamente di compiti di interesse pubblico che hanno origine nell'esigenza di promuovere e garantire la funzione sociale dello sport; al riguardo l'art. 1 dello Statuto sancisce che il CONI, regolato anche dalla Carta Olimpica, è l'autorità di disciplina, regolazione e di gestione delle attività sportive e che queste vanno intese come "elemento essenziale della formazione fisica e morale dell'individuo e parte integrante dell'educazione e della cultura nazionale".

2. Il decreto, nella sua portata innovativa, non si limita al solo riordino del CONI ma prevede, come già detto, una nuova disciplina delle federazioni nazionali, stabilendo che quelle riconosciute dal CONI alla data del 20 gennaio 1999⁹ acquistano personalità giuridica di diritto privato all'entrata in vigore del decreto; non perseguono fini di lucro e sono disciplinate dal codice civile e dalle relative disposizio-

taria nel settore dello sport", presentato all'VIII Foro Europeo dello Sport di Straburgo il 25 novembre 1998, e il documento di consultazione elaborato dalla Direzione Generale X della Commissione Europea intitolato "Il modello europeo di sport", presentato al Consiglio Europeo di Helsinki, nel quale si propone di adottare un sistema incrociato di interventi nel settore sportivo: applicazione del diritto comunitario e integrazione dello sport nelle diverse politiche comunitarie, in una prospettiva di dialogo tra le diverse organizzazioni sportive dell'Unione.

⁹ A quella data risultano riconosciute 39 Federazioni Sportive Nazionali e precisamente: Automobil Club d'Italia (Aci); Aero Club d'Italia (Aec); Federazione Italiana Bocce (Fib); Federazione Italiana Baseball Softball (Fibs); Federazione It. della Caccia (Fidc); Fed. It. Giuoco Calcio (Figc); Fed. Ginnastica d'Italia (Fgdi); Fed. It. Canoa Kayak (Figk); Fed. It. Canottaggio (Fic); Fed. Ciclistica It. (Fci); Fed. It. Cronometristi (Firc); Fed. It. Atletica Leggera (Fidal); Fed. It. Golf (Fig); Fed. It. Giuoco Handball (Figh); Fed. It. Hockey (Fih); Fed. It. Hockey e Pattinaggio (Fihp); Fed. It. Lotta Pesì Judo Karate (Filpjk); Fed. Medico Sportiva It. (Fmsi); Fed. It. Motonautica (Fim); Federazione Motociclista It. (Fmi); Fed. It. Nuoto (Fin); Fed. It. Pallacanestro (Fip); Fed. It. Pallavolo (Fipav); Fed. It. Pentathlon Moderno (Fipm); Fed. It. Pesca Sportiva e Attività Subacquee (Fipsas); Fed. Pugilistica It. (Fpi); Fed. It. Rugby (Fir); Fed. It. Scherma (Fis); Fed. It. Sci Nautico (Fisn); Fed. It. Sport del Ghiaccio (Fisg); Fed. It. Sport Disabili (Fisd); Fed. It. Sport Equestri (Fise); Fed. It. Sport Invernali (Fisi); Fed. It. Tennis (Fit); Fed. It. Tiro con l'Arco (Fitarco); Fed. It. Tiro al Volo (Fitav); Fed. It. Tennistavolo (Fitet); Fed. It. Vela (Fiv); Unione Italiana Tiro a Segno (Uits).

ni di attuazione, salvo quanto espressamente previsto dal decreto stesso (art. 15, c. 2).

Si dispone altresì che sino all'approvazione dei nuovi statuti federali, previsti dall'art. 16 del decreto, da effettuarsi entro 6 mesi dall'approvazione dello statuto del CONI, quelli vigenti continuano a mantenere tutta la loro efficacia.

Nulla è cambiato invece per quanto concerne l'Aero Club d'Italia, l'Automobil Club d'Italia e l'Unione Italiana tiro a segno, enti già dotati di personalità giuridica di diritto pubblico¹⁰.

Al riconoscimento da parte dello Stato si aggiunge quello a fini sportivi da parte del Consiglio Nazionale del CONI (art. 15, c. 3). In particolare, le Federazioni si configurano come associazioni di enti (società ed associazioni sportive) e solo in limitati casi previsti dagli statuti anche da singole persone fisiche seppur tesserate.

Manca invece nel testo del decreto ogni riferimento alla federazione come organo del CONI, così come era disposto dalla legge 426/1942 (art. 5) e in termini più restrittivi dall'art. 2, comma 2, DPR n. 157/1986. Si è intravisto in ciò una attenuazione, almeno apparentemente; del "rilievo pubblicistico che esse assumevano in passato, soprattutto secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza"¹¹. La dimensione pubblicistica non scompare tuttavia completamente ma si attesta su specifici aspetti della loro attività (art. 15, c. 1), come diremo nel paragrafo seguente.

Ridefinendo la natura giuridica delle Federazioni, la riforma del 1999 ha in parte risposto alla richiesta avanzata da molti di un intervento chiarificatore dello Stato sulla controversa questione della natura giuridica delle federazioni sportive, ma ha anche gettato le basi "per una rivisitazione dei rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale"¹².

¹⁰ L'Aero Club d'Italia fu eretto ente morale con R.D. 23 luglio 1926, poi divenne ente pubblico con DPR 29 novembre 1965, n. 1715; l'Automobil Club d'Italia fu dapprima ente morale con R.D. 14 novembre 1926, n. 1452 poi ente pubblico con DPR 8 settembre 1950, n. 881; l'Unione Italiana tiro a segno fu riconosciuto ente pubblico con legge 4 giugno 1936, n. 1143.

¹¹ Cfr. NAPOLITANO, *op. cit.*, 118.

¹² Così G. VIDIRI, *Le Federazioni sportive nazionali tra vecchia e nuova disciplina* (nota a Cass., S.U., 25 febbraio 2000 n. 46), Foro It., 2000, I, 1482. Sul difficile rapporto tra ordinamento statale ed ordinamenti settoriali v. L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici: analisi critica dei profili teorici e delle applicazioni*

Se le disposizioni contenute nella nuova normativa fanno abbandonare definitivamente la tesi pubblicistica, esse non sembrano comportare sostanziali innovazioni per quanti, come chi scrive, ritengono che le federazioni fossero già autonomi soggetti di diritto privato configurabili, nella maggioranza dei casi, come associazioni non riconosciute ai sensi dell'art. 36 e ss. del c.c.

In tale ottica il decreto impone ai sodalizi solo un cambiamento di natura giuridica all'interno delle medesime tipologie: da associazioni non riconosciute ad associazioni riconosciute assoggettate così ad una diversa regolamentazione (art. 12 e ss. c.c.). Cambia, in altre parole, lo statuto giuridico e la disciplina civilistica, ma non la sostanza giuridica che resta privatistica.

Il D.lgs. 242/99 regola le Federazioni Sportive Nazionali agli artt. 15, 16 e 17, il nuovo Statuto del CONI, recependo le direttive innovatrici, dedica ad esse tutto il Titolo IV, artt. 20-23.

L'art. 20 recita: "Le Federazioni Sportive Nazionali sono associazioni senza fini di lucro con personalità giuridica di diritto privato" mentre, al comma 2, prevede che siano costituite "da società, da associazioni sportive e, nei soli casi previsti dagli Statuti, anche dai singoli tesserati".

Quest'ultima statuizione rafforza la genesi pattizia dell'ente e quindi la sua natura privata configurandolo come sodalizio spontaneamente costituito da più parti, sulla base di una libera adesione e non più del solo atto di affiliazione, qual'era in precedenza previsto nell'ordinamento sportivo e tra l'altro ribadito nell'art. 14 della Legge 23 marzo 1981, n. 81, oggi abrogato. In esso si stabiliva che: "Le Federazioni sportive nazionali sono costituite dalle società e dagli organismi ad esse affiliati...".

Con l'atto di affiliazione la Federazione riconosce, previo accertamento dei requisiti richiesti, l'ente associativo e con ciò lo incardina al proprio interno, collegandolo ai programmi agonistici del settore. Nel contempo, l'ente affiliato diviene soggetto a pieno titolo dell'ordinamento sportivo dovendo con ciò rispettarne tutta la normativa e non solo quella emanata dalla Federazione alla quale è affiliato; ne acquisisce una sorta di legale capacità di agire di diritto sportivo.¹³

al fenomeno sportivo, in "Riv. dir. sport.", 1998, 5 ss.; ID., *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999.

¹³ Cfr. C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il CONI e la regolamentazione dello sport*, Milano, 2000. L'Autrice chiarisce che l'affiliazione "rende gli

Per lungo tempo la giurisprudenza, a partire da autorevoli pronunce della Cassazione¹⁴, ha qualificato tale atto, assieme al tesseramento, come provvedimento amministrativo, costitutivo di "status" ed un filone abbastanza consistente della dottrina ha ravvisato proprio nella disposizione contenuta nell'art. 14 della legge 91/1981 una argomentazione a favore della configurazione pubblicistica degli enti federali e quindi dagli atti da essi posti in essere¹⁵. L'abrogazione dell'articolo operata dal D.lgs. 242/1999 mentre dovrebbe valere a ricomprendere ogni aspetto dell'attività delle federazioni nell'area dell'autonomia privata delle stesse quali associazioni di diritto privato, "lascia tuttavia aperto ed irrisolto il problema della qualificazione delle situazioni soggettive nascenti dagli atti di autonomia finalizzati al perseguimento delle finalità pubblicistiche del CONI e quindi la giuridica qualificazione delle situazioni soggettive su cui quegli atti vengono ad incidere, nonché il tipo di controllo, giudiziale, se civile o amministrativo, cui gli stessi risultano assoggettabili"¹⁶.

Di contro, in una posizione più netta, e maggiormente condivisibile, si trova chi proprio dalle modifiche introdotte dal decreto, individuata nei regolamenti federali dei semplici atti interni privi di efficacia per l'ordinamento statale in quanto mera espressione dell'autonomia negoziale riconosciuta ai privati in attuazione del disposto dell'art. 16 c.c.; in tale ottica "l'ingresso dei soggetti nella comunità sportiva (e la loro fuoriuscita da detta comunità) non costituisce più materia di provvedimenti amministrativi ma oggetto di atti meramente privatistici, con la conseguenza di ravvisare nel tesseramento un atto di natura negoziale tra atleta da un lato e federazione dall'altro e la revoca dall'af-

enti, società ed associazioni sportive, partecipi dell'esercizio dei compiti tipici dell'ente federale preposto a quel dato settore di attività agonistica, dell'organizzazione di gare fino, in certi casi, all'esercizio di potestà esclusiva di regolamentazione di determinati sottosettori di attività agonistica con le connesse potestà disciplinari". (*Ibidem*, 154). Al riguardo l'A. dubita del fatto che un atto (quale il tesseramento o l'affiliazione) che costituisce ad un tempo espressione di autonomia privata e di potestà regolamentatrice del CONI, quale il suo statuto, possa valere di per sé ad attribuire natura pubblicistica a dati atti delle Federazioni, atteso che la matrice provvedimentale è retta ad un tempo da principi di legalità e tipicità.

¹⁴ Cfr. tra queste, Cass. S.U. 9/5/1986, n. 3091; e più ampiamente V. FRATTAROLO, *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza*, Milano, 1995.

¹⁵ In tal senso, per tutti, L. TRIVELLATO, *Considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni Sportive*, Diritto societario, 1991, 141 ss.

¹⁶ C. ALVISI, *op. cit.*, 158.

filiazione (e la radiazione del ruolo federale) come vera e propria esclusione da detta federazione assoggettabile come tale alle discipline di cui all'art. 24 c.c. con conseguente ridefinizione in tutta la materia in oggetto delle competenze del giudice ordinario"¹⁷.

Nella vigente normativa introdotta dal nuovo statuto del CONI, le società e le associazioni sportive che hanno la loro sede nel territorio nazionale sono riconosciute, ai fini sportivi, dal Consiglio nazionale o, per delega di questo, dalle Federazioni ovvero dalle Discipline associate o dagli Enti di promozione sportiva; nei casi di attività sportive non agonistiche o agonistiche occasionali non occorre che gli enti sportivi risultino affiliati, l'affiliazione è invece necessaria se tali soggetti vogliono attuare agonismo programmatico rientrando nell'organizzazione federale¹⁸. Resta del tutto immutato, in effetti, il potere di affiliazione delle Federazioni nei confronti delle società professionistiche che l'art. 10 della legge 91/1981 richiede quale requisito basilare per il riconoscimento del sodalizio a fini sportivi, ma che è anche requisito di esistenza per l'ordinamento statale.

Il decreto n. 242 ha rilevato "la valenza pubblicistica di specifici aspetti" dell'attività federale (art. 15, comma 1) che lo Statuto del CONI, poi, ha individuato, all'art. 23, in una gamma di attività di vario contenuto: dal potere di affiliazione e di tesseramento al potere di riconoscimento, ai controlli sulle società e sulle associazioni sportive, ai tesseramenti, alla tutela sanitaria, assicurativa e previdenziale degli atleti, alla prevenzione e repressione del doping, nonché alla formazione dei quadri e dei tecnici e all'impiego del personale. Tali attività in quanto perseguono le stesse finalità del CONI sono assoggettate ai poteri di indirizzo dell'ente.

La natura sportiva dell'Ente federale è confermata dal decreto in esame all'art. 16, comma 1, ove si prevede che le norme statutarie e regolamentari del sodalizio debbano essere emanate "in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed internazionale" ed essere improntate "ai principi di democrazia interna, di partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità". È vero che, in precedenza, l'art. 14 della l. 91/1981 già prevedeva che le Federazioni fossero costituite "sulla base del principio di democrazia interna", ma è altrettanto vero che tale affermazione restava lettera morta non tro-

¹⁷ Cfr. G. VIDIRI, *Le federazioni sportive tra vecchie e nuove discipline*, cit., 1482.

¹⁸ Per quest'ultimo aspetto cfr. MARANI-TORO, *Gli ordinamenti sportivi*, cit., 173.

vando pratica attuazione, a differenza di quanto risulta dalle attuali disposizioni.

L'assoggettamento dei sodalizi sportivi federali alla disciplina civilistica (art. 16 e ss.) prevede il rispetto di rigorose norme sul piano sostanziale, volte a definire anche il contenuto degli atti – costitutivo e statuto – che segnano la nascita del soggetto e costituiscono il presupposto per l'acquisto della personalità giuridica di diritto privato.

Vengono, d'altra parte, mantenuti i caratteri peculiari degli enti sportivi e cioè l'elettività delle cariche, la rappresentatività e democraticità dell'organizzazione centrale e periferica e lo scopo inutilitaristico, come ribadito dal comma 2, dell'art. 15 ove si afferma che le Federazioni "non perseguono fini di lucro". È noto infatti che ad eccezione delle società professionistiche che la legge 23 marzo 1981, n.91 ha obbligato a strutturarsi in spa o in srl, e quindi in società di capitali aventi fine lucrativo¹⁹, tutti gli altri soggetti dell'ordinamento sportivo hanno come scopo comune il miglioramento del risultato, scopo che fa condividere sforzi, sacrifici ed oneri con spirito di solidarietà.

In definitiva, il fine inutilitaristico funge, come è stato rilevato, da elemento "propulsore" e da elemento "equilibratore" in un processo circolare continuo in cui si deve provocare il miglioramento degli elementi dell'ordinamento per ottenere il miglioramento del risultato²⁰. Tra i fini federali diventano ora prioritari la tutela della salute degli atleti, la lotta dello sport contro le diseguaglianze, il razzismo, la xenofobia, la prevenzione e la repressione del doping, la conciliazione della dimensione economica dello sport con la sua dimensione popolare, sociale, educativa e culturale. In quest'ottica le Federazioni oltre che enti sportivi di vertice che attuano l'agonismo programmatico, assumono anche compiti di rilevanza pubblica da svolgersi secondo gli indirizzi e sotto il controllo del CONI (artt. 2, 21, comma 1, lett. c) e 23 Statuto del CONI).

3. Per quanto attiene all'attribuzione della personalità giuridica di diritto privato la situazione si presenta diversa a seconda che riguardi le federazioni già esistenti alla data di entrata in vigore del D.lgs.

¹⁹ Così come è riconosciuto nel D.lgs. 20 settembre 1996, n. 486 convertito in legge 18 novembre 1996, n. 586.

²⁰ Cfr. MARANI TORO, *Gli ordinamenti sportivi, cit.*, 377.

242/1999 ovvero quelle di nuova costituzione. Alle prime, in quanto riconosciute a fini sportivi dal CONI alla data del 20 gennaio 1999, viene attribuita tale soggettività con decorrenza dall'entrata in vigore della norma in questione attuando così una sorta di riconoscimento "ope legis". Siffatta previsione riguarda le trentanove Federazioni che, secondo la normativa previgente, erano "organi" del CONI ed in quanto tali perseguivano gli stessi fini ed erano ad esso aderenti. Esse devono tuttavia modificare le loro norme interne (atti costitutivi, statuti e regolamenti) nel rispetto di quanto previsto dall'art. 16 del decreto 242 e farle poi approvare dal Consiglio Nazionale del CONI entro sei mesi dall'emanazione del nuovo statuto dell'Ente; sino a quella data gli statuti vigenti vengono prorogati²¹.

In particolare i nuovi statuti federali devono tassativamente ispirarsi al principio di democrazia interna, di partecipazione all'attività sportiva di donne e uomini in condizioni di uguaglianza e di pari opportunità (a tal fine si deve provvedere ad attuare le procedure elettorali previste dall'art.16, comma 2, del D.lgs.242) nonché essere conformi alle deliberazioni e agli indirizzi del CIO e del CONI. Il nuovo Statuto del CONI dispone inoltre, all'art. 22, che essi rispettino i principi fondamentali emanati dal Consiglio Nazionale e s'ispirino "al costante equilibrio di diritti e di doveri tra i settori professionistici e non professionistici, nonché tra le diverse categorie nell'ambito del medesimo settore".

È evidente che una simile procedura semplificata nei tempi e nelle modalità di realizzazione, solleva le Federazioni da quegli oneri di natura economica che le nuove dovranno invece sopportare come conseguenza dell'applicazione della procedura civilistica di cui agli artt. 12 ss. che prevede un procedimento costitutivo piuttosto rigoroso e formale.

Per le nuove Federazioni, ovvero per quelle costituite dopo l'entrata in vigore del D.lgs. 242, l'attribuzione della personalità giuridica di diritto privato è concessa a norma dell'art. 12 del codice civile dopo che queste abbiano ottenuto il riconoscimento a fini sportivi dal

²¹ Ad oggi tutte le Federazioni hanno provveduto alla modifica dei propri statuti la cui approvazione, da parte del Consiglio Nazionale del CONI, è avvenuta a più riprese, comunque in tempo utile per consentire lo svolgimento dell'Assemblea elettiva per il rinnovo delle cariche di Presidente dell'Ente e della Giunta Nazionale, secondo le nuove rappresentatività previste dalla legge di riforma, svoltasi a Roma il 18 aprile 2001.

Consiglio Nazionale del CONI. Si apre per esse una procedura di costituzione più complessa che prelude a due diversi gradi di riconoscimento tra loro ordinati: un primo grado, a fini sportivi, di competenza del CONI; un secondo grado, a fini giuridici ex art. 12 c.c., di competenza dello Stato.

Per quanto concerne il riconoscimento a fini sportivi, si impone il rispetto di una serie di requisiti sia per l'Ente che per il suo ordinamento statutario e regolamentare. Per il primo aspetto, la Federazione dovrà dimostrare di avere svolto, sia in ambito nazionale che internazionale, attività sportiva, ivi inclusa la partecipazione a competizioni, e di avere attuato programmi di formazione di atleti e tecnici; di essere affiliata ad una Federazione internazionale riconosciuta dal CIO (se inesistente, tale requisito non è richiesto); di gestire la propria attività secondo i dettami della Carta Olimpica e nel rispetto delle regole della Federazione internazionale di appartenenza (art. 21, comma 1, Statuto CONI).

In riferimento ai documenti costitutivi, atto e statuto, poiché per legge le associazioni che vogliono ottenere la personalità giuridica di diritto privato devono essere costituite per atto pubblico (art. 14 c.c.), è necessario che anche gli atti federali rivestano tale forma. In precedenza era richiesto, ai fini del riconoscimento, che la Federazione dovesse presentare il solo statuto al Consiglio Nazionale del CONI, la cui redazione, essendo l'ente mera associazione privata non riconosciuta, era a forma libera (art. 5, lettera l, DPR n. 157/1986). Invero il decreto di riforma fa riferimento esplicito nell'art. 16 ai soli statuti e regolamenti quali norme che disciplinano le Federazioni. Dovendosi applicare a questi enti le disposizioni di cui agli artt. 12 ss. c.c. ai fini del riconoscimento giuridico, è implicito che debba disporsi, per atto pubblico, oltre allo statuto anche l'atto costitutivo che, unito all'altro, completa il documento costitutivo di ogni associazione privata (artt. 14 e 16 c.c.).

Pur nel rispetto dell'autonomia negoziale dei privati, il contenuto degli statuti deve attenersi, per il riconoscimento a fini sportivi, a quei principi di democraticità e di rappresentatività degli organi più volte ribaditi nella legge riformatrice, ma anche, come si è visto, prevedere che la composizione degli organi federali attui il disposto dell'art. 16, comma 2, D.gls. 242/1999.

Il controllo sulla regolarità degli atti, costitutivo e statuto, è demandato alla Giunta Nazionale del CONI che ne deve verificare la

conformità alla legge, allo Statuto del CONI e ai principi fondamentali emanati dal Consiglio Nazionale (art. 22, comma 5).

Nel caso in cui la Giunta rilevi irregolarità o la non conformità a quanto richiesto, entro sessanta giorni provvede a rinviare i documenti alla Federazione perché vi apporti le necessarie modifiche, indicando all'ente anche i criteri in base ai quali operare. In caso contrario, trascorso tale periodo senza che l'organo di controllo riscontri alcuna irregolarità, gli atti si intendono approvati secondo il principio del silenzio-assenso.

L'art. 22, comma 5 dello Statuto del CONI prevede che se la Federazione non modifica lo statuto nel senso richiesto, la Giunta Nazionale, sentito il Consiglio Nazionale, possa nominare un Commissario *ad acta*, tale evenienza potrebbe anche comportare, nei casi più gravi e previa diffida, la revoca del riconoscimento. Spetta infatti al Consiglio Nazionale di deliberare in ordine al riconoscimento, ai fini sportivi, delle Federazioni Sportive Nazionali sulla base, come recita il punto c), comma 4, art. 6 dello Statuto del CONI "dei requisiti fissati dallo Statuto, tenendo conto a tal fine anche della rappresentanza e del carattere olimpico dello sport, dell'eventuale riconoscimento del CIO e della tradizione sportiva della disciplina".

Il CONI riconosce una sola federazione per ciascuno sport ed in particolare quella maggiormente rappresentativa, che associa il maggior numero di enti sportivi o, anche, quella in cui lo sport assuma particolare rilevanza a livello internazionale ed olimpico. Tali priorità, soprattutto se esistenti in presenza di una affiliazione all'Ente federale internazionale, confermano il principio di unitarietà di governo degli sport che è alla base dell'ordinamento sportivo nazionale e mondiale. In applicazione di tale principio deve esistere in concreto un solo organo di governo per ogni sport, in modo che si possano comparare i risultati sportivi conseguiti nel tempo e nello spazio. È questo che permette di conseguire il fine peculiare degli ordinamenti sportivi ovvero l'attuazione dell'agonismo programmatico per il miglioramento continuo dei risultati, fine che esige appunto assoluta unitarietà di governo per ogni sport²².

Nel caso di concorso tra domande di riconoscimento provenienti da soggetti diversi "il Consiglio Nazionale del CONI invita le parti interessate a costituire un soggetto federativo comune" (art. 21, comma

²² Cfr. MARANI-TORO I., *Gli ordinamenti sportivi*, cit., 180.

2); se non si addivene all'accordo, il CONI promuove un'intesa "volta alla costituzione di un unico soggetto federativo" (*ibidem*).

Anche in mancanza dell'intesa il CONI provvede egualmente, "motu proprio", riconoscendo la Federazione "composta dai soli soggetti che vi hanno aderito".

Il riconoscimento ha effetto immediato e ciò a differenza della precedente normativa per la quale, ottenuto il riconoscimento dal CONI, la nuova Federazione aderiva ad esso, per un quadriennio, in via sperimentale. In tale periodo essa non godeva dello "status" di "organo" del CONI, qualifica che si otteneva al termine del quadriennio su parere favorevole del CONI; in caso contrario essa veniva esclusa (art. 28, commi 2 e 3 e art. 29 del DPR 157/1986).

La mancanza dei requisiti richiesti ovvero la non conformità dello Statuto all'art. 22, commi 1, 2 e 3, comporta il diniego del riconoscimento con la conseguenza di non poter assumere lo "status" di soggetto dell'ordinamento sportivo e quindi di non poter operare per il fine tipico dell'agonismo programmatico. Il puntuale sistema di controlli che il D.lgs. 242/1999 affida al CONI pare dunque volto ad armonizzare l'azione delle Federazioni, al fine di controllarne l'operato (art. 5, comma 2, lett. c), ma anche di disciplinare e coordinare l'attività sportiva nazionale e di diffondere l'idea olimpica (art. 5, comma 1). In secondo luogo, dalla serie di disposizioni contenute nello Statuto del CONI prima ricordate (art. 21, comma 1, lett. a) e 29, comma 1) e nel D.lgs. 242 (art. 16, comma 1) si evincono i principi fondamentali ai quali debbono uniformarsi sia gli statuti federali che i regolamenti di giustizia sportiva e di lotta al doping.

Ci si è chiesto se tali controlli da parte del CONI ovvero l'obbligo di conformità degli statuti ai principi di democrazia interna e di larga rappresentatività, di cui all'art. 16 del decreto, costituiscano dei limiti all'autonomia privata delle Federazioni, tutelata ai sensi dell'art. 18 della Costituzione. Per quanto riguarda il primo aspetto, non pare condivisibile appieno la tesi di chi sostiene che "né i controlli fissati dall'ordinamento statale, né i controlli introdotti nell'ambito dell'ordinamento sportivo ledono la libertà e l'autonomia delle federazioni, in quanto associazioni private garantite dall'art. 18 Cost."²³. L'asserzione,

²³ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 191. È invece condivisibile l'affermazione che questi controlli costituiscono il necessario "corrispettivo" dei benefici e delle prerogative speciali di cui esse godono, consistenti soprattutto, nella percezione dei contributi finan-

fondata sul fatto che gli uni e gli altri atti non inciderebbero sull'autonomia associativa in quanto tale, ma sulla sua particolare manifestazione nell'ambito sportivo, non tiene in debito conto la peculiare natura di questi sodalizi che, in quanto sportivi e del tipo agonistico programmatico, non potrebbero sussistere se costretti ad operare diversamente. La Federazione è di fatti un ente sportivo che ha nell'agonismo programmatico il suo fine teleologico, il quale presuppone, inoltre, il collegamento con l'ordinamento sportivo internazionale. Cosa diversa è per gli altri enti, associazioni, società, comitati che, anche in mancanza di riconoscimento sportivo, potrebbero egualmente esercitare attività sportiva, anche al di fuori dell'agonismo programmatico (attività ludiche – ricreative – amatoriali – di agonismo occasionale).

In effetti, siamo anche noi dell'avviso che per le attività agonistiche il riconoscimento prelude all'esercizio dell'attività sportiva il cui scopo, nell'ottica ordinamentale, coincide con quello generalmente assunto del continuo miglioramento del risultato sportivo, il quale si fonda anche sul collegamento tra gli enti e sul rispetto di regole uniformi emanate, a livello nazionale, dalle Federazioni in ottemperanza ai principi dettati dal CONI e dal CIO²⁴.

In assenza di tale provvedimento, l'ente potrebbe egualmente esistere come soggetto dell'ordinamento giuridico statale, ma non nell'ordinamento giuridico sportivo con la conseguenza che l'attività perseguita sarebbe tagliata fuori dal settore agonistico (che fa capo alle Federazioni) e in linea più generale dagli interventi di finanziamento, di potenziamento e di organizzazione che il D.lgs. 242 ha affidato al CONI per ciò che riguarda tutto lo sport nazionale agonistico, ferme restando le competenze delle Regioni per il settore sportivo amatoriale e del tempo libero.

Per lungo tempo la dottrina si è interrogata circa l'esistenza in capo alla struttura CONI-Federazioni di un sistema verticistico, monopolizzatore di tutto il fenomeno sportivo o almeno di quello agonistico. In effetti il riconoscimento da parte del CONI o per sua delega delle Federazioni (per gli altri enti sportivi, associazioni e società) tramite l'affiliazione, consente al soggetto riconosciuto di entrare a far

ziari e nella rappresentanza esclusiva delle singole discipline sportive (*Ibidem*). Sulle necessità di un collegamento tra enti nell'ottica della distinzione tra agonismo occasionale e programmatico cfr. MARANI-TORO, *op. cit.*, 67-94.

²⁴ Per tutti cfr. G. MORBIDELLI, *Gli enti dell'ordinamento sportivo, cit.*, 362.

parte dell'ordinamento sportivo, acquisendo lo "status" di soggetto del medesimo. Dal provvedimento discende una sorta di vincolo associativo con l'ente che provvede al riconoscimento, in virtù del quale gli enti riconosciuti si incardinano nelle strutture del primo (CONI-Federazioni, Federazioni-Associazioni), possono concorrere alla nomina dei componenti degli organi di questo e, nel contempo, essere destinatari delle norme da questo emanate e dei controlli da quest'ultimo esercitati. Di contro, possono però godere dei finanziamenti previsti e di un sistema di garanzie di esclusività dell'organizzazione in un dato settore sportivo²⁵.

Quanto alla revoca del riconoscimento a fini sportivi, questo è un atto di competenza dello stesso organo del CONI che lo ha disposto: il Consiglio Nazionale. Il provvedimento segue un iter procedurale diverso a seconda che riguardi nuove Federazioni, costituite dopo l'entrata in vigore della normativa di riforma o le Federazioni già esistenti alla data di entrata in vigore del D.lgs. 242/1999.

Procedura analoga, in quanto compatibile, riguarda gli Enti di Promozione Sportiva, le Discipline associate e le Associazioni benemerite. Per le prime dispone l'art. 21, comma 3, dello Statuto del CONI che prevede la necessità di un tale provvedimento in caso di sopravvenuta mancata rispondenza dei requisiti richiesti per il riconoscimento. Tale evenienza si verifica, dunque, nel caso in cui la Federazione commetta gravi violazioni quali:

- gestisca l'attività sportiva di sua pertinenza in violazione dei principi e delle norme contenute nella Carta Olimpica o nelle norme della Federazione Internazionale di appartenenza;
- venga meno l'affiliazione alla Federazione Internazionale;
- violi i principi statutari e regolamentari fondamentali imposti dalla legge di riforma quali il principio di democrazia interna e di pari opportunità;
- assuma provvedimenti non conformi alle deliberazioni del CIO e del CONI;
- violi le procedure elettorali e la composizione degli organi diret-

²⁵ Cfr. G. MORBIDELLI, *Gli enti dell'ordinamento sportivo, cit.*, in particolare p. 321 ove definisce il CONI "una Federazione di federazioni in cui gli "interessi originari" delle Federazioni si esprimono attraverso la presenza dei Presidenti di ciascuna in seno al Consiglio Nazionale del CONI".

tivi in conformità a quanto disposto dall'art. 16, comma 2, D.lgs. 23 luglio 1999, n.242.

4. È disposizione interessante e costituisce fatto nuovo rispetto alla regolamentazione previgente, la norma per la quale le Federazioni esistenti alla data del 20 gennaio 1999, che abbiano presentato i nuovi statuti modificati così come richiesto ma che non abbiano ottenuto conferma del riconoscimento perché prive dei requisiti previsti dall'art. 21, comma 1, possono fruire di una sorta di condizione "salvagente": ottenere cioè il riconoscimento come Discipline sportive associate, Enti di promozione sportiva o Associazioni benemerite (art. 21, comma 4, Statuto del CONI).

L'intento chiaramente ha lo scopo di evitare che organismi sino ad oggi riconosciuti organi del CONI ed autorità sportive nei rispettivi ambiti sia a livello nazionale che internazionale, in quanto affiliate, magari, ad un Federazione Internazionale, debbano scomparire improvvisamente dall'ordinamento sportivo nazionale e mondiale. Ciò anche per i non pochi problemi – e non solo organizzativi –, connessi, come l'assorbimento del personale in esubero.

La figura delle Discipline sportive associate è abbastanza recente nella esperienza italiana. Si tratta di enti minori che trovano origine dalla larga partecipazione di cittadini a manifestazioni e gare a carattere ludico e ricreativo con riferimento a discipline già riconosciute come sportive da Enti internazionali o esteri ma non elevate a dignità di sport in Italia. Essi sono entrati a far parte del CONI nel 1986 con provvedimento del Consiglio Nazionale che aveva stabilito anche i requisiti per ottenere il riconoscimento come "organizzazioni sportive che avessero a svolgere una attività sportiva distinta rispetto a quelle svolte dalle Federazioni Sportive Nazionali e da altre organizzazioni riconosciute e che avessero propri statuti e regolamenti conformi alle norme dell'ordinamento sportivo in modo da possedere una specifica identità giuridica sia sotto l'aspetto sportivo che ordinamentale"²⁶.

Un ulteriore intervento normativo del CONI risale al 1995 quando si è previsto la possibilità per questi sodalizi di associarsi direttamente al CONI, sentito il parere delle Federazioni associanti.

A tutto il 2000 si contavano circa una trentina di Discipline spor-

²⁶ Delibera del Consiglio Nazionale del CONI del 18 febbraio 1986.

tive associate²⁷, che seppur riconosciute, mancavano di *status* nell'ordinamento, con conseguenze negative anche per i propri tesserati, quali gli atleti, ai quali era inapplicabile la normativa di tutela sia sanitaria che assicurativa.

Il nuovo Statuto del CONI le ha invece riconosciute formalmente, regolamentandole nel Titolo IV, artt. 24-25. Ad esse sono applicate, se compatibili, tutte le norme che lo statuto detta in riferimento alle Federazioni sportive nazionali. Quanto poi ai requisiti richiesti ai fini del riconoscimento sportivo, alle modalità della procedura prevista per questo, al tentativo di costituzione di un soggetto federativo comune su intesa del CONI, agli indirizzi ed i controlli esercitati su questi soggetti, vengono ripetute quasi in modo pedissequo le norme previste per gli enti federali. Sembrerebbe proprio un "escamotage" per far rientrare dalla finestra ciò che è stato fatto uscire dalla porta principale.

Gli Enti di promozione sportiva limitano la loro attività allo sport agonistico e sono stati riconosciuti dal Consiglio Nazionale del CONI nella seduta del 21 giugno 1976 ai sensi dell'art. 32 del DPR 530/1974, allo scopo di agevolare e potenziare l'organizzazione dello sport a carattere sociale, distinto da quello coordinato e controllato dal CONI e dalle Federazioni, in conformità alle norme dell'ordinamento sportivo internazionale. Si tratta di enti di importanza nazionale che per statuto svolgono sia attività di promozione e di diffusione del-

²⁷ Sono riconosciute dal CONI le seguenti Discipline Associate: Federazione Italiana American Football (F.I.A.F.); Federazione Arrampicata Sportiva Italiana (F.A.S.I.); Federazione Italiana Sportiva Automobilismo Patenti Speciali (F.I.S.A.P.S.); Federazione Italiana Badminton (F.I.B.); Federazione Italiana Biliardo Sportivo (F.I.Bi.S.); Federazione Italiana Bowling (F.I.S.B.); Federazione Italiana Gioco Bridge (F.I.G.B.); Federazione Italiana Canottaggio Sedile Fisso (F.I.C.S.F.); Federazione Cricket Italiana (F.Cr.I.); Federazione Italiana Dama (F.I.D.); Federazione Italiana Danza Sportiva (F.I.D.S.); Federazione Italiana Giochi e Sport Tradizionali (F.I.G.E.S.T.); Federazione Italiana Kendo (F.I.K.); Federazione Italiana Sport Orientamento (F.I.S.O.); Federazione Italiana Pallatamburello (F.I.P.T.); Federazione Italiana Pallone Elastico (F.I.P.E.); Federazione Scacchistica Italiana (F.S.I.); Federazione Italiana Sport Silenziosi (F.I.S.S.); Federazione Italiana Giuoco Squash (F.I.G.S.); Federazione Italiana Surfing (F.I.SURF.); Federazione Italiana Taekwondo (F.I.T.A.); Federazione Italiana Trampolino Elastico (F.I.T.E.); Federazione Italiana Triathlon (F.I.Tr.); Federazione Italiana Twirling (F.I.Tw.); Federazione Italiana Wushu Kung Fu (F.I.WuK) Federazione Trampolino Elastico (FITE); Federazione Scacchistica (FSI); Federazione Automobilismo Patenti Speciali; Federazione America Football (FI AF); Federazione Canottaggio Sedile Fisso.

lo sport che di formazione di operatori sportivi quali animatori dell'attività fisico-sportiva di massa e del tempo libero. Non hanno fini di lucro e sono finanziati dal CONI con parte dei proventi derivanti dal Totocalcio e Totogol.

Lo Statuto del CONI ne prevede il riconoscimento se costituiti, come impone l'art. 27, comma 1, lett. a), nella forma di "associazioni non riconosciute o riconosciute ai sensi dell'art. 12 e ss. del codice civile" ; richiede altresì uno statuto conforme ai principi di democrazia interna e di pari opportunità. Ciò comporta l'adeguamento delle strutture associative e delle norme interne al dettato riformatore per quegli enti che, già esistenti, vogliano ottenere conferma del riconoscimento. Resta escluso da questa procedura il CUSI, già riconosciuto come ente privato dotato di personalità giuridica con DPR 30 aprile 1968, n. 770.

Particolari forme di controllo sono previste sul bilancio di previsione e sul conto consuntivo che gli Enti di promozione dovranno presentare annualmente alla Giunta Nazionale assieme ad una relazione dettagliata e documentata in ordine ai contributi ricevuti dal CONI. In base all'esito del controllo verrà disposto il finanziamento dell'anno successivo ovvero, in caso di gravi irregolarità riscontrate nell'utilizzo dei finanziamenti, può essere proposta al Consiglio Nazionale la sospensione o la riduzione dello stesso e finanche la revoca del riconoscimento.

Essi assumono la veste di enti, associazioni, unioni e comitati²⁸ che si interessano dello sport non tanto con finalità agonistiche-programmatiche quanto amatoriali e di benessere psico-fisico. Finalità diverse, dunque, da quelle federali che, al contrario, come abbiamo detto, attuano da sempre agonismo programmatico sia professionistico che dilettantistico e per far ciò esercitano una vasta gamma di poteri sportivi. Un riconoscimento in tale veste sarebbe una sorta di "*diminutio*"

²⁸ Gli Enti di Promozione Sportiva riconosciuti a tutto il 2001 sono: Associazione Centri Sportivi Italiani (Acsi); Ass. It. Cultura Sport (Aics); Alleanza Sportiva It. (Asi); Centro Nazionale Sportivo Fiamma (Cns Fiamma); Centro Nazionale Sportivo Libertas (Cns Libertas); Centri Sportivi Aziendali Industriali (Csain); Centro Sportivo Educativo Nazionale (Csen); Centro Sportivo Italiano (Csi); Centro Universitario Sportivo Italiano (Cusi); Ente Nazionale Democratico di Azione Sociale (Endas); Movimento Sportivo Promozionale Italia (Msp); Polisportive Giovanili Salesiane (Pgs); Unione Italiana Sport per tutti (Uisp); Unione Sportiva Acli (Us Acli).

in specie se sfociante nella figura delle Associazioni benemerite, enti di sostegno del fenomeno sportivo ma privi di ogni potere.

Riconosciute dal CONI da più di un ventennio ai sensi della Legge 426/1942 e degli artt. 31 e 32 del DPR 530/1974 le “Associazioni benemerite di interesse sportivo” sono enti che perseguono interessi sportivi di varia natura, con i quali il CONI intrattiene rapporti per il conseguimento dei suoi scopi. Tra le altre, si può ricordare l’Associazione Medaglie d’Oro al Valore Atletico (AMOVA), l’Associazione Nazionale Atleti Azzurri d’Italia (ANAAL) o l’Accademia Olimpica Nazionale Italiana (AONI), il Comitato Nazionale Italiano per il Fair Play (CNIFP).²⁹

5. La nuova regolamentazione delle Federazioni costituisce dunque un aspetto del decreto di riforma che reca con sé conseguenze rilevanti.

Un primo indizio di ciò ci è fornito dall’art. 15, comma 1, in forza del quale le Federazioni sportive nazionali svolgono l’attività in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del CIO e del CONI, “anche in considerazione della valenza pubblicistica di specifici aspetti di tale attività”. Il riferimento non sembra riguardare soltanto l’attività delle federazioni con personalità di diritto pubblico (Aero Club – Automobil Club – Unione tiro a segno) che sin dal loro costituirsi svolgono compiti anche d’interesse generale, o i poteri assegnati alle federazioni dagli artt. 10, 12 e 13 della legge 23 marzo 1981, n.91 in materia di affiliazione delle società sportive, di revoca della stessa, di controllo sulla gestione societaria, poteri che possono ricondursi tutti all’esercizio di potestà pubbliche. Il termine “valenza” sembra implicare anche

²⁹ Risultano riconosciute dal CONI nel 2001 le seguenti Associazioni benemerite: Associazione Medaglie d’Oro al Valore Atletico (Amova); Associazione Nazionale Atleti Azzurri d’Italia (Anai); Assoc. Nazionale Coordinatori Educazione Fisica e Sportiva (Ancefs); Anspi Sport; Accademia Olimpica Nazionale Italiana (Aomi); Assoc. Pensionati CONI (Apec); Assoc. Nazionale di Promozione Sportiva nelle Comunità; Comitato Nazionale Italiano per il Fair Play (Cnifp); Collegio Nazionale Professori Educazione Fisica Sportiva (Conapefs); Ekoclub International; Federazione Italiana Educatori Fisici e Sportivi (Fiefs); Fed. It. Sportiva di Attività Educative (Fisae); Unione Italiana Filatelisti Olimpici e Sportivi (Uifos); Unione Nazionale Associazioni Sportive Popolari (Unasp); Unione Nazionale Associazioni Venatorie Italiane (Unavi); Unione Nazionale Insegnanti di educazione Fisica (Unief); Unione delle Associazioni Sportive Slovene in Italia; Unione Nazionale Veterani Sportivi (Unvs).

il richiamo agli effetti sociali prodotti dalle finalità attribuite ora allo sport. La validità di siffatta interpretazione sembra confermata dall'art. 10 del D.lgs. 242/1999 che istituisce *ex novo* il "Comitato nazionale sport per tutti", costituito, tra gli altri, dai rappresentanti del CONI e delle Federazioni, il quale persegue il fine della "massima diffusione della pratica sportiva", partecipando ad iniziative di promozione e di propaganda a livello nazionale in cooperazione con i "soggetti competenti, con particolare riguardo alle istituzioni scolastiche e universitarie"³⁰.

La ricorrente locuzione, "sport per tutti", di chiara matrice comunitaria, è contenuta sia nella Carta europea dello sport per tutti allegata alla Risoluzione 76/41 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 24 settembre 1976, sia nel più recente documento di consultazione elaborato dalla Direzione Generale X della Comunità Europea, intitolato "Il modello europeo dello sport". Alla luce di queste fonti comunitarie, il riferimento normativo alla "valenza pubblicitica" dell'attività sportiva mostra che il legislatore della riforma intende tutelare lo sport forse anche in ragione dei valori sociali, della democrazia, dell'eguaglianza e della solidarietà ad esso sottesi e protetti dall'Unione Europea.

Le direttrici lungo le quali si indirizza la riforma sembrano, in definitiva, riguardare le funzioni dello sport nella società postmoderna, la sua organizzazione e la "privatizzazione" delle Federazioni.

È anche vero che da una analisi globale della normativa di riforma si può osservare che molti articoli del decreto sono in una certa misura il risultato dell'accorpamento e della sintesi di alcune disposizioni già contenute nella legge n. 426/1942 relativa al CONI e nel correlato DPR 157/1986. D'altra parte, dal punto di vista della organizzazione della struttura sportiva sia a livello nazionale che internazionale costi-

³⁰ Nell'istituzione di questo organo si è vista una delle modifiche più rilevanti dell'organizzazione interna del CONI con il quale "si anticipa un elemento importante della riforma delle società e delle associazioni sportive dilettantistiche e degli enti di promozione sportiva attualmente in discussione al Parlamento" (cfr. G. NAPOLITANO, *Le riforme del CONI...*, cit., 116). L'attribuzione ad esso della qualifica di organo del CONI, contrariamente a quanto sembrava indicare il progetto di riforma del settore presentato dal Governo nel 1996, impedisce di configurarlo come soggetto distinto dall'ente. Esso si pone, grazie soprattutto alla sua particolare composizione, come organo di raccordo tra l'organizzazione istituzionale dello sport, l'associazionismo ed il sistema delle autonomie locali.

tuita dal sistema piramidale gerarchicamente ordinato, facente capo il primo al CONI ed il secondo al CIO, non è stata apportata alcuna modifica di rilievo.

Per ciò che concerne il rapporto tra ordinamento sportivo nazionale ed internazionale, l'art. 2, comma 1, D.lgs. 242/1999 impone al CONI di "conformarsi ai principi dell'ordinamento sportivo internazionale, in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi emanati dal Comitato olimpico internazionale". In tal modo la normativa favorisce la conservazione del preesistente sistema sportivo ma garantisce, statuendola, la continuità tra il livello internazionale e quello nazionale della struttura piramidale.

Quanto al sistema interno, in una serie di articoli viene confermata la posizione di vertice ricoperta dal CONI, anche se è in una certa misura ridimensionata, e questo favorisce il mantenimento, nelle sue linee essenziali, del preesistente modello di organizzazione sportiva.

Anche le Federazioni, in questa ottica, mantengono la loro posizione di associazioni di secondo grado³¹ che riuniscono le società e le associazioni sportive ad esse associate; esse conservano altresì il ruolo di "autorità sportive" nei loro rispettivi settori con esclusività di poteri di governo e di disciplina. A questa posizione di vertice sottende uno dei principi generali che informa il sistema normativo dell'ordinamento sportivo, a cui già si è fatto riferimento, denominato "principio di unitarietà di governo" di ogni sport. Tale principio trova applicazione nel sistema che consente il mutuo riconoscimento di autorità ed esclusività tra le federazioni nazionali e le internazionali. Come negli altri paesi, anche nel nostro, infatti, le Federazioni nazionali sono articolazioni delle corrispondenti federazioni internazionali benché, talvolta, queste ultime non usino una identica denominazione e non abbiano la stessa composizione.

In tale linea, particolare rilievo viene dato alla Federazione nazionale, a cui è affidato il compito di perseguire l'agonismo programmatico per il continuo miglioramento dei risultati sportivi. Essa pertanto come ente esponenziale nel rispettivo ordinamento è titolare di poteri di governo ed ha "autonomia tecnica, organizzativa e di gestione"; ha il potere di disciplina e regolamentazione dello sport praticato, di controllare che tali norme siano applicate, di stabilire i programmi e le

³¹ Per le suddivisioni degli enti nell'ordinamento sportivo cfr. MARANI-TORO, *Gli ordinamenti sportivi*, cit., 167-169.

formule delle gare, di organizzare e di farne organizzare lo svolgimento, di omologare i risultati, di compilare e pubblicare le classifiche, di dirimere le controversie nell'ambito federale e di esercitare i poteri disciplinari sui soggetti; di apprestare i mezzi e le strutture per la pratica sportiva e di amministrare i fondi federali.

Accanto a questa posizione per così dire conservativa della riforma, si affianca quella innovativa fondata sulla "valenza pubblicistica" di specifici aspetti dell'attività federale, contenuta nell'art. 15 del decreto e che pone l'obbligo, derivante anche dall'art. 16 dello stesso, di ispirare le norme statutarie e regolamentari al "principio di partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità e in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed internazionale". Tutto ciò rivela in maniera inequivocabile l'attribuzione formale allo sport federale delle funzioni sociali prima evidenziate, le quali devono ora essere perseguite da parte delle federazioni non più in modo riflesso ed occasionale, bensì istituzionalmente ed ufficialmente.

Per le federazioni questo comporta un nuovo modo di concepire il proprio ruolo e di congegnare l'organizzazione delle rispettive attività sportive. In concreto, significa realizzare i propri compiti istituzionali in maniera tale da diffondere una rinnovata cultura sportiva rispettosa della persona, favorire l'integrazione sociale degli emarginati, rimuovere ogni forma di discriminazione, rendere lo sport parte integrante dei processi formativi dei giovani nelle scuole e nelle università, promuovere la salute pubblica combattendo il fenomeno del doping, offrire ad ampie categorie di soggetti la possibilità di praticare lo sport alle condizioni ad esse più confacenti.

Se si analizza l'art. 23 dello Statuto del CONI ci si rende conto che siffatte finalità trovano riscontro in specifiche attività quali: l'affiliazione, il riconoscimento degli enti sportivi (società ed associazioni), il controllo sugli stessi, il tesseramento, la tutela sanitaria, assicurativa e previdenziale degli atleti, la prevenzione e la repressione del doping nonché la formazione di quadri e di tecnici. Tale "profilo pubblicistico" riconosciuto ad enti dotati di personalità giuridica di diritto privato ha come conseguenza l'emanazione di norme regolamentari ad alto contenuto organizzativo, tendenti a fini coincidenti con quelli istituzionali del CONI.

Si tratta, in definitiva, di atti che in alcuni casi attribuiscono "status" quali l'affiliazione e il tesseramento, in altri corrispondono ad esercizio di poteri pubblici (statali) quali il riconoscimento di enti sportivi o il controllo sugli stessi ed in altri ancora hanno, come sco-

po, il conseguimento di fini comuni a quelli statali come la tutela sanitaria, assicurativa e previdenziale nonché la repressione del doping.

L'intervento riformatore costituisce una soluzione alla controversa questione della natura giuridica delle Federazioni?

Come sopra detto, il D.lgs. 242/1999 per quanto concerne le Federazioni nazionali, non ha attuato la loro privatizzazione. Anche prima esse erano configurabili, nella maggior parte, come associazioni private non riconosciute³². Il decreto ha operato semmai una sorta di cambiamento del tipo assumibile all'interno della medesima categoria. La sostanza privatistica non cambia. La stessa norma ha fatto scomparire, nel contempo, la definizione delle federazioni come "organi del CONI" stabilita dall'art. 5 della Legge n. 426/1942 erodendo il rilievo pubblicistico che esse assumevano in passato proprio sulla base di quel rapporto di immedesimazione organica. Come si sa un costante punto di partenza del dibattito sviluppatosi sul tema della configurazione pubblicistica delle federazioni è stato proprio il disposto dell'art. 5, comma 1, della legge sopra citata. Con riferimento a tale definizione un primo indirizzo giurisprudenziale ha, a più riprese, riconosciuto alle federazioni la qualifica di enti pubblici sostenendo che il termine "organi" dovesse essere inteso in senso tecnico per designare un vero e proprio rapporto di collaborazione strutturata, di compenetrazione tra federazione e CONI, essendo esse preposte all'espletamento di una medesima attività di interesse pubblico³³. Si è infatti osservato³⁴ che le attività svolte da ogni federazione sono sempre dirette ad attuare gli scopi (anche di tipo internazionale) propri del CONI e che i poteri di controllo da quest'ultimo esercitati sulle federazioni (approvazione statuti, bilanci, ecc.) non sarebbero esperibili se le federazioni stesse non

³² Per le tesi della natura privatistica delle federazioni v. S. CASSESE, *Sulla natura giuridica delle Federazioni sportive e sull'applicazione ad esse delle discipline del "parastato"*, in Riv. dir. sport., 1979, 117 ss.; F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, 197 ss.; A. QUARANTA, *Sulla natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali*, in "Riv. dir. sport.", 1986; R. CAPRIOLI, *L'autonomia normativa delle Federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Napoli, 1997.

³³ Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 1955, n. 607, in Riv. dir. sport., 1955, 310 ss. Tale posizione è stata poi successivamente ripresa dalla Corte di Cassazione nelle decisioni seguenti: 3 aprile 1963, n. 811, in Foro it., I, 894; 29 luglio 1963, n. 2118, in Foro it., I, 1631; 25 maggio 1965, n. 1027, in Foro it., I, 1430; 14 marzo 1968, n. 2028, in Riv. dir. sport., 1968, 290.

³⁴ E. PICCARDO, Commento all'art.14 della legge 23 marzo 1981, n. 91, in *Nuove Leggi civili*, 1982, 647 ss.

fossero altrettante filiazioni del CONI. Alcune disposizioni della legge 23 marzo 1981, n. 91 avallerebbero poi la validità di questa tesi: in particolare, l'art. 10 che attribuisce alla Federazione il potere, prima spettante al CONI (ex art. 10 L. 426/1942), di affiliare le società con la conseguente immissione nell'ordinamento sportivo; l'art. 13, che legittima le stesse a richiedere al tribunale, in caso di gravi irregolarità di gestione, la messa in liquidazione della società sportiva; ma anche l'art. 14 (oggi abrogato), comma 1, che riconosceva alle federazioni oltreché la potestà statutaria anche quella regolamentare, con conseguente capacità di emanare norme valide per l'ordinamento statale³⁵.

Come è noto, le argomentazioni in virtù delle quali la giurisprudenza ha imboccato la via dell'interpretazione in senso tecnico del termine "organo" di cui alla L. 426/1942 sono state considerate da buona parte della dottrina, da un lato, come ininfluenti per l'attribuzione alle federazioni della qualifica di enti pubblici e, dall'altro, come giustificazioni che potevano parzialmente avvalorare anche la tesi privatistica³⁶. È opinione comune che la legge 91/1981 abbia avuto, nel dibattito, una portata innovativa. Si è detto che con tale legge l'ordinamento sportivo ha subito una spinta verso l'alto, consentendo la "emersione" a livello di diritto statale della sua struttura organizzativa, la quale non può più considerarsi relegata al diritto interno, ma appare oramai operante "ex autoritate legis" nei confronti dell'ordinamento statale³⁷.

A ben vedere uno dei punti maggiormente qualificati della legge 91/1981 è costituito da un insieme di norme volto a tracciare una linea di demarcazione tra atti delle federazioni sottoposti alla disciplina privatistica ed atti che sottostanno, al contrario, alle regole del diritto pubblico. Si sottolinea al riguardo come gli interventi delle federazioni nei rapporti negoziali tra società ed atleti, aventi ad oggetto l'attività

³⁵ L. TRIVELLATO, *Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Dir. e società*, 1991, 141 ss.

³⁶ A. DE SILVESTRI, *Le qualificazioni giuridiche dello sport*, in *Riv. dir. sport.*, 1992, 283 ss.; A. CLARIZIA, *La natura giuridica delle Federazioni sportive anche alla luce della L. n. 91 del 1981*, *Id.*, numero speciale, 211.

³⁷ A. DE SILVESTRI, *Il diritto sportivo oggi*, in *Dir. lav.*, 1988, I, 256; R. FRASCAROLI, *SPORT (Diritto pubbl. e priv.)*, voce dell'Enciclopedia del Diritto, Milano, 1990, XLIII, 523; S. LANDOLFI, *La legge n. 91 del 1981 e la "emersione" dell'ordinamento sportivo*, in "Riv. dir. sport.", 1982, 40.

sportiva di tipo professionistico, trovino la loro disciplina nell'ambito del Capo I della legge n. 81 attraverso disposizioni modellate su principi meramente privatistici che diventano vincolanti in forza dell'affiliazione e del tesseramento, in quanto espressione di libera ed autonoma accettazione della normativa federale³⁸.

Per contro, si colloca nel Capo II della legge n. 91 l'attribuzione alle federazioni di specifici poteri di natura pubblica. Tra essi, per primo, come già menzionato, il potere di affiliazione ex art. 10 che essendo presupposto della qualifica della società come "sportiva" e dell'acquisto della capacità a stipulare contratti di lavoro con atleti professionisti, comprova l'efficacia "esterna" dell'assetto organizzativo della federazione basato sull'affiliazione. Questa costituirebbe un atto di "ammissione" che consente alla società di acquisire soggettività nell'ordinamento sportivo. Egualmente si configura come pubblico il potere di controllo ex art. 12 sui sodalizi sportivi e sulla loro intera attività gestionale.

Alla luce della normativa di riforma e della parte ancora vigente della legge n. 91, si ricava che le federazioni spiegano i loro compiti istituzionali prevalentemente con strumenti di tipo privatistico e, in alcuni casi rientranti nel regime della legge n. 91 o nella previsione statutaria del CONI, con atti di derivazione pubblica, avvalorandosi così la tesi della doppia natura di questi enti. Questo per una "opzione" attenta ad adattare gli schemi normativi più idonei alla specifica natura degli interessi in gioco e delle finalità da perseguire³⁹.

Può dunque affermarsi, pur con le debite cautele, che il legislatore

³⁸ A. DE SILVESTRI, *Le qualificazioni giuridiche dello sport e nello sport*, cit., 283-284.

³⁹ Tale indirizzo è stato autorevolmente inaugurato in giurisprudenza da Cass. 9 maggio 1986, n. 3092, in Nuova giur. civ. comm., 1987, I, 202, con note del CAPRIOLI e in Foro it., 1986, I, 1254. La Suprema Corte affermava: "Dopo l'emanazione della legge del 1981, però, la realtà giuridica è sicuramente mutata avendo avuto cura il legislatore di attribuire alle singole Federazioni anche "l'autonomia organizzativa" e ciò ovviamente significa che il "pubblico" non deve necessariamente prevaricare il "privato". Più recentemente Consiglio di Stato sez. VI, 3 dicembre 1998, n. 1662, in Giur. it., 1999, 1317 ove si afferma: "Se da un lato le federazioni sportive sono organi di diritto privato d'altra parte l'attività delle stesse coincidenti con quelle istituzionali di diffusione dello sport proprie del CONI mutuano da questo la relativa disciplina, con la conseguenza che le controversie inerenti a tali attività rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo".

re, in una materia in bilico tra il pubblico e il privato⁴⁰, ha riconosciuto natura privata alle disposizioni federali riguardanti l'attività negoziale tra società e sportivi professionisti, mentre ha attratto nella sfera del diritto pubblico quanto attiene agli specifici compiti alle stesse devoluti per la realizzazione di finalità di particolare rilevanza in ordine alle quali i loro scopi coincidono con gli interessi primari e fondamentali dell'ente pubblico CONI⁴¹.

Dalla "privatizzazione" prevista dall'art. 15, comma 2, delle federazioni discende che a tali enti vanno ora direttamente imputati i risultati delle attività dagli stessi poste in essere. Si è quindi di fronte a soggetti dotati certamente di autonomia, ma anche sottoposti ad un potere amministrativo di conformazione, di indirizzo e di controllo in ragione della natura particolare dell'attività svolta. La *ratio* che presiede all'attribuzione di questi poteri al CONI e che ne segna nel contempo anche i limiti, è quella di verificare che le federazioni perseguano effettivamente gli scopi assegnati e che quindi siano attuate le funzioni sociali dello sport.

Dall'acquisita posizione delle Federazioni a seguito della riforma come soggetti privati riconosciuti discendono due conseguenze principali: l'innegabile rafforzamento delle posizioni giuridiche di cui sono titolari, nella loro qualità di membri delle federazioni, le società, le associazioni sportive e, nei casi previsti dagli statuti, i singoli tesserati; l'ambito normativo di riferimento ai fini della valutazione delle attività federali.

La prima conseguenza comporta il passaggio da una visione burocratizzata ed autoritaria dell'attività sportiva, le cui ragioni venivano a priori privilegiate rispetto a quelle affievolite dei sottoposti soggetti sportivi, ad una impostazione paritaria e dinamica dei rapporti giuridici intercorrenti tra la federazione e i suoi membri. Da questo punto di vista, la riforma ha reso coerente la finalizzazione agonistica propria di

⁴⁰ R. CAPRIOLI, *Le federazioni sportive nazionali tra diritto pubblico e privato*, in *Dir. giur.*, 1989, 1ss.

⁴¹ Per un'ampia rassegna sull'evoluzione delle tesi "privatistiche", "pubblicistiche" o "miste" delle federazioni sportive si veda M. TORTORA e Altri, *Diritto sportivo, Giurisprudenza Sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1998. In dottrina propendono per la natura mista delle F.S.N.: G. MOREIDELLI, *Gli enti nell'ordinamento sportivo*, cit.; S. CASSESE, *Sulla natura giuridica delle Federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del "parastato"*, cit.; S. LANDOLFI, *La legge n. 91 del 1981 e la "emersione" dell'ordinamento sportivo*, cit.

atleti ed enti con la funzione generale di promozione del valore della persona umana svolta dallo sport.

Quanto alla seconda conseguenza, va principalmente fatta una distinzione in ordine alla natura degli atti posti in essere dalle federazioni. Al riguardo dovrebbero ricomprendersi fra i poteri pubblici delle federazioni oltre a quelli previsti in materia di disciplina e di controllo sanitario sugli sportivi professionisti, nonché di affiliazione, di revoca e di controllo gestionale sulle società professionistiche, gli speculari poteri di affiliazione, riconoscimento e controllo sulle associazioni sportive (artt. 6, lett. h e 7, lett. m, nuovo Statuto CONI) nonché quelli relativi ai tesseramenti, alla tutela assicurativa e previdenziale degli sportivi, alla prevenzione e repressione del doping. In quanto atti, espressione di funzioni amministrative delegate dall'ordinamento statale, incidenti su meri interessi legittimi, su di essi è ammesso il sindacato giurisdizionale dei giudici amministrativi⁴².

Vanno iscritti all'area del diritto privato e delle diverse forme di giurisdizione qui ammissibili tutte le restanti attività federali, sia quelle di organizzazione ed amministrazione della vita associativa che quelle di regolamentazione economica e disciplinare.

Si pone allora inevitabilmente la questione dei limiti della autonomia federale.

In primo luogo rilevano quelli generali posti all'autonomia negoziale (liceità, meritevolezza, non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume), i quali ricorrono anche per la valutazione delle clausole contenute negli atti federali. In particolare, in merito al

⁴² Di diverso avviso è G. VIDIRI (note e sent. Cass., Sez. III, 5 aprile 1993 n. 4063 Soc. sport. Lazio c/ Soc. Fin Part), *Le Federazioni sportive nazionali tra vecchia e nuova disciplina*, cit., 1482, che al contrario sottolinea come le modifiche introdotte dalla legge di riforma ed in particolare la natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato attribuita alle federazioni "portano ad individuare nei regolamenti federali meri atti interni, privi quindi di efficacia per l'ordinamento statale in quanto mera espressione dell'autonomia negoziale riconosciuta ai privati nei rapporti associativi in attuazione dell'art. 16 c.c. e, sotto un distinto versante, spingono a ritenere l'ingresso nella comunità sportiva e la loro fuoriuscita da detta comunità non più materia di provvedimenti amministrativi ma oggetto di atti meramente privatistici con la conseguenza di ravvisare nel tesseramento un atto di natura negoziale tra atleta da un lato e federazione dall'altro, e la revoca dell'affiliazione (e la radiazione dal ruolo federale) una vera e propria esclusione da detta federazione, assoggettabile come tale alla disciplina di cui all'art. 24 c.c. con conseguente ridefinizione in tutta la materia in oggetto delle competenze del giudice ordinario".

problema della giustizia sportiva la giurisprudenza, come si sa, è unanime nel ritenere inidoneo il così detto "vincolo di giustizia" ad inibire l'accesso alla giustizia statale.

Oltre ai limiti generali si possono individuare altri limiti specifici previsti dallo stesso decreto 242 o da esso desumibili in via interpretativa. Innanzitutto l'autonomia statutaria delle federazioni è limitata dall'interno in modo conformativo dall'art. 16 del decreto, secondo il quale statuti e regolamenti federali devono essere fondati sul principio di democrazia interna e sul principio di partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità e in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed internazionale.

Va inoltre sottolineato il valore della formula "valenza pubblicistica" della attività sportiva di cui all'art. 15 del decreto, la quale è una vera e propria clausola generale in materia sportiva. Essa consente di ritenere meritevoli di tutela le normative federali e a di mantenere la "specificità" della organizzazione sportiva basata sull'agonismo in ragione dei benefici effetti sociali prodotti dalla stessa. Ciò permette anche l'incidenza sui diritti soggettivi degli sportivi come accade col così detto vincolo sportivo, a patto che le limitazioni imposte siano funzionali ai suddetti effetti benefici e siano espresse in disposizioni caratterizzate dalla proporzionalità e dall'idoneità degli scopi prefissati.

Ogni federazione sportiva avrà quindi due "facies": quella pubblica, che continuerà ad essere coordinata ma anche finanziata dal CONI attraverso contributi ordinari e straordinari, e quella privata che dipenderà economicamente dalla stessa federazione, con tutti i problemi che una situazione di questo tipo potrà creare per le difficoltà obiettive di reperire finanziamenti in un settore poco abituato a gestirsi autonomamente.

Si possono ipotizzare possibili strade che le varie federazioni si troveranno ad intraprendere nel tentativo di far fronte alla mutata situazione economica: ottimizzare i propri bilanci attraverso una razionalizzazione delle spese, la vendita dei diritti televisivi ed un maggior ricorso al reperimento di sponsor per le varie manifestazioni. Questo perché il processo di privatizzazione obbliga le federazioni ad acquisire la capacità di autogestirsi, di cercare cioè all'interno del libero mercato i mezzi di sostentamento in uno scenario che fa prevedere probabili futuri problemi economici delle Federazioni anche per il possibile prossimo disimpegno del CONI per quanto riguarda il finanziamento degli enti federali; in tale quadro è evidente che le prime a farne le spese saranno le federazioni cosiddette "deboli" cioè quelle che non

vantano un elevato numero di tesserati e che ovviamente non hanno la possibilità di trovare sponsor.

Non si deve dimenticare inoltre che il CONI, finanziato interamente dagli introiti del Totocalcio, rappresenta un fenomeno tutto italiano nel quale una diminuzione di quei proventi si ripercuote, di conseguenza, anche su quelli delle Federazioni. Molto fa prevedere che ci si muova nella direzione dell'autogestione e dell'autofinanziamento anche a livello federale.

Se lo scenario che si sta prefigurando dovesse verificarsi quali ne sarebbero le conseguenze? In un rapporto così strutturato e soprattutto così ridefinito a livello giuridico le Federazioni, in particolare, potrebbero finire col contestare la posizione sovraordinata del CONI rinnegando le funzioni che quest'ultimo deve svolgere nei loro confronti, con particolare riferimento a quelle di indirizzo e coordinamento. È probabile quindi che con il passare del tempo ci avvicineremo sempre di più al tipo di modello che esiste in tutto il mondo occidentale nel quale, in pratica, il CONI, come istituto, opererà principalmente solo in funzione delle grandissime manifestazioni e soprattutto delle Olimpiadi.

MASSIMILIANO CRICCO

L'ora dei giovani ufficiali. La crisi del regime monarchico in Libia e il colpo di Stato del colonnello Gheddafi nelle interpretazioni britanniche

ABSTRACT

Dopo la guerra dei Sei Giorni e le violente reazioni dell'intero mondo arabo, compresa la Libia, gli osservatori britannici si resero conto che i tempi erano maturi per un mutamento sostanziale nella compagine politica e sociale dello Stato libico. A nulla valsero i tentativi riformisti del nuovo Primo ministro libico, il moderato Abdullahmid Bakkush, desideroso di contemperare le esigenze di cambiamento della popolazione e dei giovani nazionalisti libici con il mantenimento di stretti legami con Stati Uniti e Gran Bretagna; le sue idee furono considerate da re Idris troppo progressiste e il giovane *premier* fu costretto alle dimissioni nel settembre del 1968.

Il 1969 fu segnato da cospirazioni e complotti orditi dalla stessa Corte, che aveva deciso di abbandonare al suo destino il principe ereditario Hasan al-Rida, giudicato, in seguito al mutato ordine degli eventi, non più all'altezza di governare il Paese dopo re Idris, e dagli ufficiali superiori dell'esercito, il cui leader Abdul Aziz Shelhi godeva sempre più, insieme al fratello Omar, del favore del sovrano. I Britannici erano abbastanza sicuri che il nuovo leader libico sarebbe stato uno Shelhi, conformemente alle loro aspettative e alla non troppo segreta volontà del re in proposito.

La rivoluzione degli "ufficiali liberi" del 1° settembre 1969, che portò al potere Muammar Gheddafi, colse apparentemente tutti di sorpresa; in primo luogo gli ufficiali superiori e lo stesso Abdul Aziz Shelhi, che aveva deciso, come si può leggere nei documenti britannici, di effettuare un colpo di Stato il 5 settembre. In seguito si apprese, dalle parole dello stesso Gheddafi, che anche il giovane colonnello stava progettando da qualche anno una rivoluzione, che riuscì perfettamente, consentendo agli "ufficiali liberi" di ottenere il completo controllo del Paese in pochi giorni.

MASSIMILIANO CRICCO

L'ORA DEI GIOVANI UFFICIALI.
LA CRISI DEL REGIME MONARCHICO IN LIBIA E IL COLPO
DI STATO DEL COLONNELLO GHEDDAFI
NELLE INTERPRETAZIONI BRITANNICHE

SOMMARIO

1) *Premessa*; 2) *Il timido tentativo riformista-moderato e il "balzo all'indietro" della politica libica*; 3) *Le valutazioni britanniche sul problema della successione*; 4) *Il ruolo crescente dell'esercito nello scenario politico libico*; 5) *Il complotto di Abdul Aziz Shelbi e il colpo di Stato "preventivo" di Gheddafi*; 6) *Le ipotesi del Governo britannico sui nuovi interlocutori libici*.

1. Premessa

Dopo la guerra dei Sei Giorni, gli osservatori britannici si resero conto che i tempi erano maturi per un mutamento sostanziale ai vertici dello Stato libico. Dopo aver constatato l'inefficacia della soluzione riformista-moderata, proposta senza successo dal nuovo Primo ministro Bakkush, e dopo aver scartato l'ipotesi della successione al trono dell'inetto principe Hasan al-Rida, il Governo britannico, che esercitava una speciale influenza in Libia sin dalla Seconda Guerra Mondiale¹, iniziò a cercare un possibile interlocutore nelle forze nuove del Paese, come l'esercito, ai vertici del quale si andava affermando la figura di Abdul Aziz Shelhi, visto con favore anche dall'ottuagenario sovrano, re Idris.

Dai documenti recentemente declassificati dal *Public Record Office*

¹ Sul ruolo britannico in Medio Oriente e in Libia dalla Seconda Guerra Mondiale in poi, si vedano: J. ABADI, *Britain's Withdrawal from the Middle East, 1947-1971. The Economic and Strategic Imperatives*, Princeton, 1982; P. DARBY, *British Defence Policy East of Suez, 1947-1968*, London, Oxford U.P. for the Royal Institute of International Affairs, 1973; D. R. DEVEREUX, *The formulation of British Defence Policy Toward the Middle East, 1948-56*, London, Macmillan, 1990; R. W. M. LOUIS, *The British Empire in the Middle East 1945-1951. Arab Nationalism, the United States and Postwar Imperialism*, Oxford, Clarendon, 1984. Sulla strategia militare britannica in Medio Oriente e Nord Africa, si vedano inoltre P. DARBY, *Beyond East of Suez*, "International Affairs" 46, 4 (October 1970), pp. 655-669; J. PICKERING, *Britain's Withdrawal from East of Suez: the Politics of Retrenchment*, New York, St. Martin's Press, 1998.

di Londra si apprende come, nelle valutazioni britanniche, il destino della monarchia fosse segnato già dai primi mesi del 1969 e ci s'interrogasse sul futuro della Libia, prevedendo che il nuovo *leader* libico sarebbe stato un membro della potente famiglia Shelhi: o il colonnello Abdul Aziz, o suo fratello Omar, consigliere speciale del sovrano. La Gran Bretagna desiderava infatti mantenere la propria influenza in Libia, soprattutto per via dei forti interessi nel mercato petrolifero del Paese arabo, ma l'inatteso avvento del regime di Gheddafi provocò una brusca interruzione nei rapporti speciali tra i due Stati, segnando la fine definitiva del ruolo britannico in Libia e il contemporaneo declino anche dell'influenza statunitense, che si era affermata nel corso degli anni Cinquanta e Sessanta.

2. *Il timido tentativo riformista-moderato e il "balzo all'indietro" della politica libica*

L'ultimo capo di Governo libico che tentò una mediazione tra le esigenze di effettiva indipendenza della popolazione del suo Paese dal giogo anglo-americano e il mantenimento dei buoni rapporti con Stati Uniti e Gran Bretagna fu Abdullahmid Bakkush, in carica dall'agosto 1967 al settembre 1968, che riprese, sia pure in altri termini, l'antico progetto del suo predecessore Ben Halim di appoggiarsi agli Occidentali in attesa che la Libia raggiungesse la "maggiore età" e "riuscisse a camminare con le sue gambe"². Nel 1968, questa maturità sembrava molto più vicina che negli anni Cinquanta: le scadenze dei trattati con la Gran Bretagna e con gli Stati Uniti, stipulati rispettivamente nel 1953 e nel 1954, erano prossime e anche il ruolo della Libia, divenuta il sesto produttore petrolifero mondiale e il quarto Paese esportatore di petrolio del mondo³, aveva bisogno di emergere nello scacchiere internazionale. Ecco perché Bakkush, almeno agli occhi degli Inglesi, sa-

² M. A. BEN HALIM, *Libya. The Years of Hope. The Memoirs of Mustafa Ahmed Ben Halim, Former Prime Minister of Libya*, London, AAS Media Publishers, 1998, p. 111. Sulla politica di Ben Halim, Primo ministro libico dal 1954 al 1957, si vedano anche: M. KHADDURI, *Modern Libya: A Study in Political Development*, Baltimore, Johns Hopkins U. P., 1963 e J. WRIGHT, *Libya: A Modern History*, Baltimore, Johns Hopkins U.P., 1982.

³ G. SIMONS, *Libya: The Struggle for Survival*, Basingstoke-London, Macmillan, 1996, p. 197.

rebbe stato l'uomo giusto per dare alla Libia una sua dignità internazionale, facendo rimanere però il Paese arabo nel quadro delle ormai consolidate alleanze con le potenze occidentali. Sembrava dunque che vi fossero tutte le premesse per una lunga durata del governo Bakkush, che vedeva convergere verso di sé il favore popolare, l'appoggio della monarchia e le simpatie delle potenze occidentali, ma la situazione cambiò radicalmente nel giro di pochi mesi e il Primo ministro fu costretto a dimettersi il 4 settembre 1968.

Secondo un documento britannico, "le dimissioni furono probabilmente il risultato del rifiuto da parte del re di accettare dei cambiamenti nella compagine governativa proposti dal Primo ministro. Era già chiaro, però, da diverse settimane che i metodi di governo di Bakkush, basati sul dinamismo e sulla volontà di riforma, non piacevano a re Idris, che non aveva esitato a criticarli apertamente"⁴.

Il fallimento del tentativo riformista moderato di Bakkush, che tanto era piaciuto, almeno nelle intenzioni, alle Potenze occidentali e soprattutto agli Inglesi, che avevano avuto anche se solo per un momento l'illusione di trovare nel Governo del giovane esponente nazionalista un interlocutore disponibile e affidabile, sollevò nuovi interrogativi britannici sulla situazione in Libia. Tanto più che il ritorno a un Governo di stretta nomina regia, come quello di Wanis al-Gheddafi, era stato accolto dall'opinione pubblica libica, più consapevole rispetto al passato, come un balzo indietro di un ventennio.

Privo del carisma del suo predecessore e dell'appoggio popolare di cui godeva invece Bakkush, in un momento in cui queste due caratteristiche erano indispensabili per gestire una situazione difficile come quella libica, Wanis al-Gheddafi fu costretto a seguire una politica oscillante tra la necessità di mantenere un orientamento filo-occidentale, nel rispetto delle direttive di re Idris, e l'esigenza di dare una risposta all'opinione pubblica, che esercitava pressioni sempre più forti per un affrancamento dall'influenza anglo-americana. Il duplice orientamento della Libia, però, era solo apparente, visto che il Governo al-Gheddafi rimaneva, in ultima istanza, filo-occidentale come quello del suo predecessore, da cui il Primo ministro aveva ereditato tra l'altro un accordo con gli Inglesi per la fornitura dell'equipaggiamento al-

⁴ Public Record Office (d'ora in poi, PRO), FCO 39/86, *Wakefield to Speares, Brief No. 12: "Anglo-Libyan Relations"*, Tripoli, 17 September 1968, conf.

l'Aeronautica militare libica che legava ancora di più il Paese arabo al Governo di Sua Maestà britannica⁵.

Il perdurare della linea filo-occidentale e soprattutto gli accordi per le forniture militari con Stati Uniti e Gran Bretagna, che davano ai Libici l'impressione di un perpetuarsi della presenza straniera in Libia, allontanarono ancora di più l'opinione pubblica dal re e dal nuovo governo, che, come portavoce esclusivo degli interessi della corte, partiva svantaggiato sul piano del favore popolare, in un Paese dove la propaganda nasseriana aveva attecchito notevolmente.

A ciò si aggiungeva il problema della successione a re Idris, che rischiava di minare alle radici la stabilità della Libia e che, a causa dell'età e dello stato di salute del sovrano, incombeva ormai sull'incerto futuro del Paese arabo.

3. Le valutazioni britanniche sul problema della successione

Via via che si avvicinava il momento dell'ascesa al trono di Libia del principe ereditario, crescevano le perplessità britanniche sulla figura e sulle capacità di Hasan al-Rida il quale, a giudizio degli Inglesi, non era all'altezza del compito che avrebbe dovuto svolgere entro breve tempo.

Secondo il rapporto di un funzionario del *Foreign Office*, infatti, il principe non era un uomo politicamente capace e, nonostante i tentativi effettuati da consiglieri britannici per istruirlo alle regole della politica e per allargare i suoi orizzonti linguistici e culturali, era rimasto del tutto refrattario agli insegnamenti ricevuti, mostrando un totale disinteresse per l'andamento dello Stato. Le poche apparizioni in pubblico in Libia erano state accolte dalla gente con freddezza, e le visite all'estero spesso erano state caratterizzate da imbarazzanti episodi di stanchezza improvvisa, che aveva colpito l'erede al trono durante le cerimonie ufficiali cui era stato invitato. Il rapporto continuava con una dura requisitoria nei confronti del principe che, secondo il redattore, sarebbe stato con tutta probabilità un pessimo sovrano, e si concludeva con l'auspicio che il Governo britannico prendesse per tempo le distanze dalla monarchia e dal suo erede, al fine di non perdere ogni influenza in Libia quando, inevitabilmente, Hasan al-Rida sareb-

⁵ *Loc. cit.*

be stato soggiogato da una classe dirigente che l'avrebbe relegato ai margini della vita politica, o, in un'ipotesi ancora peggiore, sarebbe stato addirittura detronizzato da un colpo di Stato che avrebbe portato al potere un nuovo regime⁶.

Era la fine del 1968 e il rapporto del funzionario ben rifletteva l'atmosfera di tensione che si avvertiva in Libia dopo la caduta del Governo Bakkush, tanto che Denis Speares, direttore del *North African Department* del *Foreign Office*, decise di sintetizzare le informazioni contenute nel rapporto in una lettera all'ambasciatore Sarell, allo scopo di ricevere da quest'ultimo un riscontro sull'effettiva gravità della situazione libica. Nella lettera Speares prendeva atto che, all'interno del suo Dipartimento, era stato espresso un giudizio molto negativo nei confronti del principe ereditario, che si era comportato in modo insoddisfacente rispetto alle aspettative britanniche, dato che gli sforzi per istruirlo alle regole della vita politica avevano ottenuto risultati alquanto deludenti. Da tutto ciò derivava che un tentativo inglese di aiutare il principe a salire al trono avrebbe potuto essere fortemente criticato dal popolo libico, e gli interessi britannici avrebbero potuto soffrirne. La lettera continuava poi con la considerazione che il Governo inglese sarebbe stato costretto a coltivare i più giovani e intelligenti uomini politici libici o, in alternativa, gli ufficiali dell'esercito, poiché sembrava probabile che proprio tali personaggi avrebbero potuto svolgere un ruolo di notevole importanza nello scenario libico in alternativa a un sovrano inefficiente e si concludeva con una richiesta a Sarell di esprimere un proprio giudizio sull'argomento⁷.

La risposta dell'ambasciatore arrivò circa tre settimane dopo, segno che questi aveva avuto il tempo di rendersi conto della situazione. Nella sua lettera di replica a Speares, Sarell esprimeva il parere che, anche se il re fosse morto l'indomani, il principe ereditario avrebbe avuto la possibilità di succedergli senza problemi, a condizione però che il Primo ministro in carica fosse capace di gestire con abilità la situazione e che le reazioni popolari non fossero troppo ostili verso il nuovo sovrano. La sopravvivenza di Hasan sul trono si sarebbe potuta

⁶ PRO, FCO 39/452, *Report from Mallet to Speares*, London, 29 November, 1968, secret.

⁷ Si veda in PRO, FCO 39/452, *Letter from Speares to Sarell*, London, 9 January, 1969, secret.

comunque verificare nei mesi successivi al suo insediamento ma, facendo seguito a questa considerazione, il tono della lettera cambiava con l'affermazione da parte dell'Ambasciatore britannico che non si poteva aspettare e correre il rischio di essere travolti dagli eventi. Pertanto non vi erano dubbi sull'opportunità per la Gran Bretagna di tenere aperte le due opzioni già prospettate nella lettera di Speares: da un lato, quindi, non ci si doveva compromettere eccessivamente con la monarchia, in modo da poter uscire immuni da eventuali critiche popolari nel caso che il regime fosse rovesciato; dall'altro, invece, si dovevano coltivare i possibili successori in segreto, in modo da poter negare in ogni momento di averlo fatto qualora la monarchia avesse retto alla prova del nazionalismo arabo. In sostanza, i Britannici dovevano evitare di interferire negli affari interni libici e rimanere il più possibile neutrali durante il periodo di incertezza che si stava vivendo, che era poi proprio la politica che l'ambasciata stava seguendo in quel momento⁸.

Una recente intervista all'ambasciatore Sarell ha confermato l'atteggiamento di imparzialità tenuto ufficialmente dall'ambasciata britannica, che evitò di rilasciare qualsiasi dichiarazione in favore della monarchia, ma il rapporto di amicizia e cordialità tra re Idris e Sir Roderick Sarell fece sì che il sovrano e l'ambasciatore avessero numerosi incontri informali, durante i quali il primo non nascose di non riporre alcuna fiducia nel nipote Hasan, che giudicava troppo ingenuo per governare un Paese con mille problemi e contraddizioni qual era la Libia del 1969. Sarell condivideva le opinioni del re sul suo erede, giudicandolo anch'egli un uomo molto "semplice" ed era d'accordo sulla stima che l'anziano monarca riponeva invece nella famiglia Shelhi, il cui capostipite Ibrahim, già Ministro della Real Casa, era stato assassinato nell'ottobre 1954. Dopo la morte del figlio maggiore di Ibrahim, Buisairi, nel 1964, il fratello Omar aveva assunto l'incarico di consigliere privato del re e un altro fratello, Abdul Aziz Shelhi, era divenuto colonnello dell'esercito. Sir Roderick Sarell ha riferito di aver raccolto delle confidenze da parte di re Idris in cui questi rivelava di aver più volte pensato a Omar per la successione, trasformando magari il regno in una repubblica, e anche il colonnello era menzionato nei discorsi

⁸ Si veda in PRO, FCO 39/452, *Letter from Sarell to Speares: "The Crown Prince"*, Tripoli, 28 January 1969, secret.

del sovrano come "persona molto capace"⁹. Da ciò si può dedurre che, anche se avevano deciso per ragioni di opportunità politica di rimanere neutrali, gli Inglesi immaginavano due sviluppi possibili della situazione libica: il perdurare della monarchia sotto un sovrano debole, soggetto a future influenze da parte dei suoi consiglieri politici, ma tendenzialmente filo-occidentale; oppure uno scenario diverso, costituito da una repubblica o da un governo militare, in ogni caso in mano alla potentissima famiglia Shelhi. Non si può dire quale delle due condizioni fosse preferibile per la Gran Bretagna, ma in ogni caso, sia con Hasan al-Rida sia con gli Shelhi, il Governo di Sua Maestà avrebbe potuto tenere la situazione sotto controllo in Libia, anche se rimaneva sempre un margine d'incertezza dovuto alle influenze esterne che i possibili successori di re Idris avrebbero potuto subire.

Era il caso, ad esempio, delle violente critiche mosse dal presidente Nasser alla Libia, accusata di complicità con le Potenze occidentali nel corso della guerra dei Sei Giorni, durante il vertice arabo di Khartoum del giugno 1967, quando il principe Hasan al-Rida, che partecipava come rappresentante del suo Paese, non seppe difendersi dagli attacchi del leader egiziano e, intimidito da quest'ultimo, rilasciò dichiarazioni anti-occidentali contrarie all'orientamento del sovrano e alla posizione internazionale della Libia in quel momento¹⁰. Non solo il comportamento in quell'occasione aveva fatto dubitare gli alleati britannici riguardo alla futura fedeltà del principe ai trattati del '53, ma ancor di più preoccupava gli Inglesi la volubilità dell'erede al trono rispetto a questioni fondamentali come i rapporti tra Libia e Egitto, sui quali re Idris aveva sempre dimostrato di condividere le stesse preoccupazioni della Gran Bretagna. Così è ipotizzabile che gli Inglesi, a un certo punto, non abbiano scartato l'ipotesi che un mutamento di regime potesse essere addirittura auspicabile, a condizione che gli Shelhi fossero i responsabili di questo mutamento, come sembrerebbe dimostrare un passaggio della lettera di Sarell a Speares in cui si afferma quanto segue: "l'attuale vendita di armi, per esempio, ha fatto sì che

⁹ Intervista a Sir Roderick Sarell (ex Ambasciatore britannico in Libia, 1963-1969), da parte di Massimiliano Cricco, 3 novembre 2000, Newbury, Gran Bretagna.

¹⁰ PRO, FCO 39/452, *Report from Mallet to Speares*, London, 29 November, 1968, secret.

si dicesse che stiamo sostenendo le ambizioni degli Shelhi [...] e non possiamo evitare tali voci se ci esponiamo troppo in questi affari”¹¹.

Sarell si riferiva al “Memorandum di ottobre” (1968), in base al quale il Governo britannico s’impegnava a fornire aiuti all’esercito libico per l’acquisto di nuovi armamenti, e sottolineava il fatto che tale accordo era stato stipulato direttamente con i vertici dell’esercito, tra cui emergeva il colonnello Abdul Aziz Shelhi. La conferma che il principe ereditario era stato tenuto all’oscuro di tutto, anche dopo il suo insediamento come reggente, si ha da un rapporto del 14 agosto 1969 sulla visita del diplomatico britannico Mig Goulding a Hasan al-Rida, indirizzato a Denis Speares. In occasione della visita di Goulding, infatti, il principe aveva chiesto chiarimenti sulla fornitura di armi all’esercito libico da parte degli Inglesi, della quale aveva ricevuto notizia da terzi, e il diplomatico britannico era stato costretto a fornire al reggente maggiori ragguagli sul “Memorandum di ottobre”, anche se era stato ben attento a non menzionare il colonnello Shelhi. È quanto emerge da un passaggio del rapporto, in cui Goulding afferma che non intendeva dare al principe informazioni dettagliate sui negoziati, ma solo fargliene conoscere i presupposti; la notizia di un accordo per la fornitura di armi aveva destato però la curiosità di Hasan al-Rida, che, secondo il diplomatico britannico, avrebbe potuto intromettersi nei negoziati provando a cambiare i termini dell’accordo, compromettendo così i buoni rapporti del Governo britannico con Abdul Aziz Shelhi. Occorreva pertanto correre ai ripari, come si può leggere nelle conclusioni del rapporto, in cui Goulding si esprime come segue: “Proverò a ridurre tale rischio cercando di incontrare il Primo ministro e Shelhi il più presto possibile e rivelando loro che il principe ha approfittato di un colloquio di routine per conoscere [...] la questione più in dettaglio”¹².

La vicenda dei negoziati per la fornitura di armi all’esercito libico che l’erede al trono, nell’agosto del 1969, dimostrava di conoscere appena sommariamente avvalora l’ipotesi che tra gli Inglesi e la famiglia Shelhi vi fosse un’intesa segreta. Nelle valutazioni britanniche sulla Libia del dopo Bakkush non va però trascurata l’importanza di un’affer-

¹¹ PRO, FCO 39/452, *Letter from Sarell to Speares: “The Crown Prince”*, Tripoli, 28 January 1969, secret.

¹² PRO, FCO 39/452, *Report from Goulding to Speares: “The Crown Prince”*, Tripoli, 14 August 1969, conf.

mazione dell'ambasciatore Sarell nella lettera a Speares citata in precedenza, vale a dire: "Visto che la congiuntura è così incerta, non ho dubbi che la sola politica sensata per noi sia quella di mantenerci aperti a ogni possibilità"¹³, che dimostra la volontà degli Inglesi di mantenere la propria influenza economica e politica in Libia il più a lungo possibile, indipendentemente da quali fossero i futuri interlocutori. Perciò, anche un'eventuale intesa con gli Shelhi deve essere letta in funzione di quest'indirizzo politico.

4. Il ruolo crescente dell'esercito nello scenario politico libico

Da un rapporto della Missione militare britannica in Libia del 30 luglio 1969 emerge che, all'interno dell'esercito libico, l'influenza del colonnello Abdul Aziz Shelhi era diventata, specialmente dopo il 1967, molto forte. Grazie a un'abile politica matrimoniale, infatti, l'ufficiale libico aveva legato al suo clan il generale Shamseddin Senussi e il colonnello Aun Rahuma, entrambi appartenenti allo Stato Maggiore, e aveva ottenuto lo spostamento del quartier generale delle Forze Armate a Beida, in Cirenaica, sua terra d'origine. Tuttavia si erano verificati episodi di opposizione alla crescente influenza del colonnello Shelhi, soprattutto tra i giovani ufficiali, creando dissensi all'interno dell'esercito, in grado di minare sia la stabilità interna, sia la sicurezza esterna della Libia¹⁴.

Fu per questo che il Governo britannico, temendo una spaccatura nell'esercito tra gli elementi più conservatori e i giovani ufficiali, più sensibili alla propaganda nasseriana, decise di rafforzare la *Cyrenaican Defence Force*, in sigla CYDEF, un corpo regionale di polizia militare da sempre fedele a re Idris e alle istituzioni tradizionali, dotandolo di armamenti pesanti che lo mettessero in grado di far fronte a una rivolta all'interno dell'esercito o di opporsi a un eventuale intervento egiziano nel Paese, magari richiesto proprio da ufficiali ribelli. Il potenziamento delle forze di polizia emerge nettamente dal resoconto dei colloqui tenuti nell'agosto 1969 tra il diplomatico inglese Goulding e Hasan al-Rida:

¹³ PRO, FCO 39/452, *Letter from Sarell to Speares: "The Crown Prince"*, Tripoli, 28 January 1969, secret.

¹⁴ PRO, FCO 39/442, *Military Mission Report for the quarter ending 30 June, 1969*, Benghazi, 30 July 1969, confidential covering secret.

Il principe mi raccontò delle difficoltà che la CYDEF aveva nel maneggiare i missili anticarro *Vigilant*, aggiungendo che non riusciva a capire perché delle forze di polizia disponessero di simili armi. Ci doveva essere un errore, visto che lo scopo della polizia è quello di mantenere la sicurezza interna e non quello di combattere contro un esercito. Alle parole di Hasan al-Rida replicai che era comprensibile che le Forze della sicurezza pubblica fossero responsabili anche della difesa delle frontiere e che la fornitura di materiale militare era una questione delicata nella quale non volevo addentrarmi [...]. Il principe disse allora che anche lui credeva che fosse giusto che le Forze di pubblica sicurezza disponessero di simili mezzi. Esse dovevano veramente proteggere le frontiere e in ogni caso erano sicuramente meglio organizzate e più sicure dell'esercito, che aveva ancora bisogno di un'epurazione al suo interno per essere considerato affidabile¹⁵.

Dalla conversazione tra il principe e Goulding emergono diversi elementi interessanti: anzitutto, le contraddizioni nelle parole del reggente libico, che prima contesta, poi approva l'uso da parte della polizia militare di equipaggiamenti normalmente destinati a un esercito, ingenuo tentativo di tendere una trappola al suo interlocutore per conoscere le reali intenzioni del Governo britannico al riguardo. In secondo luogo è evidente l'atteggiamento di estrema cautela tenuto dal diplomatico britannico, segno di una diffidenza, manifestamente reciproca, tra il principe libico e gli Inglesi. Infine, le conclusioni di Hasan al-Rida rivelano la totale mancanza di fiducia del reggente nei confronti dell'esercito, sia verso gli ufficiali più anziani, che vedeva come possibili rivali nella lotta per il potere, sia verso i giovani, di cui temeva la carica eversiva.

In sostanza, poco prima del colpo di Stato degli "ufficiali liberi", la situazione in Libia era molto incerta: il re era partito per la Grecia insieme alla regina Fatima in giugno, lasciando il governo del Paese nelle mani del principe Hasan, nominato reggente. Sempre nel giugno del 1969, a distanza di una settimana l'uno dall'altro, gli ambasciatori britannico e americano Roderick Sarell e David Newsom erano stati richiamati dai rispettivi governi per assumere l'incarico il primo di ambasciatore in Turchia e il secondo di *Assistant Secretary for African Affairs* presso il Dipartimento di Stato. I due ambasciatori, come

¹⁵ PRO, FCO 39/452, *Report from Goulding to Speares: "The Crown Prince"*, Tripoli, 14 August 1969, conf.

emerge dall'intervista a Sir Roderick Sarell, erano amici e avevano instaurato un buon rapporto anche con il sovrano libico, che fu molto contrariato dall'idea che i suoi "angeli custodi" inglese e americano lo lasciassero da solo in un ambiente di intrighi e cospirazioni qual era diventata la Libia nel 1969. Così il re decise di partire, ufficialmente per curare i reumatismi in una località termale della Grecia, ma senza indicare la data del ritorno¹⁶

Dai documenti inglesi si ricava però una versione dei fatti ben diversa da quella di un sovrano insicuro e timoroso, costretto a fuggire da un ambiente ostile. Il diplomatico Wakefield, in un rapporto redatto per il Foreign Office, parla infatti di una serie di visite ricevute da re Idris in Grecia da parte dei Presidenti del Senato e della Camera, del Rettore dell'Università islamica di Tripoli e del Gran Muftì allo scopo di ricevere informazioni riservate sull'andamento della situazione interna della Libia. L'occasione di queste visite sarebbe stata la diffusione in tutto il territorio libico di *pamphlets* contenenti un attacco al re, alla famiglia Shelhi e agli Inglesi, ma l'incontro tra il sovrano e i notabili del Paese in terra straniera suscitò un coro di voci sulla possibile decisione del re di "privare il principe ereditario dei diritti di successione per insediare al suo posto uno degli Shelhi"¹⁷. In effetti, specialmente negli ultimi mesi della sua presenza in Libia e anche dopo la partenza per la Grecia, re Idris aveva mostrato una sempre maggiore propensione per gli Shelhi e lo aveva dimostrato nominando Omar portavoce ufficiale della Corona e il colonnello Abdul Aziz responsabile dell'equipaggiamento dell'esercito. Tuttavia, il sovrano non aveva ancora rinunciato del tutto ai suoi poteri, com'era evidente dal fatto che, anche dalla Grecia, continuava a prendere decisioni che influivano sulla politica libica, come la strategia, condivisa dagli Inglesi, di mantenere un equilibrio di armamenti tra le forze armate e le forze di pubblica sicurezza, perché si controllassero a vicenda senza prevalere le une sulle altre, evitando così di mettere in pericolo la stabilità del Paese.

Proprio dai militari, infatti, ci si attendeva una probabile svolta per il futuro della Libia, dato che né il principe ereditario, né il Governo di Wanis al-Gheddafi sembravano in grado di gestire le sorti dello Stato arabo dopo l'eventuale abdicazione o scomparsa di re

¹⁶ Intervista a Sir Roderick Sarell, cit.

¹⁷ PRO, FCO 39/382, *Report from Wakefield to Speares: "Rumours of Constitutional Changes"*, Tripoli, 13 August 1969, conf.

Idris. Così il Governo britannico, d'accordo con il sovrano, aveva inviato una serie di istruttori militari ufficialmente allo scopo di addestrare le truppe libiche all'uso dei nuovi armamenti, ma segretamente incaricati, si suppone, di tenere sotto controllo gli sviluppi della situazione all'interno dell'esercito. Per fare questo, però, tali istruttori dovevano essere tutelati da un accordo e sottratti alla legge militare libica. Come emerge da un rapporto della Missione militare britannica del 6 agosto 1969, il colonnello Shelhi aveva acconsentito alla stipulazione di un accordo che prevedesse l'impiego di un certo numero di ufficiali britannici nell'esercito libico in qualità di addestratori, con la clausola che costoro fossero soggetti soltanto alle leggi militari britanniche, ma, in occasione di un incontro formale con il Primo ministro libico, svoltosi a Tripoli il 31 luglio, Shelhi si era mostrato critico riguardo al progetto in questione e aveva confermato la sua categorica opposizione a un trattamento privilegiato di questi ufficiali all'Ambasciata britannica, sostenendo che il personale esterno doveva essere soggetto in ogni caso alla legge militare libica. Il colonnello aveva poi rifiutato la possibilità di stipulare un accordo segreto che contemplasse le eccezioni del caso, giacché, secondo l'alto ufficiale libico, un accordo di questo tipo non solo sarebbe stato poco pratico, ma avrebbe anche suscitato un coro di polemiche, considerando che quasi ogni segreto, in Libia, era in realtà di pubblico dominio.

Interessante è il commento del generale Warren, comandante della Missione militare britannica e autore del rapporto in questione, riguardo all'atteggiamento del colonnello Shelhi:

Ho il sospetto che Shelhi stia pensando che l'idea del coinvolgimento, da lui voluto, del Governo inglese nelle questioni dell'esercito libico si stia rivelando per lui controproducente, e che, perciò, abbia deciso di mostrare all'esercito che le recenti dichiarazioni della fazione a lui contraria – che lo accusa di essere un lacché degli Inglesi – sono infondate [...]. Di conseguenza, sembra probabile che abbia cambiato idea riguardo al desiderio di avere nel suo esercito del personale distaccato dall'esercito inglese e un contratto di assistenza militare con il Governo britannico, dato che entrambe le cose rappresentano al momento in Libia una "patata bollente", presentandosi come misure impopolari agli occhi di molti ufficiali libici¹⁸

Secondo Warren, dunque, era probabile che Shelhi sarebbe rimasto

¹⁸ PRO, WO 32/19316, *Report by Head of Mission on Discussions in Tripoli – 2 Aug. '69, Benghazi, 6 August 1969, conf.*

irremovibile sulla questione dei privilegi da accordare agli istruttori inglesi, al fine di dimostrare la sua fedeltà alla causa nazionale e recuperare consensi nell'esercito, dove stava perdendo popolarità. Mai come allora, infatti, l'esercito libico era apparso diviso tra gli ufficiali superiori, esponenti delle più importanti famiglie del Paese, conservatori e filo-occidentali, e i giovani ufficiali, aderenti per la maggior parte al movimento clandestino degli "ufficiali liberi". Questi ultimi erano infatti militari provenienti da famiglie meno prestigiose di quelle appartenenti all'élite politica del regime monarchico e rappresentavano quella "classe media" che era stata deliberatamente esclusa dalla vita politica del Paese. Questi uomini incarnavano apparentemente tutto quello che il giovane Stato libico sembrava non aver mai posseduto prima: il coraggio, l'idealismo, la prospettiva di un futuro migliore, libero dal giogo anglo-americano. Essi vedevano in Nasser un modello, che rappresentava la vittoria degli ideali arabo-nazionalisti sugli interessi imperialistici occidentali. Shelhi era al corrente di questi fermenti rivoluzionari all'interno dell'esercito, ma non poteva reprimerli per timore di una protesta popolare, dato che la maggior parte dei Libici condivideva le idee nazionaliste dei giovani ufficiali. Il colonnello aveva a questo punto un'unica arma per avere ragione della crescente opposizione nell'esercito e nel Paese: anticipare una possibile rivoluzione con un colpo di Stato.

5. Il complotto di Abdul Aziz Shelhi e il colpo di Stato "preventivo" di Gheddafi

Da un rapporto segreto della Missione militare britannica si apprende che un colpo di Stato, diretto dal colonnello Shelhi, era previsto già da tempo e che il piano era stato organizzato in dettaglio nel corso di una riunione segreta tenutasi a Beida, il 26 agosto, tra gli alti ufficiali dell'esercito libico, con la connivenza del ministro dell'Interno e l'appoggio delle forze di pubblica sicurezza. "La data più frequentemente menzionata per dare il via al colpo di Stato era il 5 settembre [...] e si era d'accordo sul fatto che l'intero Stato Maggiore dell'esercito e tutti gli ufficiali favorevoli a Shelhi avrebbero dovuto concentrarsi a Tripoli già dal 31 agosto"¹⁹.

¹⁹ PRO, FCO 39/442, *British Military Mission in Libya: "Report for quarter ending 30th September 1969"*, Tripoli, 23 October 1969, secret.

In base al principio che “ogni segreto in Libia era di pubblico dominio”, enunciato pochi mesi prima proprio dallo stesso colonnello Shelhi per rispondere a un diplomatico britannico, la notizia del colpo raggiunse i giovani ufficiali in tempo perché questi si organizzassero, preparando un colpo di Stato “preventivo” che anticipasse i piani degli ufficiali più anziani. Sempre secondo il rapporto della Missione militare britannica, due potevano essere stati i probabili informatori degli “ufficiali liberi”: il tenente colonnello Yadam Hawaz, nominato Ministro della Difesa dal nuovo regime, che comandava il “Nucleo Segnalazioni” e sembra fosse stato coinvolto nel colpo di Shelhi per assicurare le comunicazioni tra i partecipanti, e il maggiore Salheem Jawari, comandante della nuova Guarnigione di Beida, appartenente precedentemente al “Comitato per la riorganizzazione dell’esercito” e per questo considerato da Shelhi un uomo di fiducia. Entrambi erano membri addetti al servizio trasmissioni dell’esercito libico, il cui quartier generale era situato a Gar Yunis, perciò è possibile che proprio quel luogo fosse divenuto il centro operativo dei rivoluzionari. Inoltre, il tenente colonnello Hawaz aveva viaggiato molto per tutto il Paese nelle settimane precedenti il colpo di Stato degli “ufficiali liberi” ed è possibile che, approfittando di tali spostamenti, avesse fatto da tramite tra i gruppi rivoluzionari presenti nelle varie città, avvertendoli dei piani del colonnello Shelhi e portando ai nuclei periferici gli ordini del comando rivoluzionario, che rimaneva ancora segreto²⁰.

Il colpo degli “ufficiali liberi” fu condotto con un’efficienza che sorprese tutti in Libia. Iniziò nelle prime ore del 1° settembre 1969 e, alle 7:30 del mattino, le maggiori città libiche a eccezione di Tobruk erano già nelle mani dei rivoluzionari. È interessante vedere come il colpo di Stato fosse condotto basandosi non tanto sui tempi, quanto su precise fasi operative, ben descritte dalla Missione militare britannica nel suo rapporto. Nella prima fase, lo scopo era di arrestare gli ufficiali superiori delle Forze di pubblica sicurezza e dell’esercito, insieme a tutti coloro che fossero in grado di organizzare una resistenza. Nella seconda fase, il 5° Reggimento di fanteria, da Derna, doveva impadronirsi di mezzi di attacco mobili situati a Grenada, vicino a Beida, dirigendo poi verso Tobruk. Tale missione fu eseguita con successo alle 1:30 del mattino grazie alla complicità di un ufficiale della CY-DEF, la polizia della Cirenaica, che si unì ai rivoluzionari insieme ai

²⁰ *Loc. cit.*

suoi uomini. La terza fase prevedeva invece il controllo delle comunicazioni, inclusi gli aeroporti, il servizio televisivo e gli apparecchi telefonici e fu portata a termine tra le 3 e le 4 del mattino, grazie ancora una volta alla collaborazione di alcune unità della CYDEF, addette alla difesa degli aeroporti, che non opposero resistenza. La quarta fase, infine, prevedeva l'occupazione delle postazioni chiave nelle maggiori città: Tripoli, Bengasi e Beida, mediante l'impiego di pattuglie ben armate, che portarono a termine il loro incarico prima delle 7 del mattino.

Alle 7:30, le truppe al seguito del movimento degli "ufficiali liberi" avevano organizzato posti di blocco nei principali svincoli stradali e avevano il controllo degli edifici chiave di tutto il Paese. Unica eccezione era costituita da Tobruk, dove circa 600 uomini della Guardia Reale avevano organizzato una resistenza che tenne impegnate le truppe della rivoluzione fino al 4 settembre, giorno in cui un plotone del 5° Reggimento dell'esercito libico, ormai sotto il pieno controllo degli "ufficiali liberi", costrinse alla resa gli avversari senza spargimento di sangue. La rivoluzione, nel suo complesso, fu incruenta e in numerosi casi furono sparati solo proiettili a salve allo scopo di scoraggiare eventuali tentativi di opporre resistenza; fu sparato anche qualche colpo di mitragliatrice, che tuttavia non provocò vittime, ma solo feriti non gravi²¹.

Con tutte le comunicazioni verso l'esterno interrotte e gli spostamenti all'interno del Paese impediti dai posti di blocco, l'unica fonte d'informazione era la radio, controllata dai rivoluzionari, che per un'intera settimana trasmise comunicati e annunci, il più importante dei quali recitava che chiunque si fosse opposto alla Rivoluzione sarebbe stato soppresso, interrotti solo ogni tanto da musica marziale. Fu proprio attraverso la radio che il nuovo governo del Paese si fece conoscere, presentandosi come "Comando del Consiglio Rivoluzionario" e mantenendo l'anonimato dei suoi componenti, meno il nome del presunto leader, il colonnello Mahmoud Bu-Shwerib, personaggio sconosciuto alla maggioranza della popolazione. Solo il 15 settembre i nomi degli ufficiali del consiglio furono resi noti e fu annunciato che il vero leader della rivoluzione era il capitano Muammar Gheddafi, appena promosso colonnello e Comandante in capo delle Forze Arma-

²¹ *Loc. cit.*

te, ma da alcune indiscrezioni gli Inglesi avevano appreso la notizia già dall'8 settembre²².

Il colonnello Shelhi e i suoi principali sostenitori furono colti completamente alla sprovvista dal colpo degli "ufficiali liberi", tanto che non riuscirono a fuggire e furono arrestati; alcuni di loro, come il generale Senussi Shams Ed Din, furono rilasciati solo dopo aver dichiarato il proprio appoggio alla rivoluzione. Anche il principe Hasan al-Rida fu sorpreso dal colpo degli ufficiali di Gheddafi: fu trovato addormentato nel suo letto, all'interno del Palazzo Reale, arrestato e costretto a rinunciare ai suoi diritti sul trono di Libia.

Re Idris si trovava ad Atene durante il colpo di Stato e, dalla Grecia, tramite il suo consigliere personale Omar Shelhi, lanciò un disperato appello al Governo britannico perché intervenisse per ristabilire la pace e l'ordine e per "riportare la Nazione libica allo stato precedente gli eventi rivoluzionari del 1° settembre"²³. Il ministro degli Esteri britannico ricevette Shelhi nel primo pomeriggio del 2 settembre, prendendo atto della richiesta di re Idris e delle preoccupazioni del consigliere del sovrano riguardo al pericolo che la rivoluzione si risolvesse in un massacro e che, approfittando dei disordini interni, l'Egitto potesse intervenire militarmente in Libia, ma non azzardò alcuna risposta, affermando che ogni decisione in materia d'intervento spettava al Primo ministro e al suo Gabinetto. Il Governo britannico, tuttavia, aveva già deciso di non intervenire, per le ragioni che emergono da una lettera segreta del ministro degli Esteri all'Ambasciatore britannico a Washington, redatta e inviata subito dopo la visita di Shelhi:

Da quello che risulta al momento, la fase iniziale della rivoluzione ha avuto pieno successo [...] e sembra che tutto sia tranquillo. Come gli Americani già sanno, abbiamo ricevuto una richiesta d'intervento da parte di re Idris [...] e il suo appello è stato rinnovato da Omar Shelhi durante la sua breve visita a Londra, sulla via per Washington. Siamo sicuri che, nella situazione attuale, ogni intervento da parte nostra, specialmente con l'obiettivo di restaurare la monarchia in Libia, sarebbe non solo sbagliato ma anche pericoloso [...]. Il nostro trattato con la Libia non ci obbliga né ci autorizza a intervenire in quella che appare chiaramente una

²² *Loc. cit.*

²³ PRO, FCO 39/383, *Letter from Secretary of State to Prime Minister*, London, 3 September 1969, secret.

situazione interna. Pertanto noi non (e ripeto non) prevediamo alcuna forma d'intervento. Assumendo che il regime consolidi il proprio potere nei prossimi giorni, ci troveremo ad affrontare la questione del riconoscimento. Ci sembra che, in questa situazione, prima entriamo in trattative con il governo rivoluzionario e maggiori saranno le possibilità di proteggere i nostri interessi fondamentali in Libia. Nell'ipotesi che noi e gli Americani decidiamo di coordinare i nostri sforzi, crediamo di poter impedire al regime ogni eventuale azione prematura contro i nostri e i loro interessi di lungo periodo²⁴.

La posizione britannica, dunque, mirava a fare buon viso a cattivo gioco. Dal momento che la monarchia era stata ormai rovesciata e anche i piani degli Shelhi erano falliti, l'unica possibilità rimaneva quella di accattivarsi le simpatie del nuovo regime, possibilmente di comune accordo con gli Americani, come risultava dalle istruzioni del capo del *Foreign Office* all'ambasciatore a Washington. Per fare questo, però, occorreva sapere chi fossero i rivoluzionari e quali le loro intenzioni.

Nei primi giorni dopo il colpo di Stato, come si è già visto, un fitto mistero avvolse l'identità dei membri del "Comando del Consiglio Rivoluzionario", i quali si sforzarono di rimanere anonimi forse per timore di attentati oppure di una vera e propria controrivoluzione. Dall'8 settembre ufficiosamente e dal 15 settembre ufficialmente, però, cominciarono a circolare i nomi dei capi rivoluzionari e specialmente quello del loro leader, Muammar Gheddafi.

6. Le ipotesi del Governo britannico sui nuovi interlocutori libici

Da un rapporto segreto del ministro degli Esteri al Primo ministro britannico del 4 settembre si apprende che il "Comando del Consiglio Rivoluzionario", dopo aver consolidato le proprie posizioni nel Paese ottenendo anche il controllo di Tobruk, dove erano cadute le ultime resistenze da parte degli uomini fedeli al re, sembrava ansioso di avviare relazioni amichevoli con il Governo britannico. Non vi erano stati infatti gesti ostili contro l'Ambasciata né contro le truppe britanniche e il nuovo regime sembrava impaziente di riprendere la produzione petrolifera, che era stata momentaneamente interrotta durante il

²⁴ PRO, FCO 39/382, *Letter from Secretary of State to British Embassy in Washington*, London, 2 September 1969, secret and cypher.

colpo di Stato e nei giorni successivi. Tutto questo confermava, a dispetto del catastrofismo di Omar Shelhi, l'opinione del ministro degli Esteri, e cioè che occorreva, da parte del Governo britannico, prendere una rapida decisione riguardo al riconoscimento del regime rivoluzionario. L'unico limite rimaneva il fatto di conoscere così poco sia i protagonisti, sia la natura del nuovo scenario libico. Pertanto il ministro degli Esteri aveva dato mandato all'Incaricato d'affari a Bengasi, sede provvisoria del nuovo governo, di raccogliere informazioni sui membri del Consiglio Rivoluzionario e sui loro obiettivi²⁵. Le prime informazioni sul leader dei rivoluzionari, Muammar Gheddafi, arrivarono però dal Ministero della Difesa britannico, dove era stata ritrovato un breve profilo del giovane ufficiale libico, che aveva frequentato un corso di aggiornamento in Gran Bretagna nel 1966. Dalla scheda si apprendeva che Muammar Gheddafi era nato nel 1942 a Sirte, si era laureato in Storia all'Università di Tripoli nel 1963 ed era stato licenziato dalla Regia Accademia militare libica nel 1965. Da luglio ad agosto del 1966 aveva frequentato un corso al *RAC Center for Signal Instructors* di Bovington, in Gran Bretagna, nella cui scheda di ammissione aveva dichiarato di essere favorevole all'amicizia tra Libia e Regno Unito e che la presenza di truppe britanniche in Libia era un bene per il suo Paese. La scheda di Gheddafi continuava con un giudizio telegrafico da parte del direttore del Corso, che così si esprimeva nei suoi confronti:

All'inizio aveva problemi di lingua, ma li ha superati raggiungendo un buon risultato. Richiede una maggiore esperienza operativa, ma ha una discreta conoscenza delle procedure [...]. I suoi interessi personali sono il *football* e la lettura ed è una persona gradevole, spesso di buon umore. Gheddafi, insomma, è un gran lavoratore e un ufficiale coscienzioso²⁶.

A questo breve profilo si aggiunsero altre informazioni provenienti da un allegato al rapporto periodico della Missione militare britannica in Libia, in cui si può leggere che Gheddafi era stato nominato capi-

²⁵ PRO, PREM 13/2758 (PM/69/65), *Minute from Secretary of State to Prime Minister*, London, 4 September 1969, secret.

²⁶ PRO, FCO 39/380, *Brigadier W. C. Smith (Military Assistance Office - Libya), Ministry of Defence to Foreign and Commonwealth Office, North African Department*, London, 15 September 1969, conf.

tano il 9 agosto e da allora aveva preso il comando del Primo Squadrone Segnalatori a Gar Yunis. Di lui era stato riferito che era un ufficiale che non sopportava di essere ripreso in alcun modo e, forse per questo, non era in buoni rapporti con i suoi superiori. Tuttavia, non era mai venuto meno ai suoi doveri nei mesi precedenti il colpo di Stato e non era quasi mai stato assente dal servizio. Di carattere riservato, non tollerava critiche, e non cercava la compagnia dei commilitoni. Il 5 settembre, dopo essere stato promosso colonnello per i suoi meriti nella rivoluzione, aveva assunto l'incarico di Comandante in Capo delle Forze Armate e leader del Consiglio Rivoluzionario²⁷. Insieme alle informazioni su Gheddafi, l'allegato conteneva anche l'elenco di altri membri del Consiglio insieme ai loro profili, da cui emergeva che erano tutti giovani ufficiali dell'esercito che avevano frequentato corsi di aggiornamento in Gran Bretagna o negli Stati Uniti.

Ulteriori informazioni sugli "ufficiali liberi", sui motivi che li avevano spinti a lanciare la rivoluzione e sulla dinamica del colpo di Stato si ricavarono infine dall'intervista rilasciata dal colonnello Gheddafi a un'emittente televisiva egiziana, il 14 ottobre 1969. Durante l'intervista, il leader libico rivelò che i primi incontri segreti dei giovani rivoluzionari si erano avuti nel 1959, ai tempi in cui Gheddafi e i suoi compagni frequentavano la scuola secondaria. Al termine degli studi secondari, il colonnello era entrato in accademia dove, insieme ad altri giovani cadetti, aveva costituito un'organizzazione clandestina che, dopo il conseguimento del diploma da parte dei suoi membri, era diventata il movimento degli "ufficiali liberi". L'organizzazione all'interno dell'accademia continuava e, via via che si diplomavano, altri ufficiali liberi si aggiungevano al primo nucleo. Secondo Gheddafi le cause profonde della rivoluzione erano di natura sociale, politica ed economica e interessavano l'intero mondo arabo, ma i motivi che avevano spinto all'azione gli "ufficiali liberi" in Libia nascevano dalla percezione "che la società libica era controllata dai favoritismi e dalla corruzione e dominata da elementi stranieri, che erano dappertutto. Le lingue straniere avevano a poco a poco sostituito l'arabo come lingua nazionale ed erano usate anche per stampare le carte d'identità. Intanto

²⁷ PRO, FCO 39/442, *Annex A to 2/5/G, British Military Mission in Libya: "Report for quarter ending 30th September 1969"*, Tripoli, 23 October 1969, secret.

i cittadini libici non avevano raggiunto neppure il minimo *standard* di vita decente, nonostante le enormi ricchezze petrolifere del Paese”²⁸.

Nel corso dell’intervista fu chiesto a Gheddafi anche perché era stato scelto il 1° settembre come data della rivoluzione, e questi rispose che per il giorno seguente, il 2 settembre, era stato deciso da parte dello Stato Maggiore di inviare “trenta o quaranta ufficiali liberi in Gran Bretagna per una missione. In altre parole l’ex Governo e gli alti ufficiali dell’Esercito volevano così sbarazzarsi di gran parte degli ufficiali liberi in blocco con il pretesto di mandarli in Inghilterra, mentre il vero scopo era quello di toglierli di mezzo. Circa venti o trenta giovani ufficiali dell’esercito erano stati mandati in Inghilterra nella primavera di quest’anno, quando ci si era accorti della presenza di un movimento rivoluzionario nell’esercito. Il primo gruppo di ufficiali liberi, perciò, era stato spedito allora, e il secondo scaglione doveva essere inviato il 2 settembre [...]. Se ci fossimo mossi in ritardo anche di un solo giorno – continuò Gheddafi – circa settanta o ottanta ufficiali all’interno del movimento sarebbero stati lontani dalla Libia contemporaneamente. Per questo decidemmo di lanciare la rivoluzione proprio quel giorno, per cogliere di sorpresa il Governo che già stava organizzando i preparativi per il viaggio degli ufficiali e pensava che il suo piano strategico avesse avuto successo”²⁹.

Il colonnello raccontò anche come fu superato l’ostacolo delle forze di pubblica sicurezza che, in previsione di un attacco, era stata armata con equipaggiamento pesante: “le forze di sicurezza avevano armi molto più potenti di quelle dell’esercito. Infatti disponevano di razzi, artiglieria e veicoli corazzati. Nella notte del 1° settembre, però, tali armi non furono usate contro di noi, in parte grazie al nostro attacco a sorpresa, in parte perché molti uomini della sicurezza che aspettavano la rivoluzione come una necessità inevitabile, si unirono a noi”³⁰.

Si può notare come, nel discorso di Gheddafi, fossero ancora assenti i toni di accesa polemica nei confronti delle Potenze occidentali che avrebbero caratterizzato in seguito il personaggio, e la stessa lin-

²⁸ *Interview of Colonel Mu’ammar al-Qaddafi on U.A.R. Television on 2 Sha’ban 1389 = 14 October 1969*, in M. O. ANSELL e I. M. AL-ARIF, *The Libyan Revolution. A Sourcebook of Legal and Historical Documents*, Stoughton, Wisconsin, The Oleander Press, 1972, p. 83.

²⁹ *Ivi*, p. 81.

³⁰ *Ibidem*.

gua inglese, cui il leader si riferiva, fosse sostituita nel discorso dall'espressione generica "lingue straniera", segno che, da parte del nuovo regime, non si volevano creare fratture con gli Anglo-Americani. Questo succedeva probabilmente anche perché il Consiglio Rivoluzionario non si sentiva sicuro, non avendo ancora consolidato completamente il proprio potere; e temeva che un altro colpo di Stato rovesciasse il regime appena instaurato. Il mantenimento delle relazioni con la Gran Bretagna e con gli Stati Uniti poteva ancora costituire un deterrente contro eventuali nemici che avessero voluto approfittare della debolezza della giovane repubblica rivoluzionaria. Nei tre mesi successivi alla rivoluzione, tuttavia, le occasioni di dialogo tra il Consiglio Rivoluzionario e i rappresentanti delle Potenze occidentali furono ridotte al minimo.

Nel corso di un colloquio informale tra il nuovo ambasciatore britannico in Libia Donald Maitland, nominato il 10 settembre, e alcuni rappresentanti del Consiglio Rivoluzionario, l'argomento che più stava a cuore al Governo britannico, cioè il mantenimento della base di El Adem, non fu affrontato dai Libici, lasciando immaginare alla controparte che poche sarebbero state le possibilità di mantenere tale installazione militare sul suolo libico. Riguardo agli aspetti economici e commerciali, invece, la nuova élite libica non aveva dato prova di voler interferire nelle transazioni in corso tra il Paese arabo e l'Occidente.

Da un rapporto segreto britannico dell'ottobre 1969 sulle relazioni anglo-libiche, infatti, emerge quanto segue:

Non vi sono stati segni di discriminazione contro beni e servizi britannici. La Libia continuerà a essere un mercato conveniente per i Paesi occidentali [...] Sui contratti per la fornitura di armi l'atteggiamento del Governo libico è stato ambiguo. I Libici hanno detto che intendono studiare bene tutti i contratti, ma al tempo stesso hanno affermato anche di voler continuare l'acquisto di carri armati *Chieftains* e si sono dimostrati interessati all'acquisto di cannoni *Abbot* [...]. In ogni caso, il nostro atteggiamento sui delicati argomenti del trattato e della presenza militare britannica in Libia sarà l'asse portante delle nostre relazioni con il Paese arabo [...]. Il regime libico, probabilmente, non vorrà mettersi dalla parte del torto denunciando il trattato; potrebbe preferire invece la creazione di condizioni tali da indurci a valutare il mantenimento della nostra presenza in Libia non più conveniente. Giudicando il comportamento del regime, è da intuire che esso ha già manifestato le sue intenzioni riguardo alla Base di El Adem e che ora tocca a noi prendere una posizione

sul Trattato. Se non rispondiamo, le pressioni contro di noi potrebbero aumentare e compromettere le relazioni anglo-libiche in generale³¹.

Nei primi mesi che seguirono il colpo di Stato degli "Ufficiali liberi", dunque, la situazione in Libia appariva ancora dominata da una profonda incertezza. Le parti si studiavano, in attesa di prendere una posizione netta sulle questioni fondamentali. Anche gli Stati Uniti rimanevano in attesa di un segnale, che tardò ad arrivare.

Nel frattempo, le esternazioni del leader del Consiglio Rivoluzionario Gheddafi si facevano sempre più accese e nazionaliste, come nei due discorsi tenuti a Tripoli il 16 ottobre e a Tobruk ai primi di novembre, in cui veniva menzionata la necessità che le basi straniere fossero completamente evacuate, ma veniva fatta salva l'amicizia con i popoli americano e britannico, a condizione che i loro Governi si dimostrassero ragionevoli sul ritiro da Wheelus e El Adem³².

Per avere un incontro ufficiale tra l'ambasciatore britannico Maitland e il colonnello Gheddafi si dovette attendere il mese di dicembre, ma per conoscere le reali intenzioni del nuovo leader libico, capire il suo progetto di governo e comprendere l'atteggiamento di aperta ostilità verso le Potenze occidentali che da allora in poi avrebbe caratterizzato la politica libica, si sarebbe dovuto aspettare l'anno successivo. Rimane ancora il dubbio se il periodo di incertezza successivo al colpo di Stato, in cui la Libia per un momento era sembrata quasi propensa a instaurare un nuovo dialogo con i suoi antichi alleati, sia stato dettato dal timore di una controrivoluzione, dall'inesperienza degli "ufficiali liberi" che, dopo aver preso il potere, dovettero dotarsi di un preciso corredo ideologico per conquistare legittimazione politica presso il popolo libico e il mondo arabo, o da una precisa strategia politica del colonnello Gheddafi.

Resta comunque il fatto che la rivoluzione libica, pur collocandosi a pieno titolo nella tipologia dei mutamenti di regime avvenuti negli anni Cinquanta e Sessanta in vari Paesi dello scacchiere mediorientale e nordafricano³³, si differenzia per l'originalità dell'approccio di Ghed-

³¹ PRO, FCO 39/389, *Report on Anglo/Libyan Relations by D. J. Speares, Foreign Office, North African Dept.*, London, 23 October 1969, secret.

³² *Address delivered by Col. Mu'ammār al-Qaddāfi in Tripoli on 4 Sha'ban 1389 = 16 October 1969*, in M. O. Ansell e I. M. Al-Arif, *op. cit.*, p. 91.

³³ Per un approfondimento della situazione politica nella zona mediterranea e mediorientale durante gli anni Cinquanta e Sessanta, si vedano G. VALDEVIT, *Gli Stati*

dafi, interessato prima di tutto a liberarsi dal giogo anglo-americano, poi a esercitare un ruolo di *leadership* nel mondo arabo, attraverso l'unione, mai realizzatasi effettivamente, con Egitto e Tunisia, e mediante l'utilizzo del "petrolio come arma" contro l'Occidente. Solo nel 1976 le visioni di Gheddafi si sarebbero concretate in un progetto politico, con la redazione del "Libro Verde" e la creazione di una *Jamahiriyah* o "Stato delle masse", dai toni socialisteggianti. Da allora in poi la Libia si sarebbe posta in aperto contrasto con gli Stati Uniti, la Gran Bretagna e l'intero mondo occidentale, soprattutto a causa dell'avvio di rapporti con l'Unione Sovietica che, da allora in poi, sarebbe diventato il principale fornitore di armi del regime di Tripoli.

La recente declassificazione di documenti permette ora di osservare il caso libico sotto il duplice punto di vista della "grande distensione" e della decolonizzazione in fase avanzata, mettendo in luce la capacità dimostrata dalle grandi potenze alla fine degli anni Sessanta e nei primi anni Settanta di adattarsi ai nuovi interlocutori alla testa degli Stati dell'area mediorientale e nordafricana, al fine di gestire al meglio i rapporti post-coloniali, con l'obiettivo di mantenere un certo controllo della zona, sia per motivi di sicurezza, sia per interessi di natura economica e commerciale.

La tolleranza delle Grandi Potenze riguardo ai nuovi regimi, costituitisi quasi sempre in seguito a dinamiche di affermazione di leader carismatici attraverso rivoluzioni o colpi di Stato, trovava però il suo limite nello schieramento di tali regimi secondo le logiche bipolari dell'epoca: da parte americana e britannica si era disposti anche a sopportare critiche, rivendicazioni o dichiarazioni di non allineamento, ma l'apertura all'URSS e ai suoi satelliti era vista come un atto ostile, che superava la soglia di tolleranza anglo-americana e trasformava lo Stato responsabile della svolta filo-sovietica in un avversario da combattere con ogni mezzo.

Uniti e il Mediterraneo. Da Truman a Reagan, Milano, Franco Angeli, 1991; R. O'NEIL (ed.), *Prospects for Security in the Mediterranean*, London, Macmillan, 1988; LENCZOWSKI GEORGE, *The Middle East in World Affairs*, Ithaca, Cornell U.P., 1987.

LUCA R. PERFETTI

Dichiarazione di inizio attività e liberalizzazione dell'attività edilizia. Note a margine di Cassazione Penale, III, 23 Gennaio 2001, N. 204

ABSTRACT

Il lavoro prende le mosse dalla recente sentenza Cassazione Penale sez. III, 23 gennaio 2001, n. 204, per muovere all'indagine dei titoli abilitativi in materia edilizia. In particolare viene studiato il problema dell'estensione del regime della dichiarazione di inizio attività ad un'ampia gamma di interventi, anche di nuova edificazione. Il tema viene affrontato sia dal punto di vista della competenza legislativa regionale in materia, sia da quello delle conseguenze sul regime sanzionatorio degli abusi che, soprattutto, da quello, tipicamente amministrativistico, del regime della dichiarazione ex art.19, l.241/1990, in contrapposizione a quello concessorio, raggiungendo alcune conclusioni sia in merito al regime della dichiarazione che alle questioni applicative che la legislazione regionale esaminata principalmente pone.

LUCA RAFFAELLO PERFETTI

DICHIARAZIONE DI INIZIO ATTIVITÀ E LIBERALIZZAZIONE
DELL'ATTIVITÀ EDILIZIA

Note a margine di Cassazione Penale, III, 23 gennaio 2001, n. 204

SOMMARIO

1) *La sentenza e la disciplina regionale*; 2) *Incostituzionalità della legge regionale e sanzioni penali*; 3) *Il regime della dichiarazione ex art.19 l.241/90*; 4) *Problemi applicativi*.

1. La sentenza e la disciplina regionale

Con la sentenza sez. III penale, 23 gennaio 2001, n. 204, la Corte di Cassazione ha affermato la rilevanza penale delle attività edilizie intraprese in forza di dichiarazione di inizio attività, in quei casi in cui la legislazione regionale lombarda, in contrasto con la disciplina nazionale, estendeva il regime di cui all'art. 19 l.241/90 anche ad interventi che avrebbero richiesto il previo rilascio di concessione edilizia. La Corte di Cassazione, nella specie, ha sostanzialmente disapplicato la legge regionale, proponendone una lettura abrogatrice, apertamente contrastante con il disposto normativo. Prima di entrare nel merito della decisione, quindi, occorre premettere una breve illustrazione della disciplina regionale. La l.r. Lombardia 19 novembre 1999, n. 22 (che detta misure in materia di parcheggi) reca, all'art. 4, una previsione che modifica profondamente il quadro dei titoli abilitativi agli interventi edilizi; la struttura della disposizione regionale è apparentemente semplice: si richiama (art. 4, c. I) la disciplina di cui all'art. 19 l. 241/90 e la si applica (c. II) agli interventi edilizi sottoposti ad autorizzazione edilizia, estendendola (c. III), però, ai casi previsti "dall'allegato A della deliberazione della giunta regionale n. 6/38573". Ove si guardi alla deliberazione della giunta regionale richiamata, vi si troveranno elencati una serie di interventi edilizi, tra i quali quelli per i quali la legislazione nazionale richiede il previo rilascio di concessione edilizia¹; la volontà di estendere il regime della dichiarazione anche

¹ Già lo stesso art. 4 della legge si riferisce anche ad interventi per i quali siano dovuti oneri di urbanizzazione e costo di costruzione, con il che facendo intendere di disporre in materia di interventi altrimenti sottoposti a concessione. Quanto alla de-

a quegli interventi è confermata da successiva circolare interpretativa² che, tuttavia, confusamente, pare per un verso confermare la sostituzione del regime della concessione con quello ex art. 19 l. 241/90, per altro considerare i regimi coesistenti ed alternativi, per altro ancora presentare il regime della dichiarazione quasi fosse quello, evidentemente differente, del silenzio assenso ex art. 20 l. 241/90³. In questo

terminazione degli interventi, la DGR 25 settembre 1998, n. 6/38573 – in *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia*, 30.10.98, n. 43 –, con la quale si dettano gli indirizzi generali per la redazione dei regolamenti edilizi comunali, alla quale la legge rinvia, espressamente richiama e qualifica attività che ricadono nelle nozioni di manutenzione ordinaria, straordinaria, restauro, risanamento conservativo e ristrutturazione edilizia, nonché le modifiche ed integrazioni al patrimonio edilizio esistente (sopralzo, ampliamento, demolizione), la ricostruzione edilizia e la nuova edificazione. Si consideri, poi, che la delibera è accompagnata da un “Comunicato” dell’assessore regionale all’Urbanistica, nel quale si afferma testualmente che, “le definizioni di interventi edilizi, contenute nell’allegato A, costituiscono parametro di riferimento per i Comuni”.

² Con successiva circolare regionale (Circolare dell’Assessore regionale all’urbanistica, 9.12.1999, n. 60, in *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia*, 10.12.1999, III suppl. straordinario, n. 49) l’esecutivo regionale ribadiva che il novero degli interventi sottoposti a dichiarazione era stato ampliato dalla l.r. Lombardia 22/99, estendendolo alle nuove edificazioni; l’unica esclusione espressamente posta dalla circolare è riferita alla “concessione edilizia convenzionata”, con espressione assai impropria ma che certo vale a fare intendere che l’unica area realmente sottratta al regime della dichiarazione è quella della pianificazione attuativa convenzionata.

³ Nella direzione della sostituzione del regime della dichiarazione a quello della concessione – conformemente alla previsione della legge regionale – è parte della citata circolare n. 60/99, laddove si sostiene che “la nuova disciplina sulla DIA prevale su ogni contrastante (più restrittiva) previsione che fosse contenuta in strumenti urbanistici comunale, sia generali che attuativi, vigenti e/o adottati” e ciò, riterrebbe l’assessorato regionale, “in forza del principio generale del diritto sulla cd gerarchia delle fonti, in base al quale un atto legislativo prevale su difformi previsioni contenute in atti di natura regolamentare”. Se si volesse dar credito alla circolare regionale, quindi, la sottoposizione al regime di cui all’art. 19 l. 241/90 degli interventi di nuova edificazione avrebbe la natura – che sarebbe lecito attendersi – di mutamento del regime delle relative attività – e d, infatti, prevale sulle difformi norme di piano –, di eliminazione della concessione edilizia (atto corrispondente a differente regime) dalla categoria dei provvedimenti abilitativi, di liberalizzazione degli interventi edilizi di nuova edificazione, mutamento d’uso, variante in corso d’opera, con le relative conseguenze sul regime della proprietà e delle posizioni soggettive. Tuttavia, all’opposto, la stessa circolare n. 60/99 sostiene che l’estensione del regime ex art. 19 l.241/90 agli interventi di nuova edificazione “non impedisce certo che l’avente titolo richieda gli atti di assenso previsti dalla vigente legislazione per l’esecuzione delle opere soggette a DIA (autorizzazione o concessione edilizia); infatti, la DIA è una facoltà e non certo un obbligo”. Nella lettura fornita dall’esecutivo lombardo, quindi, il regime ex art. 19 l.

quadro normativo si inserisce la vicenda che ha dato origine alla pronuncia in rassegna. Ad esito dell'essersi perfezionato il termine di cui all'art. 19 l. 241/90, il denunziante aveva dato avvio alla edificazione di fabbricati di nuova costruzione. Per parte sua il Procuratore della Repubblica di Sondrio adottò un decreto di sequestro penale, contestando il reato di cui all'art. 20 della l. 47/85 (opere realizzate in assenza di concessione edilizia). Il Tribunale del riesame aveva, successivamente, annullato il decreto di sequestro, applicando la l.r. 22/99 che, ad opinione del Tribunale, aveva fatto venire meno il reato ove fosse stata presentata denuncia a termini dell'art. 19 l. 241/90. La Corte di Cassazione, investita della questione dal ricorso presentato dalla Procura⁴, annullava senza rinvio il provvedimento del Tribunale, restituendo così efficacia al decreto di sequestro.

Il supremo organo della giustizia penale, infatti, ritiene che "ragioni di ordine testuale, razionale e sistematico non consentono, però, di accedere a tale interpretazione (n.d.r., quella fornita dal Tribunale del riesame) poiché la norma, che non disciplina in maniera organica la materia della denuncia di inizio attività urbanistica, enuncia espressamente i principi cui intende ancorarsi nell'esercizio della potestà legislativa prevista dall'art. 117 Cost. che impone il rispetto di quelli fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato"⁵. Si tratta di una lettura palesemente in contrasto con la disposizione regionale, che chiaramente

241/90 non sarebbe altro che una semplificazione procedimentale, non incidendo affatto sulla sostanza dei rapporti, delle posizioni soggettive e del regime della proprietà e del suo uso.

⁴ La Procura ricorreva denunciando la violazione di legge in base all'art. 19, l. 241/90, in relazione alla previsione di cui all'art. 117 Costituzione, nonché il contrasto con il sistema dei titoli abilitativi tracciato dalla l. 662/96 (ed, in particolare, all'art. 2, comma 60).

⁵ Il giudice è ancora, quindi, la sua lettura adeguatrice al richiamo operato dalla disposizione regionale in favore dell'art. 19 l. 241/90 ed alla disposizione di cui all'art. 2, comma 60, l. 662/96. In forza del richiamo operato dalla legge regionale a dette disposizioni (e, comunque, della loro vigenza), la Cassazione conclude che la norma regionale "deve essere convogliata nell'alveo dei principi fondamentali della legislazione urbanistica statale, puntualmente riconosciuti dal legislatore regionale, considerato, altresì, che l'istituto della dichiarazione di inizio attività, non è stato organicamente disciplinato con riferimento all'intera materia urbanistica, ma precipuamente richiamato per le attività di recupero di immobili e di realizzazione di nuovi parcheggi e che l'espressione "tutti gli interventi edilizi" ha la portata limitativa impressa dalla specifica menzione degli interventi di cui al precedente comma 2".

estende il regime della dichiarazione ad ipotesi sottoposte a quello concessorio dalla legge nazionale⁶. Nella sostanza, pare proprio d'esser in presenza di una sorta di disapplicazione della legge regionale incostituzionale, in ipotesi in cui, invece, ben più coerente sarebbe stato sollevare la questione di legittimità costituzionale, sia pure con tutti i limiti che derivano dal fatto che oggetto della questione sarebbe stata disposizione che ha il contenuto di togliere rilevanza penale ad un comportamento⁷.

2. Incostituzionalità della legge regionale e sanzioni penali

La disposizione regionale e la sentenza appena rammentate, pongono non pochi problemi interpretativi. Anzitutto, e più radicalmente, si pone la questione della legittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 4 l.r. Lombardia 22/99. Tuttavia, si tratta della questione meno spinosa, essendo piuttosto evidente il contrasto con l'art. 117. È, infatti, noto come il testo stesso dell'art. 19 l. 241/90 escluda le attività sottoposte al regime concessorio dall'area di applicabilità del regime della dichiarazione, né sussistono dubbi circa il fatto che la disposizione in questione sia norma che reca un principio generale del-

⁶ Nella sostanza, il giudice penale opera una sorta di disapplicazione della legge regionale illegittima, sul modello di quanto avverrebbe per l'atto amministrativo di pari condizione in sede civile ovvero della legge nazionale in contrasto con disciplina comunitaria. Tuttavia, questa sorta di disapplicazione *extra ordinem*, porta ad ulteriori incertezze ed apre problemi applicativi. La Regione Lombardia, per parte sua, è insorta contro la decisione in questione, sollevando conflitto di attribuzioni avanti la Corte Costituzionale.

⁷ Non è difficile comprendere quale ragione abbia indotto la Corte ad evitare la rimessione al giudice delle leggi; è ben nota, infatti, la questione della problematicità dell'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme penali di favore, che determina, in forza della pronunzia della Corte Costituzionale, la rilevanza penale di comportamenti precedentemente scusati. Sul tema, come noto la Corte ha mostrato atteggiamenti oscillanti. Dopo un iniziale atteggiamento in senso negativo, l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale relative alle norme penali di favore è stato più largamente ammesso. Tuttavia, l'atteggiamento interpretativo della Corte non s'è stabilizzato e, anche per via dell'intrecciarsi della questione con quella delle pronunzie manipolative del giudice delle leggi, la questione dell'ammissibilità ha registrato oscillazioni interpretative. Su tutta questa vicenda, in sintesi, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, 66.

l'ordinamento giuridico, in forza anche dell'art. 29 l. 241/90⁸. La questione non è modificata né dalla riforma dell'art. 117 Costituzione conseguente all'entrata in vigore della legge costituzionale 3/2001; infatti, se si è generalizzata la potestà legislativa regionale nella materia del "governo del territorio", comprensiva della materia dell'edilizia, non di meno si tratta di ipotesi che rientra nella competenza legislativa concorrente. In materia edilizia, quindi, le Regioni incontrano ancora il limite del nel rispetto dei principi fondamentali fissati dalle leggi dello Stato ed alla legge regionale, quindi, continua ad essere preclusa la capacità di abrogare principi fondamentali della legge nazionale⁹. Né il contenuto delle disposizioni rammentate è modificato dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico dell'edilizia) a mente del quale (art. 10, III c.) si prevede che le Regioni possano, semmai, ampliare il novero degli interventi che richiedono concessione edilizia¹⁰.

Per altro, non può sfuggire il fatto che la norma regionale lombarda, sia pure indirettamente, incide sul regime sanzionatorio penale e sui modi di estrinsecazione del diritto di proprietà¹¹.

⁸ Sulla questione si vedano i contributi raccolti da G. PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, 1997 e, particolarmente, quello di S. FREGO, *Legge n. 241 e ordinamenti regionali*, 23. Sull'autonomia regionale in materia si vedano anche le brevi ma chiare considerazioni di A. TRAVI, *sub art.29*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995. Sulle novità, a Costituzione invariata, apportate dai provvedimenti legislativi di ridefinizione dell'ambito delle competenze tra centro e Regioni, cfr. M. MAZZAMUTO, *Dichiarazioni sostitutive: le principali innovazioni delle leggi Bassanini*, in *Nuove Autonomie*, 1999, 45.

⁹ Né contrasta con la natura di norma che detta principi inderogabili alla legislazione regionale l'insegnamento secondo il quale "il principio enunciato dall'art. 19, l. 7 agosto 1990 n. 241, di naturale libertà di iniziativa economica su denuncia, per i casi già sottoposti ad autorizzazioni vincolate e prive di discrezionalità tecnica, non può essere ritenuto direttamente applicabile alle regioni, ma deve essere definito e limitato da apposita regolamentazione regionale, non essendo lo Stato abilitato a dettare, anche per le Regioni, norme sui settori esclusi dal regime liberalizzato" (Consiglio di Stato (Sez. IV), 3 marzo 1997, n. 200, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 1157, ove nota di E. BOSCOLO), ovvero quello (T.A.R. Friuli-V. Giulia, 18 giugno 1998, n. 815, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1998, I, 1460) secondo cui "nelle materie di competenza legislativa regionale non si verifica una diretta applicazione dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241 e dei relativi regolamenti statali di attuazione, spettando alla Regione l'adeguamento del proprio preesistente ordinamento sulla base dei principi desumibili dalla legge statale".

¹⁰ Sul tema, comunque, cfr. V. MAZZARELLI, *Il testo unico in materia edilizia: quel che resta dell'urbanistica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 775.

¹¹ La riflessione sul modello di proprietà amministrata in relazione alla disciplina

Ancorché la dimostrazione dell'illegittimità costituzionale della disposizione regionale non richieda che un breve cenno, piuttosto complesso sono le questioni che questa considerazione apre. La disposizione regionale, infatti, è tuttora vigente e la pronuncia della sua incostituzionalità da parte del giudice delle leggi avrebbe limitati effetti dal punto di vista penalistico, stante il principio di irretroattività dell'abrogazione di norme che escludono la punibilità di dati comportamenti; è, infatti, evidente, che la sottoposizione al regime della dichiarazione escluderebbe l'applicabilità dell'art. 20 della l. 47/85 che punisce come reato il comportamento di chi ponga in essere interventi edilizi sottoposti al regime concessorio in assenza o difformità dalla concessione.

Dal punto di vista penalistico, le conseguenze sono notevoli. Non solo, infatti, non pare punibile il comportamento di chi ponga in essere, in forza di dichiarazione di inizio attività, interventi che richiederebbero pervio rilascio di concessione in forza della legge statale. Parrebbe, anzi, da ritenersi che anche le attività svolte in assenza sia di concessione che di dichiarazione non siano punibili. Infatti, l'art. 19 l. 241/90 non disciplina una conclusione tipica del procedimento (com'è per il silenzio assenso ex art. 20), quanto, piuttosto, un diverso regime delle attività del privato; pertanto, liberalizzata l'attività, si dovranno ritenere inapplicabili le sanzioni penali previste per attività che liberalizzate¹² non sono. In tal senso, ogni attività edilizia di nuova edifica-

di cui all'art. 19 in esame è particolarmente sviluppata, anche con riferimento agli spazi riservati all'autonomia regionale, da E. BOSCOLO, in monografia in corso di pubblicazione. Dello stesso, frattanto, si veda *Il silenzio-assenso in tema di pubblici esercizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 430.

¹² Come si avrà modo di vedere, la disciplina della dichiarazione conduce ad una sostanziale liberalizzazione delle attività relative, conferendo al privato diritti che si esercitano in ambito regolato. Sulla relazione tra regolazione giuridica e libera azione di mercato, descrivendo la parabola dalla soggettività pubblica alla regolazione (già anticipata da C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Diritto pubblico*, 1995, 393), cfr. S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 96 e ID., *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 699. Quanto alla relazione tra semplificazione e liberalizzazione in relazione all'art.19, *ex multis*, A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 989 e ID., *La semplificazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999, 757; la relazione in questione è stata colta dalla dottrina in modo non univoco, andandosi da chi, come cfr. E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Diritto amministrativo*, 1998, 354, ha messo in luce l'effetto semplificante della liberalizzazione delle attività, a chi, invece, ha sottolineato la

zione che non richieda l'approvazione di piani attuativi, essendo sottoposta al regime della dichiarazione, non potrebbe esser sanzionata penalmente sia che la dichiarazione sia stata presentata sia, all'opposto, che la presentazione sia mancata poiché le attività corrispondenti, comunque, non richiedono concessione.

Non di meno la questione ha rilievo dal punto di vista privatistico, stante la previsione di cui all'art. 10 l. 47/85, che colpisce con la nullità i contratti tra privati che abbiano ad oggetto immobili abusivi. La condizione di incertezza, conseguente anche alla sentenza in rassegna, circa il contenuto dell'art. 4 della l.r. Lombardia n. 22/1999 non consente di escludere che possano esser considerati abusivi interventi realizzati in forza di titolo conforme alla previsione della legge regionale. Ne conseguirebbe la responsabilità civile del venditore e la nullità dei negozi stipulati in relazione a beni interessati da interventi posti in essere in forza dell'art. 4 della l.r. Lombardia n. 22/1999, laddove questa ecceda l'operatività dell'art. 19 l. 241/90.

Per altro verso, poiché nella più parte dei casi, ad esito della presentazione della dichiarazione, mancherà un provvedimento amministrativo, lo stesso interesse pubblico finirà per esser fatto valere dai privati controinteressati, che deducano in sede civile (con le comprensibili difficoltà, anche in termini di esecuzione della eventuale decisione favorevole) l'illegittimità della situazione creatasi.

Ancora più complessa la situazione generata dalla disposizione e dall'interpretazione fornita dalla Cassazione quanto alla disciplina di diritto amministrativo.

Occorrerebbe, infatti, chiedersi –nella vigenza della disposizione – quale sorte subiscano le opere realizzate in difformità o assenza di dichiarazione, ovvero in forza di previa concessione alla quale vengano apportate varianti essenziali secondo il regime della dichiarazione, op-

permanenza (e, per certi versi, la necessità) di poteri pubblici, specie di regolazione, a fronte di interventi di liberalizzazione (cfr. M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 181), ed, anzi, aumenti il livello di dettaglio della regolazione (cfr. A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 645), a chi, al contrario, ha messo in relazione biunivoca liberalizzazione e deregolazione (cfr. G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 629), a chi ha evidenziato, invece, i compiti di amministrazione di controllo delle attività liberalizzate (cfr. G. VESPERINI, *Attività private e controlli amministrativi nella l.241: tra regole di semplificazione e promesse di liberalizzazione*, in *Regione e governo locale*, 1992, 367).

pure se sia ammissibile la presentazione della dichiarazione "in sanatoria". Bastano questi pochi tratti a rendere necessaria la precisazione circa la natura della dichiarazione ex art. 19 l. 241/90.

3. Il regime della dichiarazione ex art. 19 l. 241/90

La letteratura giuridica ha inquadrato l'istituto della dichiarazione di inizio attività con diversità d'accenti¹³, anche con riferimento alla specifica questione della sua applicazione in materia edilizia¹⁴. In primo luogo, va segnalata quella lettura, secondo la quale dall'art. 19 l. 241/90 discende la legittimazione *ex lege* delle attività corrispondenti¹⁵. La tesi, largamente seguita in dottrina, viene argomentata dalle

¹³ Per l'indagine a fondo sul tema si veda L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, dichiarazione sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, *passim*. Per l'illustrazione dei modelli e delle tecniche di semplificazione adottati nei Paesi OCSE, M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 679. Per l'indagine sul tema oggetto di questa nota – nel senso dell'espansione del modello della denuncia – cfr. ID., *Temine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 117.

¹⁴ Sul tema specifico dell'applicazione dell'art.19 in materia edilizia, cfr. P. MANTINI, *La semplificazione amministrativa in materia edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1995, 791, secondo il quale, "[nel]la nuova disciplina è la legge e non più il provvedimento dell'amministrazione a legittimare il privato all'esercizio dell'attività"; in senso analogo, N. ASSINI, P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, II ed., Milano, 1997, 613. Di "disciplina liberalizzatrice" parlano anche P. MARZARO GAMBA, *L'individuazione degli interventi edilizi soggetti a denuncia di inizio: aspetti problematici*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 1997, 257, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Trasformazioni dell'amministrazione e funzione di controllo sull'uso dei suoli. Il principio di responsabilità tra 'pubblico' e 'privato'*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 1995, 142 e L. MIGLIORINI, *Ancora sulla c. d. sanatoria urbanistica*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Padova, 1998, 15. IN senso opposto, M. BERNARDINI, *Dalla concessione alla denuncia di inizio di attività*, Padova, 1998, 94, e G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 1997, 923, secondo il quale la l. 662/96 "viene a configurare in sostanza la denuncia di inizio attività come un istituto molto simile a quello dell'autorizzazione tacita, nel senso che il silenzio, decorso il termine prefissato, viene a costituire effetti giuridici".

¹⁵ Per tutti, A. TRAVI, *Silenzio – assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amministrativo*, II, 1993, 601. In senso conforme, V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996, 205.

differenze tra il silenzio assenso (come valutazione legale tipica¹⁶, sicché la legge, dando rilievo al decorso del tempo, gli riconnette effetti legali tipici del provvedimento amministrativo espresso¹⁷, salvi i poteri di autotutela) ed il regime della dichiarazione ex art. 19 l. 241/90¹⁸. Altri, pur non condividendo il modello appena descritto, sono concordi nel ritenere che la dichiarazione si differenzia dal silenzio assenso perché le attività sottoposte al regime della prima non necessitano, per essere intraprese, del consenso – anche se implicito – dell'amministrazione¹⁹. Anche chi²⁰ ha escluso che si possa parlare di autoammini-

¹⁶ Come noto, tuttavia, in passato si sono avanzate anche differenti interpretazioni dell'istituto del silenzio assenso; v'è chi ha prospettato lo stesso silenzio assenso quale ipotesi di legittimazione *ex lege* (A. DE ROBERTO, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella legge "Nicolazzi"*, in *Diritto e società*, 1983, 163), ovvero quale titolo abilitativo all'attività (A. CARULLO, *L'edificabilità dei suoli*, Padova, 1983, 96) o fattore di effettività interposto tra norma e fattispecie concreta, sicché potrà dirsi esistente o non, con evidenti conseguenze sull'attività conseguente (A.M. SANDULLI, *Il silenzio accogliamento nella legge Nicolazzi*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1982, II, 53).

¹⁷ In tal senso il richiamo è a G. F. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*, ed ID. *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 72 e ss.

¹⁸ In particolare si ritiene che, nel caso di interventi sottoposti a dichiarazione, si trovi nella legge una compiuta determinazione della fattispecie, diversamente da quanto avviene in quelli di silenzio assenso, ove è sempre possibile l'intermediazione dell'atto amministrativo, in funzione di "disciplina particolare" (A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 608). In secondo luogo, si afferma che il silenzio assenso è istituto di applicazione tendenzialmente generale, mentre non è così per il regime di cui all'art.19. Infine, il regime della dichiarazione legittima *ex lege*, direttamente, l'esercizio dell'attività salvo l'obbligo di denunciarne l'avvio, mentre nell'istituto del silenzio il titolo in forza del quale si svolge una data attività è il provvedimento, ancorché implicito. Ne consegue, in quest'ordine di idee, che l'amministrazione, nel caso di attività ex art.19 dispone del solo potere di controllo, sicché i provvedimenti eventualmente assunti non hanno natura di atto di ritiro. Proprio per questo non c'è tutela del terzo sul supposto assenso (ma solo in sede ordinaria per fare valere il rapporto tra privati, ovvero avverso l'inerzia –nella specie del silenzio diniego – conseguente ad invito a voler controllare, rivolto dallo stesso terzo all'amministrazione. Sul problema dei profili procedurali che seguono la presentazione della dichiarazione e sulla natura del potere correttivo, comunque, F. TRIMARCHI BANFI, *Diritti, poteri e responsabilità nelle recenti riforme di alcuni procedimenti amministrativi*, in *Diritto pubblico*, 1999, 823.

¹⁹ In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 58. Conformemente G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici.*, Milano, 2000, 190.

²⁰ G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale. Atti del XLII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*

strazione dei privati e di liberalizzazione delle attività²¹, ha contrapposto il modello dell'attività privata sottoposta ad eventuale vigilanza dell'autorità a quello che richiede preventivo consenso dell'amministrazione²², ritenendo quello di cui all'art. 19 come intermedio. Il fatto che nel caso dell'art. 19 la successiva attività di vigilanza venga ritenuta necessaria²³ – cosa discussa da altro insegnamento²⁴ – non esclude affatto che l'attività possa esser svolta dal privato in assenza di qualsiasi espressione di consenso da parte dell'amministrazione, traendo la legittimazione non dal formarsi del silenzio tipizzato dell'amministrazione ma dalla legge.

Quegli orientamenti, poi, che riconnettono il valore legittimante alla presentazione della denuncia²⁵, ancorché sottoposti a penetranti critiche²⁶, non possono non ammettere il fatto che nessun procedere e provvedere è richiesto al potere pubblico perché il privato possa esercitare i suoi diritti.

La giurisprudenza, per parte sua, mostra oscillazioni che vanno da insegnamenti (che paiono errati) che qualificano il regime della denuncia come silenzio assenso²⁷, ad altri che riconnettono il valore legitti-

ne, Milano, 1997, 139 – ma, anche, Id., *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2000, 119. Per l'illustrazione del concetto F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996 ed Id., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, 81 e G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, G. F. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1357.

²¹ G. DE MINICO, *Note sugli artt. 19 e 20 della legge n.241/90*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 272.

²² G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 144.

²³ G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 148.

²⁴ A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, 22.

²⁵ D. PULITANO, *Commento all'art. 21*, in V. ITALIA, M. BASSANI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti amministrativi. Legge 7 agosto 1990, n. 241*, Milano, 1995 II ed., 401 e I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, 1991, 144

²⁶ Per le quali si può senz'altro rinviare a G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 161

²⁷ È, ad esempio, il caso di T.A.R. Toscana, sez. II, 17 febbraio 1998, n. 225, in *Foro Amministrativo*, 1998, secondo il quale non sussisterebbe "alcun termine decadenziale per l'esercizio da parte della p.a. dei poteri di accertamento dei requisiti prescritti per le attività private intraprese in base all'art.19 l.241/90, sia per l'adozione di provvedimenti diretti a vietare la continuazione dell'attività sia per l'annullamento del

mante alla dichiarazione²⁸, ad altri, infine, che non distinguono tra legittimazione *ex lege* ed in base alla dichiarazione²⁹.

L'individuazione del titolo legittimante (la legge, la dichiarazione, il decorrere del termine) importa conseguenze non irrilevanti circa i problemi applicativi che la sentenza in questione e la disciplina regionale lombarda pongono.

4. Problemi applicativi

La sentenza della Corte di Cassazione esclude l'applicabilità del regime *ex art. 19 l. 241/90*. La legge regionale, per quanto invalida, è ancora in vigore. Non ci si può non chiedere quali effetti si applichino sul regime delle sanzioni amministrative in Lombardia.

Anzitutto si darà il caso di interventi conformi al piano regolatore

silenzio assenso formatosi sulla domanda dell'interessato", laddove si fatica a comprendere come si possa formare silenzio assenso sulla base della dichiarazione *ex art. 19*. Non di meno errata pare l'opinione del Consiglio di Stato (Sez. V), 11 maggio 1998, n. 554, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 1939, secondo la quale "costituisce non già diniego di licenza commerciale, bensì un atto di autotutela recante l'inibizione di continuare l'attività la comunicazione con cui il sindaco, alcuni giorni dopo aver ricevuto la dichiarazione d'inizio dell'attività stessa ai sensi dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241, rende noto all'imprenditore interessato l'insussistenza dei presupposti per il relativo svolgimento ed invita il comando di polizia urbana a vigilare su quest'ultimo, da intendere a tutti gli effetti vietato".

²⁸ In tal senso T.A.R. Abruzzi, L'Aquila, 14 febbraio 1995, n. 30, in *I. T.A.R.*, 1995, I, 1803, secondo il quale "la formale denuncia di inizio di attività assume il valore dell'esplicita autorizzazione amministrativa in tutti i casi in cui il formale rilascio di quest'ultima non è subordinato a positive valutazioni discrezionali della P.A. e dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge". E ciò perché "La denuncia di inizio di attività che, ai sensi dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241, assume il valore di autorizzazione amministrativa è e rimane un atto del privato."

²⁹ Si tratta di insegnamenti che si sono formati soprattutto in merito all'attività di verifica e sulla natura perentoria del termine per il suo esercizio ("relativamente alle attività che il privato può svolgere dopo previa comunicazione all'amministrazione del loro inizio, è limitato al termine perentorio di sessanta giorni l'esercizio, da parte dell'amministrazione stessa, del potere di verificare d'ufficio dei presupposti e dei requisiti di legge, nonché di disporre gli ulteriori incombenti" cfr. Consiglio di Stato (Ad. Gen.), 28 aprile 1994, n. 137, in *Foro Italiano*, 1996, III, 329). In dottrina, per la tesi della perentorietà del termine, A. TRAVI, *sub art.19*, in A. TRAVI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, 109, sulla scorta del dato letterale. Nello stesso senso, A. PAJNO, *op.ult.cit.*, 42, M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 114, e G. VESPERINI, *op. ult. cit.*, 112. Di diverso avviso G. FALCON, *op. ult. cit.*, 178.

(che richiedono previo rilascio di concessione edilizia in base al d.P.R. 380/2001) che sono stati preceduti da dichiarazione di inizio attività. A seguire l'orientamento della Corte di Cassazione, l'amministrazione dovrebbe (e l'omissione è punita come reato) irrogare le sanzioni di cui all'art. 7 l. 47/85; in forza della legge regionale il comportamento è perfettamente legittimo. Ne consegue che, ove l'amministrazione applicasse le sanzioni di cui alla l. 47/85, il realizzante potrebbe legittimamente eccepire il contrasto con la legge regionale; infatti, ove si consideri che la legittimazione ad eseguire le opere discenda direttamente dalla legge, non residuano dubbi sulla legittimità di quanto eventualmente realizzato.

In secondo luogo si deve ipotizzare il caso in cui l'intervento sia posto in essere in forza di dichiarazione (conforme allo strumento urbanistico), ma la realizzazione avvenga in difformità da quanto denunciato (ipotesi, com'è facile immaginare, non ignota alla prassi lombarda). Nell'ordine di idee della Corte di Cassazione, questi interventi sarebbero, comunque, abusivi per le ragioni illustrate nel caso che precede. Chi volesse dare ossequio alla legge regionale, invece, dovrebbe porsi il problema dalla misura sanzionatoria applicabile. In questo caso emerge tutta l'ambiguità della circolare della Giunta regionale che s'è richiamata (che, come accennato, descrive il regime della dichiarazione come se si trattasse di ipotesi di silenzio assenso). Infatti, la fattispecie non potrebbe esser sanzionata a termini della l. 47/85 (né in forza dell'art. 7, previsto per le opere realizzate in difformità dalla concessione, né in base all'art. 12, dettato per il caso della difformità dall'autorizzazione), poiché è lo stesso art. 19 l. 241/90 a disporre in ordine alle conseguenze tipiche in quest'ipotesi. Appaiono, peraltro, evidenti le differenze tra le due ipotesi: in base alla previsione di cui all'art. 7 l. 47/85 sussistono due distinti provvedimenti, di diffida a ripristinare e successivo ordine a rimuovere le difformità (mentre, all'opposto, nel regime dell'art. 19 l. 47/85, manca la fare monitoria), non sono stabiliti termini massimi per l'esercizio del potere sanzionatorio (mentre è perentorio il termine stabilito dall'art.19), è prevista l'acquisizione alla proprietà pubblica dell'area (assente nel regime della dichiarazione).

Diviene qui rilevante la questione di quale sia il titolo legittimante all'esercizio dell'attività ex art. 19 l.2 41/90. Ove il titolo discenda – come pare doversi ritenere – direttamente dalla legge, infatti, non si potrà che ritenere che l'amministrazione disponga solo dei poteri che lo stesso art.19 prevede e che gli stessi siano da esercitarsi entro il

termine perentorio di legge. Né una simile limitazione potrebbe superarsi facendo luogo all'applicazione del generale potere di polizia amministrativa³⁰. Tuttavia, non sfugge certo come la conseguenza di simili norme sia quella dell'impossibilità pratica del controllo amministrativo; è infatti evidente come nel corso di realizzazione di un'opera, avviata in forza di un titolo valido, sia ben possibile operare una serie di difformità che costituirebbero variante essenziale nel regime della concessione e che ben difficilmente l'amministrazione riuscirebbe a sanzionare nei ristretti limiti decadenziali previsti dall'art. 19. Infatti, la realizzazione di un intervento edilizio (stante anche l'efficacia triennale del titolo concessorio) posta spesso all'apertura di un cantiere che può operare anche per un tempo non breve, sicché le difformità appariranno all'amministrazione solo a termine scaduto. La conseguenza è del tutto comprensibile nella logica della liberalizzazione del regime tipica dell'art. 19 l. 241/90; ad essere meno condivisibile è la stessa estensione del regime della dichiarazione alle nuove edificazioni.

Ove, invece, si voglia intendere (ma la tesi è assolutamente minoritaria in dottrina e per lo più superata in giurisprudenza) che il titolo discenda dal decorso del tempo, si finirà per uniformare il regime di cui all'art. 19 a quello del silenzio assenso, potendosi così ipotizzare un tardivo provvedimento di autotutela in ordine al consenso implicito formatosi. Tuttavia, in quest'ipotesi, si finirebbe per stravolgere il contenuto dell'art. 19 allo scopo di renderne meno inaccettabili le applicazioni. Nella sostanza, dovendosi dare credito all'opinione secondo la quale, nei casi di cui all'art. 19, il titolo in forza del quale realizzare l'intervento discende direttamente dalla legge, si dovrà ammettere solo il potere di inibizione e intimazione a conformare l'attività di cui all'art. 19, con il limite della natura perentoria del termine entro il quale il detto potere deve essere esercitato.

V'è una terza ipotesi (che costituisce, in realtà, una variante di quella precedente, di nuovo venendo in rilievo la qualificazione dell'istituto della dichiarazione): cosa avvenga, cioè, quando il privato abbia

³⁰ È pur vero che autorevole dottrina si è richiamata alla possibile applicazione dei generali poteri di controllo e polizia amministrativa (cfr. M. P. CHITI, *op. ult. cit.*, 197). Tuttavia, non si può trascurare la necessità di una debita osservanza del principio di legalità, sicché la potestà sanzionatoria ordinaria, derivante dall'esercizio di poteri di polizia amministrativa, se non si vogliono rinverdire antiche idee di relazioni di supremazia speciale, deve essere contenuta in espresse previsioni di legge (se non altro in ossequio agli artt. 97 e 23 Costituzione).

avviato l'attività edilizia in forza di concessione e, successivamente, vi abbia apportato modifiche sostanziali senza alcun titolo abilitativo. Nessun problema, di nuovo, secondo la visione prospettata dalla Cassazione, essendo dette opere abusive e, quindi, soggette a sanzione (o richiedenti sanatoria). Nell'ordine di idee del legislatore regionale, invece, varrebbe la pena di chiedersi se siano ipotizzabili regimi sanzionatori distinti (a seconda di quello per il quale il privato ha optato in sede di richiesta di concessione o avvio dell'attività), ovvero se si debba ritenere tutto attratto in quello della dichiarazione (poiché il privato avrebbe potuto operare con questa fin *ab origine*) oppure, ancora, se prevalga la sostanza del rapporto, sicché sanzioni e procedimento siano quelli descritti dalla l. 47/85. L'unica lettura che pare conforme alla disposizione regionale ed al regime della dichiarazione come legittimazione *ex lege*, è quella in forza della quale l'amministrazione dispone dei soli poteri di cui all'art. 19, poiché la sottoposizione al regime di quell'articolo di un intero settore di attività equivale alla loro liberalizzazione e sottrazione alla disciplina delle sanzioni per le opere realizzate in assenza di concessione. Ne consegue che l'amministrazione dovrà sanzionare la difformità con gli strumenti (e nei termini di prescrizione) stabiliti dallo stesso art. 19.

Un quarto problema è dato dalla sanabilità delle opere realizzate in assenza o difformità da dichiarazione (ma conformi agli strumenti urbanistici). Nessun dubbio, nel sistema tracciato dalla Corte di Cassazione, che ciò sia possibile attraverso lo strumento dell'accertamento di conformità previsto dall'art. 13 l. 47/85. Resta da dire delle diverse conseguenze che derivano dall'applicazione della legge lombarda. Infatti, nel sistema della legge regionale, occorre chiedersi se sia possibile presentare la richiesta di accertamento di conformità nelle forme dell'art. 19 l. 241/90 ove l'intervento sia stato realizzato in assenza di titoli abilitativi. Infatti, mentre nel caso di avvenuta presentazione della dichiarazione, è lo stesso art. 19 a prevedere l'ipotesi della conformità alla normativa vigente, ci si deve chiedere se sia possibile che l'intervento venga compiuto interamente e solo successivamente presentata la dichiarazione per ottenere gli effetti di cui all'art. 13 l. 47/85. Comportamenti di questo tipo non sono ignoti alla prassi. Sulla base del testo originario dell'art. 19 ("l'esercizio di un'attività... può essere intrapreso"), si sarebbe potuti giungere con certezza alla conclusione dell'inammissibilità della richiesta di accertamento di conformità ex art. 13 l. 47/85 nelle forme della dichiarazione di inizio attività. Dopo l'approvazione della l. 537/93 la conclusione è meno sconta-

ta; tuttavia, poiché ci si riferisce a “denuncia di inizio attività”, parrebbe doversi escludere che la stessa giunga al completamento dell'opera. Ne consegue che, a fronte di opere già eseguite, residua solo lo strumento dell'art. 13 l. 47/85 e, quindi, la richiesta di una concessione espressa.

In conclusione, si deve ritenere che la legge regionale sia costituzionalmente illegittima nella parte in cui estende il regime della dichiarazione alle opere che richiedono concessione edilizia, nel sistema della legge nazionale. Tuttavia, la decisione della Corte di cassazione non vale a fare chiarezza, poiché solo il giudice delle leggi avrebbe potuto annullare la legge. Non di meno, anche quando la Corte Costituzionale dovesse annullare la legge regionale invalida, residuano non piccole questioni di diritto transitorio e, non di meno (soprattutto dal punto di vista penale) non tutti gli effetti determinatisi in applicazione della legge invalida potranno essere rimossi dall'eventuale decisione in ordine alla sua mancata conformità a Costituzione. Dal punto di vista generale, si possono fare due osservazioni. Anzitutto, l'applicazione dell'art. 19 l. 21/90 – anche ove fosse legittimamente disposta, per esempio dalla legge nazionale – determina un notevole depotenziamento dell'attività di controllo, non senza pregiudizio per valori costituzionalmente protetti; infatti, la perentorietà del termine di cui all'art. 19 l. 21/90, fa sì che i limitati poteri sanzionatori si esauriscano in termini brevi, inadatti alla verifica degli abusi in edilizia. In secondo luogo, appare evidente che simili applicazioni dell'art. 19 l. 21/90 potrebbero indurre l'amministrazione e la giurisprudenza ad interpretare la disposizione avvicinandola all'art. 20, allo scopo di consentire una maggiore efficacia della repressione degli abusi. In quest'ottica, però, non potrebbe che venire stravolta la fisionomia del regime – di liberalizzazione – delle attività che l'art. 19 ha introdotto. Ne deriverebbero ulteriori incertezze, confermandosi, così, che le liberalizzazioni affrettate e mal fatte sono nemiche della certezza del diritto – e, con essa, dell'intrapresa privata – quanto gli eccessi di regolazione o di complessità della decisione amministrativa.

EDUARDO ROZO ACUÑA

Proteccion Internacional – Universal y regional – de los derechos humanos con especial referencia a Latinoamerica

ABSTRACT

Col presente lavoro l'autore intende prendere in esame l'evoluzione del diritto internazionale in materia di protezione dei diritti umani di fronte ai casi concreti di violazione nei paesi individualmente considerati: conseguentemente vengono studiate le diverse esperienze, europee e latinoamericane, attraverso le Convenzioni, le Corti e gli Organi istituiti per la protezione dei diritti umani. Il tema consente in tal modo di sottolineare in particolare gli aspetti più rilevanti della situazione relativa nell'America latina, il diritto di Asilo, il diritto alla pace, la protezione delle donne e dei bambini nelle zone della guerriglia, il problema dei crimini di guerra. Il fatto che il diritto internazionale in materia di diritti umani venga a costituire parte integrante del diritto interno degli Stati, specialmente nell'America Latina, fa obbligo agli Stati stessi e ai singoli cittadini di rispettarlo con lo stesso rigore che si deve nei confronti delle norme costituzionali.

EDUARDO ROZO ACUÑA

PROTECCION INTERNAZIONAL – UNIVERSAL Y REGIONAL –
DE LOS DERECHOS HUMANOS CON ESPECIAL
REFERENCIA A LATINOAMERICA *

SOMMARIO

1) *Premesa*; 2) *Concepto de protección internacional de los derechos humanos*; 3) *Definición de la naturaleza de la protección internacional de los derechos humanos*; 4) *Las obligaciones internacionales*; 5) *Distinción de los derechos según su naturaleza y generación*; 6) *Los derechos de cuarta o última generación*; 7) *La protección internacional – universal – de los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas*; 8) *Campos especiales de protección internacional de los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*: a) *el derecho territorial de asilo*; b) *el derecho de los pueblos a la paz*; c) *protección de todos aquellos que no participan, o han dejado de participar, en un conflicto armado y la protección de las mujeres y de los niños*; d) *la lucha contra los crímenes de guerra y de lesa humanidad*; 9) *La protección universal del derecho internacional humanitario*; 10) *Protección a nivel regional europeo*: a) *La Convención europea de derechos humanos y libertades fundamentales*; b) *La Carta social europea y la dimensión humana della CSCE-OSCE*; c) *Protección de derechos del hombre en el ámbito de la Unión Europea*; 11) *La protección regional de los derechos humanos en América: La Convención Interamericana de derechos del hombre o Pacto de San José*; 12) *Consideraciones conclusivas*.

1. Premesa

La protección internacional de los derechos humanos es la característica del sistema que se instaura después de la segunda guerra mundial, ya que antes el individuo era protegido internacionalmente solo si hacía parte de un grupo minoritario. Este “nuevo” tipo de protección conlleva, por una parte, la distinción de realizarse por medio de la creación de instituciones supranacionales, a las cuales los residentes de un Estado pueden recurrir en defensa de sus derechos, considerando que el orden interno no está en grado o no puede garantizárseles. Por otra parte, se obtiene también la protección mediante la represión internacional de aquellos comportamientos individuales che

* Texto de la Ponencia presentada al VI Seminario Internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Fundación Universitaria de Boyacá, Octubre 2001.

violan la dignidad humana. En este sentido, la protección internacional de los derechos humanos comprende el elemento activo del derecho de la persona a recurrir a los organismos internacionales y el elemento pasivo o represivo o intervención internacional contra la violación de los derechos fundamentales, a partir del derecho a la vida¹.

A la creación de instituciones supranacionales para la defensa de los derechos humanos se ha llegado por medio de una serie de convenciones multilaterales que tienen la característica común de contener obligaciones *erga omnes* en relación con todas las partes firmatarias, según la interpretación que ha dado la Corte Internacional de Justicia en la *Barcelona Traction* y, que por lo tanto, protegen derechos intangibles que tienen consecuentemente la característica de la protección absoluta².

Entre las disposiciones multilaterales mencionadas hay algunas que establecen prohibiciones (de genocidio, de apartheid, de discriminación); otras que, diversamente, crean mecanismos precisos de protección, como en el caso de los Pactos de las Naciones Unidas en materia de derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales promulgados en 1966, pero que entraron en vigencia solo en 1976. Desde ahora es necesario recordar que este sistema de protección, después de 25 años de estar en vigencia, en general presenta un balance poco entusiasmante. La explicación hay que buscarla en la debilidad de los mismos Pactos, debido especialmente a que los Protocolos, que han modificado y ampliado la protección, son facultativos; también a que los Estados firmatarios lo han hecho pero con numerosas reservas; igualmente a que el mecanismo de protección, creado por los Pactos, es en definitiva un instrumento de conciliación, que se basa por lo tanto en la buena voluntad de los Estados. Sin embargo el esfuerzo de la ONU, que comenzó en 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos y continuó decididamente con los Pactos, no se ha detenido y sigue su lucha por la protección de los mismos, como lo demuestra la reciente institución del Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad³

¹ Para todo el tema, en su origen y evolución, ver CLAUDIO ZANGHÌ, *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, voz del vol. II, Apéndice del Novissimo Digesto.

² I. BOWNLIE, *Basic Instruments on Human Rights*, Oxford, 1995.

³ ONU, Centre for Human Rights, *Human Rights: A compilation of International Instruments*, Genève, 1994, 2 v.

2. Concepto de protección internacional o universal de los derechos humanos

Los estudiosos del tema concuerdan en aceptar que significa que estos derechos son protegidos en cuanto tales, independientemente de cualquier vínculo territorial del individuo y que, por lo tanto, representa uno de aquellos intereses colectivos superiores. En este sentido hay que interpretar el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas: *Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, decididos a salvar las futuras generaciones del flagelo de la guerra... a reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales de la dignidad y del valor de la persona humana, de la igualdad de los derechos de los hombres y de las mujeres, de las naciones grandes y pequeñas, a crear las condiciones en las cuales la justicia y el respeto de las obligaciones que se derivan de los tratados puedan ser mantenidos, promover el progreso social... para tales fines constituimos la Organización de las Naciones Unidas*⁴.

3. Definición de la naturaleza de la protección internacional de los derechos humanos

Se tiene que subrayar que la protección que ofrece el ordenamiento internacional a los derechos humanos es siempre de segundo grado o nivel en el sentido que sigue o se agrega a la protección que los ordenamientos internos de los Estados deben ofrecer en cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Únicamente en aquellos casos en los cuales los individuos no tienen la debida protección del derecho y de las autoridades internas, éstos pueden recurrir en busca de protección a instrumentos o a órganos internacionales. Igualmente, visto el problema desde otra dimensión, si el orden interno o las autoridades del Estado no cumplen con las obligaciones asumidas con la firma de las convenciones, acuerdos o pactos internacionales, entran en funcionamiento los mecanismos internacionales de represión contra tales violaciones⁵.

⁴ P. ALSTON, *The United Nations and Human Rights*, New York-Oxford, 1992.

⁵ C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Roma, 1980

4. Las obligaciones internacionales

En esta materia hay que precisar que los compromisos u obligaciones internacionales se derivan hoy no solo del derecho convencional o pacticio, que comienza con el primer acto importante de carácter no vinculante que es la Declaración Universal de derechos del hombre de la ONU del 48, sino especialmente de la fuerza moral y política de la costumbre, que es fuente principal del derecho internacional. Los principios de los derechos humanos son hoy considerados como *ius cogens*, es decir, principios de derecho que no pueden ser en ningún modo derogados por los Estados. Este *ius cogens* contiene obligaciones *erga omnes* que prohíben a las autoridades actuar en violación de los derechos humanos. En este sentido, por primera vez el derecho general limita y condiciona la soberanía interna y la competencia de los Estados⁶.

Sin embargo, en este campo, hay que subrayar que dicha condición o limitación no significa que la relación entre poder organizado y gobernados quede al margen o por fuera de la soberanía y del libre ejercicio del poder de los Estados. Solo significa que el Estado tiene un límite positivo al ejercicio de tal libertad. El estado sigue siendo libre en el ejercicio de su poder soberano en el ámbito de su comunidad territorial, pudiéndose valer de la organización y de los instrumentos que considera más oportunos y funcionales. Pero el gobierno debe actuar dentro del límite del derecho general que ordena el respeto de la dignidad de la persona que conlleva, por lo tanto, la prohibición de violar los derechos humanos. En este sentido, se impone el principio de derecho general que la enunciación o la lista de derechos y garantías que se encuentra en los ordenamientos internos – incluyendo la Constitución – y en los convenios internacionales, no se debe entender como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos⁷.

⁶ G. GILIBERTI, *Strumenti Internazionali sui diritti umani*, Amnesty International, Roma, 1995.

⁷ Por ejemplo el artículo 94 de la Constitución colombiana, el 44 de la ecuatoriana, el 46 de la nicaragüense, el 5.2 de la brasileña, el 33 de la argentina. Ver, E. ROZO ACUÑA e G. DONATI, *Le Costituzioni dell'America Latina*, Roma, 2000.

5. *Distinción entre derechos de naturaleza fundamental, civil, política, económica y cultural, de primera, segunda y tercera generaciones*

Los derechos humanos no tienen todos igual naturaleza, diferenciándose precisamente por la relación que guardan con alguna dimensión particular de la dignidad humana o del comportamiento humano⁸. En este sentido, si los derechos se relacionan con la esencia de la persona, sin los cuales su existencia no es posible, los derechos son considerados como fundamentales o civiles. El derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, l'habeas corpus, la libertad de movimiento, de escoger estado civil, de ser propietario de bienes, son claros ejemplos de este tipo de derechos, que también son llamados de primera generación por haber sido afirmados en las revoluciones liberales que dieron vida al moderno Estado de derecho⁹.

Si los derechos se refieren a la persona como parte del Estado, no súbdito o sujeto pasivo sino sujeto activo del poder político, es decir como ciudadano, su naturaleza es política. El derecho electoral, el voto activo y pasivo; el derecho a participar en la vida pública y de acceder a los cargos y funciones del Estado; de instituir y de cambiar la forma de gobierno y sus titulares; de participar en la toma, ejecución y control de las decisiones políticas son todos derechos políticos cuya conformación también es de primera generación por corresponder en su origen al Estado liberal. Es de recordar que los derechos políticos que derivan de la moderna concepción de la soberanía popular, tienen un carácter más actual por corresponder a la más reciente evolución del Estado democrático.

Cuando los derechos se refieren a la persona como factor esencial del proceso global de la producción, que crea, consume e distribuye la riqueza, los derechos son llamados económicos. En este sentido, se reconoce a la persona la libre iniciativa y los derechos que dan vida al mercado, la libertad de oferta y demanda de bienes y servicios; de trabajo y de contratación del mismo. Son también derechos afirmados

⁸ E. ROZO ACUÑA, *Introducción a las Instituciones Políticas*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2000.

⁹ G. GILBERTI, *Le tre generazioni dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Diritti Umani*, Regione delle Marche, Ancona, 2000.

con las revoluciones liberales que contradistinguen al Estado liberal y que, por ésto, si consideran igualmente de primera generación.

Aquellos derechos relacionados con la capacidad intelectual del hombre, con su actividad de comprender, explicar, representar y proyectar el mundo y la sociedad en que vive, reciben la denominación de derechos y libertades intelectuales y culturales, siendo sus más claros ejemplos, la libertad de pensamiento y de opinión, de su manifestación y divulgación; de creación artística; el derecho de existencia y manifestación de las minorías y de las diversidades culturales. La mayor parte de estos derechos son de primera generación en su origen y desarrollo.

Los derechos de la soberanía nacional que determinan los derechos políticos, relativos a la persona como ciudadano, como sujeto pasivo y activo en el ejercicio del poder político, se pueden considerar como derechos de segunda generación. Del mismo modo, los derechos humanos que se refieren a la persona como ser social, ubicada en el grupo, en la comunidad, que dan vida a los derechos sociales y al moderno Estado social de derecho, también llamado Welfare State, son considerados de segunda generación.

La tercera generación de derechos del hombre, como individuo y como ser social, son en su mayor parte la consecuencia de la segunda guerra mundial, que significó la derrota del totalitarismo nazi-fascista, la superación del colonialismo, la consagración de la democracia basada en la soberanía popular, el derecho de los pueblos a la paz, a tener todos los medios suficientes para garantizar la seguridad y la libertad de la necesidad; el derecho a decidir la forma de gobierno bajo la cual entienden vivir; la libre determinación, el derecho-deber de colaboración internacional, con el fin de asegurar mejores condiciones de trabajo, progreso económico y seguridad social.

6. Los derechos de cuarta o última generación

La evolución de los derechos y de las libertades llega al nuevo milenio caracterizada por su consagración y protección internacional, al igual que por los estupefacientes adelantos de la ciencia y la tecnología, que han comportado la necesidad de instituir nuevos derechos y libertades. En este campo, los más recientes textos constitucionales de América Latina, como son, por ejemplo, los de Brasil (1988), Colom-

bia (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994), Argentina (1994), Venezuela (1999), ofrecen el mejor ejemplo¹⁰.

En estos textos se evidencia grandes novedades. Primero que todo, la preeminencia internacional de los derechos humanos, que se concretiza concediendo a los tratados, pactos y convenciones internacionales sobre la materia jerarquía normativa constitucional y que, por lo tanto, condicionan la validez normativa de las normas legales internas. Aun más, la interpretación de las normas internas que se refieren a los derechos humanos debe ser hecha en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y demás tratados y pactos internacionales existentes en esta materia. Del mismo modo se aprecia la adopción de la cláusula de inmodificabilidad constitucional en la materia, a menos que las revisiones o reformas sean hechas con referéndum popular. Se incluye también la cláusula de progresividad en materia de derechos y libertades en el sentido que los catálogos o listas del derecho interno no se agotan en sí mismas, ya que implícitamente quedan comprendidos todos aquellos consagrados por el derecho internacional y por los tratados, como también aquellos que se desprenden de la dignidad de la persona humana, la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno¹¹.

Los textos constitucionales latinoamericanos han perfeccionado el control de constitucionalidad en materia de derechos humanos con la institución del Defensor del Pueblo – o de los derechos de los habitantes – y con la incorporación de la garantía jurisdiccional del Amparo o Tutela, como procedimiento constitucional especial para la salvaguardia de los derechos y libertades contra las violaciones o amenazas de violación de parte de actos o comportamientos de las autoridades públicas o de los privados.

Por otra parte, las administraciones públicas, entidades y funcionarios, pueden y deben interpretar constitucionalmente las normas administrativas, para evitar que sean aplicadas en violación de la Constitución. Ejemplar la norma venezolana según la cual, todo acto del poder público que viole o limite los derechos constitucionales se debe

¹⁰ E. ROZO ACUÑA, *Diritti e doveri di terza ed ultima generazione*, in AA.VV., *Diritti Umani*, cit, 123-42.

¹¹ E. ROZO ACUÑA, *Nuevas tendencias del derecho público en América Latina*, en AA. VV., *Tendencias actuales del derecho público y del derecho privado*, Uniboyacá, Tunja, 2000, 127-96.

considerar nula, y los funcionarios que la promulgen o la ejecuten son responsables penal, civil y/o administrativamente, según el caso, sin exención de reponsabilidad en caso de orden superior que sea manifiestamente contraria a la constitución o a las leyes.

En cuanto a la consagración de derechos y libertades de cuarta o última generación, los textos constitucionales mencionados ofrecen un catálogo muy amplio. Sin poder entrar en su análisis, en respeto de los límites de este trabajo, parece suficiente recordar, entre los más importantes, algunos de ellos. Entre los derechos civiles fundamentales, el ya mencionado del *amparo*; igualmente el de *habeas data* para la protección del honor y de la intimidad; el derecho a la personalidad jurídica y al desarrollo de la personalidad; los derechos ecológicos o ambientales; el derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural y la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios; los derechos de los menores que prevalecen sobre todos los demás; de los jóvenes, de la tercera edad y de los inválidos; los derechos de los pueblos indígenas.

Son muy importantes también los nuevos derechos políticos y de participación democrática: el derecho de resistencia de los ciudadanos, que comprende también el derecho a las armas, de frente a quienes usurpan el poder y actúan en contra del orden institucional y el sistema democrático; los derechos de la democracia directa, como las acciones populares, la consulta popular, el referéndum, la iniciativa legislativa y constitucional, la revocación popular de todo mandato electoral, incluyendo el presidencial, como en la constitución venezolana; el derecho de acceso a los documentos públicos para la garantía de los intereses privados y colectivos o generales; el derechos a la doble nacionalidad y ciudadanía¹².

Muy importante de recordar son también los deberes de nueva generación que traen las más recientes constituciones latinoamericanas. En esta materia son de mencionar el deber de funcionarios y particulares de actuar en buena fe; el deber de respetar los derechos de los demás y de no abusar de los propios; de actuar de acuerdo con el principio de solidaridad; de defensa y difusión de los derechos humanos, como fundamento de la convivencia pacífica; de trabajar por el logro y el mantenimiento de la paz; de colaborar para el buen funcionamiento

¹² E. ROZO ACUÑA, *Democracia y participación en América Latina*, en AA. VV., *Democracia, Participación y Sociedad Civil*, Uniboyacá, Tunja, 1997.

de la administración de la justicia; el deber de protección de los recursos culturales y naturales; el deber de la conservación del ambiente¹³.

7. La Protección Internacional – universal – de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Representa la vía universalista de la protección en completa sintonía con el principio institucional y constitucional de la Organización que la consagra como una institución abierta a todos los pueblos y Estados, colocada en la cúspide jurídica y política de las organizaciones internacionales. El fin último de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, como lo afirma la Carta o el tratado internacional que la instituyó en 1945¹⁴ y lo confirma la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, de la Convención Internacional para la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer de 1979, la Convención contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes de 1984, la Convención internacional sobre los derechos del niño de 1989, que representan los textos más importantes de las Naciones Unidas en la materia. Fuera de la Declaración Universal y de los pactos internacionales para la protección de los derechos humanos a nivel internacional, las Naciones Unidas en el curso de historia también han logrado realizar otras convenciones y un buen número de declaraciones para garantizar y proteger los derechos humanos en condiciones de anormalidad política y militar¹⁵.

La estructura orgánica y la repartición de competencias de las Naciones Unidas obedecen esencialmente a la finalidad última de la garantía y protección de los derechos humanos individuales y de los pueblos. En efecto, la Asamblea General, órgano de democracia política representativa, con base en el principio de la igualdad de sus miembros, ha podido realizar y promulgar los tratados y convenciones

¹³ Como ejemplos concretos se pueden citar, entre otros, los textos constitucionales de Colombia de 1991, de Argentina de 1994 y Venezuela de 1999.

¹⁴ Vedi pag. 343.

¹⁵ COUNCIL OF EUROPE, *Human Rights in International Law: Basic Textes*, Strasbourg, 1992.

internacionales más importantes en materia de derechos humanos. El Consejo de Seguridad, no obstante mantener en su seno hasta nuestros días el principio del carácter permanente de sólo algunos Estados, que a su vez tienen el derecho individual de veto sobre las decisiones del Consejo, ha jugado un papel fundamental en las resoluciones a favor de los derechos fundamentales. Igualmente, hay que decirlo de los otros Consejos para el desarrollo económico y social y para la administración fiduciaria, que han dado un gran aporte a la cooperación para el desarrollo y la libre autodeterminación de los pueblos que ha significado el fin del colonialismo, con todas sus consecuencias para la libertad de los pueblos y para el mismo universalismo de la ONU. La Secretaría General y su jefe, el Secretario General, siendo la manifestación de la voluntad democrática de los Estados miembros han sido esenciales en el esfuerzo permanente por la realización y el logro de los objetivos de la Organización en la materia. No se puede decir diversamente de la Corte Internacional de Justicia y de los más recientes tribunales internacionales de justicia creados ad hoc para la represión de los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos en algunos regiones del mundo y del Tribunal Penal Internacional para los crimines contra la humanidad cuyo tratado institutivo ha ya sido ratificado por el número necesario de países para entrar en vigor.

Esta larga marcha de la protección universal de los derechos humanos ha sido también llena de obstáculos. Se piense, por ejemplo, que la Declaración Universal, como su nombre lo dice, es técnicamente una resolución, es decir, una recomendación, no es un tratado o una norma internacional; tiene valor sobre todo ético político, no coercitivo, aunque sí fue aprobada por la Asamblea General prácticamente a la unanimidad, con la abstención de algunos Estados (Sur Africa, la Urss y los Estados del Este, los Estados musulmanes). En este sentido, hubo grandes problemas para el reconocimiento de la tabla de valores, pero ningún Stado se permitió, ni entonces ni después, poner en discusión o promulgar una contra-declaración. Ha sido tal la fuerza moral y política de la Declaración que, aún antes de la emanación de los dos mencionados Pactos de Derechos de 1966, verdaderos tratados internacionales y por lo tanto obligatorios para los Estados, su texto se volvió, en virtud de la costumbre, que es la fuente principal del derecho internacional, ley vigente. Los principios de los derechos del hombre de la ONU son hoy considerados como "ius cogens", principios generales de derecho que no pueden ser absolutamente derogados por los Estados. En este caso, coherentemente por

ejemplo, un tratado que violase los derechos fundamentales del hombre sería absolutamente nulo¹⁶.

8. Campos especiales de la protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario¹⁷

a) El derecho territorial de asilo se halla consagrado en la Declaración adoptada por la Asamblea General con resolución de 1967, que, a su vez, se fundamenta en otras dos resoluciones sobre la materia de 1965 y 1966. Esta protección especial de la libertad y de los derechos de la persona encuentra también su fundamento en los arts. 13 y 14 de la Declaración Universal. El primero que proclama que todo individuo tiene derecho a la libertad de movimiento y de residencia en el propio territorio estatal, lo mismo que el derecho a abandonar cualquier país, incluso el propio, y de volver a él y, el segundo, el derecho de todo individuo de buscar y de gozar en otros países asilo contra las persecuciones políticas o por acciones a favor de los principios de las Naciones Unidas. Sobre esta base, se reconoce que la concesión de asilo por parte de un Estado a una persona que invoca el mencionado art. 14, es un acto pacífico y humanitario y, como tal, no puede ser considerado como enemistoso por ningún Estado. La Declaración recomienda que el asilo comprenda también a las personas perseguidas por su actividades contra el colonialismo. Las personas que buscan asilo no deben ser rechazadas en la frontera o expulsadas si ya se encuentran en territorio donde buscan asilo. Las excepciones a estos principios pueden ser los motivos de seguridad nacional o de salvaguardia de la población, en caso de flujo masivo de personas. En todo caso, se debe facilitar la búsqueda de asilo en otro Estado u otros medios provisionales de asilo.

b) El derecho de los pueblos a la paz fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, con resolución de 1984, reafirmando que el principal objetivo de la Organización es el mantenimiento de la paz internacional y la seguridad y reconociendo que la aseguración de una

¹⁶ G. GILBERTI, *Le Fonti dei Diritti Umani*, in Amnesty International, *La Cultura dei Diritti*, Lofredo Editore, Napoli, 1998, 14 ss.

¹⁷ Para los textos de las Naciones Unidas, ONU, Center for Human Rights, *Human Rights: A compilation of International Instruments*, Genève, 1994.

vida en paz para los pueblos es un deber sagrado de todo Estado. La preservación del derecho de los pueblos a vivir en paz, su promoción y realización constituyen obligaciones fundamentales de todo Estado. Sobre estas bases se hace un apelo a todos los Estados y organizaciones internacionales para que se esfuercen y hagan efectivo el derecho de los pueblos a la paz mediante la adopción de las apropiadas medidas, tanto a nivel nacional como internacional, que eliminen el uso de las armas en la solución de los conflictos y la amenaza de todo tipo de guerra.

c) Protección de todos aquellos que no participan o han dejado de participar en un conflicto armado y la protección de las mujeres y de los niños en casos de emergencia y conflicto armado de la ONU ha sido proclamada con resolución de la Asamblea General de 1974. Con ella se prohíben y se condenan los ataques y bombardeos contra la población civil, que infligen incalculables sufrimientos, especialmente a las mujeres y a los niños, que representan la parte más vulnerable de la población que no participa en el conflicto armado¹⁸. En ella se hace un llamado al respeto, de parte de todas las fuerzas beligerantes, de las Convenciones de Ginebra y de los principios e instrumentos del derecho internacional humanitario relativos al respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, que ofrecen importantes garantías para la protección de civiles, de las mujeres y de los niños. Todas las medidas necesarias se deben tomar para asegurar la prohibición de la persecución, la tortura, las acciones punitivas, los tratamientos degradantes y la violencia, especialmente contra las poblaciones que no participan en el conflicto, de las cuales hacen parte fundamental las mujeres y los niños. Todas las formas de represión y tratos crueles e inhumanos, incluyendo el arresto, la tortura, las ejecuciones, los castigos colectivos, la destrucción de habitaciones, el desalojo obligado, que cometan las partes beligerantes durante las ocupaciones militares o en territorios ocupados deben ser considerados como delitos o crímenes de guerra.

d) La Convención sobre crímenes de guerra y crímenes contra la

¹⁸ U. F. BONILLA CURREA, *Los Derechos Fundamentales de los Niños*, in J.E. Londoño (com.), *Tendencias actuales del Derecho Público y del Derecho Privado*, cit., 437 ss.

humanidad, adoptada por las Naciones Unidas en 1968, entro vigencia en 1970. La Convención considera como crímenes de guerra los así definidos por la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de la ONU y también enumerados en las Convenciones de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra. Son considerados crímenes contra la humanidad los cometidos en tiempo de guerra o de paz según la definición de las fuentes jurídicas arriba mencionadas; igualmente los desalojos actuados por fuerzas atacantes o de ocupación, los tratos inhumanos efecto de políticas de apartheid y el genocidio, aun cuando estos actos no constituyan una violación para la ley interna del país donde se hayan cometido. Si se comete cualquiera de los crímenes mencionados, la Convención se debe aplicar contra los representantes del Estado o los particulares que, como autores o cómplices, participan o directamente incitan a otros a cometerlos, o que conspiran en su realización, independientemente del grado de su ejecución, y contra los representantes de los Estados que toleran tales crímenes. Los Estados parte de la Convención se comprometen a adoptar, en concordancia con su respectivo proceso constitucional, toda medida legislativa o de otra naturaleza orientada a evitar que limitaciones internas, normativas o de cualquiera otra clase, sean aplicadas para evitar la persecución y el castigo de los mencionados crímenes. Además, si tales limitaciones existen deben ser abolidas. Vale la pena recordar, que en desarrollo de esta Convención, la ONU ha establecido tribunales ad hoc con el fin de castigar algunos crímenes de guerra y contra la humanidad (Ex Yugoslavia, Uganda). Recientemente la ONU también ha instituido la Corte Penal Internacional, como tribunal permanente para los crímenes de guerra y contra la humanidad, que deberá entrar en vigencia en poco tiempo¹⁹.

9. La protección del Derecho Internacional Humanitario

En el sentido anteriormente visto, se deriva del sistema de normas que, por razones de orden humanitario, buscan limitar los efectos de los conflictos armados. El DIH protege y asiste a todos aquellos que no participan, o que han dejado de participar, en las hostilidades, y li-

¹⁹ Ministero Degli Affari Esteri, *Il Tribunale Penale Internazionale*, Roma, 1998.

mita los medios y los métodos de hacer la guerra, por eso se denomina también derecho de la guerra y derecho de los conflictos armados. En el sentido mencionado, este derecho protege especialmente a las poblaciones civiles, a los heridos y a los prisioneros. A estos últimos y a los heridos se les debe aplicar las Convenciones de Ginebra para que sean tratados con humanidad. Los combatientes deben distinguir claramente las personas que participan en las hostilidades y aquellas que se encuentran al margen. En este ámbito, se entiende por población civil todos aquéllos, hombres, mujeres y niños, que no participan en las hostilidades y que por lo tanto no deben ser atacados, ni obligados por la fuerza a abandonar sus casas ni los lugares de residencia y sus bienes deben ser respetados por los beligerantes. El DIH prohíbe también la destrucción de bienes privados y colectivos, a menos que no sea un imperativo militar racional; prohíbe también los ataques que ponen en riesgo la vida de las poblaciones civiles y sus medios de vida. Determinados edificios y bienes, como hospitales, iglesias, ambulancias, tienen especial protección y no pueden ser objeto de ataques²⁰.

Desafortunadamente, los ejemplos de violaciones del DIH en el curso de los conflictos que comprometen buena parte del mundo son más numerosas que aquellos de su respeto. De manera creciente, los civiles son las víctimas principales de la guerra. En ciertos casos, todavía, el DIH ha hecho posible la protección de civiles, de prisioneros, de enfermos y de heridos, al igual que la limitación de la barbarie de la guerra. Con grandes dificultades el DIH se abre paso, pero éstas no deben hacer olvidar o llevar a disminuir los esfuerzos mundiales y nacionales por la realización de este derecho que es prioritario para el inmediato presente de la civilización²¹.

10. La Protección Regional europea de los Derechos Humanos

Como se sabe, los dos Pactos de la ONU sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales entraron en vigor solo en 1976. Mientras tanto, una región del mundo, Europa, tomó la iniciati-

²⁰ A. TORRELLI, *Le droit international humanitaire*, PUF, Paris, 1989.

²¹ A. J. IBAÑEZ GUZMÁN, *Mecanismos de protección a la víctima en el Derecho interno e internacional*, en J.E. Londoño (com.), *Tendencias Actuales del Derecho Público y del Derecho Privado*, cit. 127 ss.

va de darse un propio tratado che realizase “localmente” el contenido ético-político de la Declaración Universal. El Consejo de Europa, organización que comprende unos quarenta países incluyendo los actuales miembros de la Unión Europea, promulgó en 1950 la **Convención europea de derechos humanos y libertades fundamentales**²², que comprende un decálogo de derechos, que corresponde al listado de derechos y libertades de los textos constitucionales vigentes en Europa, y un mecanismo institucional y de procedimiento para su defensa. En este último participaban tres órganos, la Comisión europea de derechos, el Comité de ministros del Consejo de Europa y la Corte europea de derechos del hombre y los recursos podían ser interestatales o individuales, pero en este caso se requería que el recurso lo presentara la Comisión y que el país del recurrente hubiese firmado la cláusula de aceptación del procedimiento. Este mecanismo original, lento, sin el doble grado de jurisdicción, con posibilidad de fallo de parte de un órgano político – el Consejo de ministros – y sometido a la cláusula mencionada, ha sido modificado. En la actualidad se ha eliminado la Comisión de derechos humanos y los recursos pueden ser presentados directamente por los interesados a la Corte europea. El Consejo de ministros no tiene competencia judicial, mantiene solo el poder de control sobre la ejecución de las sentencias de la Corte, que queda como Corte europea permanente de derechos del hombre. Además, se crea el doble grado de jurisdicción (primera instancia y apelación)²³.

Por otra parte, en 1996 se ha puesto al día la **Carta Social Europea**, que tiene como finalidad completar la salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, extendiendo el mecanismo de control a los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados están obligados a presentar, al Comité de expertos independientes, relaciones periódicas sobre el cumplimiento y el respeto de los derechos por parte de los Estados. El Comité elabora, a su vez, conceptos sobre la materia que envía al Comité gubernativo, que examina la situación y presenta recomendaciones para que sean adoptadas por el Comité de ministros. Hay que recordar que en este procedimiento de protección no está previsto el recurso individual.

Muy importante de hacer notar que, desde al Acta Final de Hel-

²² P. H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1996.

²³ *Conseil d'Europe, La convenzione europea dei diritti*, Strasbourg, 1996.

sinki de 1975, la llamada **Dimensión Humana** de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación Europea – CSCE –, convertida en 1994 en la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea – OSCE – comprende la protección de los derechos humanos. Aunque si se trata de una defensa moral y política, porque sus decisiones no son vinculantes, sus efectos son cada vez más importantes y fundamentales, como lo demuestran las diversas misiones en las zonas de conflicto – ex Yugoslavia – y su fructífero trabajo de *peace keeping* y *peace maker*²⁴.

No se puede dejar de mencionar en ámbito regional europeo, la protección de los derechos del hombre garantizada por la **Unión Europea**. Sin poder entrar en su evolución, que parte de los años 60 cuando el juez comunitario elabora los llamados principios no escritos de derecho comunitario, basándose en los fundamentos constitucionales de los Estados miembros y en la Convención Europea de derechos de 1950, hay que recordar como, después de la caída del Muro de Berlín, la comunidad incluye en los acuerdos de cooperación y de asociación del **Tratado de Maastricht**²⁵, las cláusulas sobre los derechos humanos. En efecto este Tratado – art. F – sancionaba los principios fundamentales de la Unión Europea, entre los cuales el respeto de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, pero sin dar a la Unión el instrumento para lograr su garantía. La tutela se limitaba a la acción de cooperación de la Unión. **El Tratado de Amsterdam**, confirma el mencionado art. F, introduce un verdadero mecanismo de sanciones para los Estados miembros que violen los derechos humanos y extiende la competencia de la Corte europea a los actos de las instituciones con referencia a la tutela de los derechos humanos también en materia de cooperación de policía, judicial y penal. El sistema sancionatorio prevede la posibilidad del recurso de la Comisión o de un tercio de los Estados miembros del Consejo de Europa, el cual con el concepto favorable del Parlamento europeo, si se constata la violación de los derechos humanos de parte de un Estado miembro, luego de escucharlo, puede decidir, con mayoría calificada, la suspensión del derecho de voto de su representante, o limitar algu-

²⁴ A. BRADLEY, *European Human Rights*, Oxford, 1995.

²⁵ M. PANEBIANCO e A. DI STASI, *La nuova Unione Europea nel gruppo degli Otto*, Giappichelli, Torino, 2001, 35-53, especialmente el capítulo tercero sobre los tratados de Maastricht, Amsterdam y Nizza.

nos de los derechos del Estado acusado. **El Tratado de Niza**, también prevé la extensión de las competencias de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas al control de legitimidad de los actos y de los procedimientos de las instituciones comunitarias, en modo de asegurar aún más los derechos humanos²⁶.

Por último, hay que recordar que precisamente en diciembre del 2000 fue promulgada, conjuntamente por el Parlamento europeo, la Comisión y el Consejo, la **Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea**²⁷. Dada su importancia, como quiera que representa el núcleo de la que será en el próximo futuro la Carta Constitucional europea, es necesario hacer algunos breves comentarios sobre su contenido, el campo de aplicación y el nivel de protección. En cuanto a lo primero, el texto comprende un preámbulo para reafirmar, en el respeto de las competencias y finalidades de la Comunidad y de la Unión, los derechos que nacen de las tradiciones constitucionales y de las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Tratado de la Unión Europea y de los tratados comunitarios, de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de las Cartas sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, como también de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas y de la Corte europea de derechos del hombre.

Luego del prólogo, la Carta enuncia los derechos, las libertades y los principios que reconoce la Unión, agrupándolos en forma didáctica, en seis capítulos: 1) **Dignidad** humana: derecho a la vida, prohibición de la pena de muerte, derecho a la integridad de la persona, prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud y de trabajos forzados. 2) **Libertades**: derecho a la libertad y a la seguridad; respeto de la vida privada y familiar, *habeas data*; derecho a contraer matrimonio y formar una familia; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; libertad de expresión y de información; libertad de reunión y de asociación; libertad de artes y de ciencias; derecho a la educación; libertad profesional y derecho al trabajo; libertad de empresa; derecho de propiedad; derecho de

²⁶ M. PANEBIANCO e C. RISI (cur.) *Il Nuovo Diritto dell'Unione Europea – diritti umani, politica estera, sicurezza comune* – Ed Scientifica, Napoli, 1999.

²⁷ J. DUTHEIL DE LA ROCHÉ RE, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *La documentation française*, Paris, 2001, 267, 3 ss.

asilo; protección en casos de desalojos, expulsión y de extradición si se corre el riesgo de muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes. 3) **Igualdad**: ante el derecho; respeto de las diversidades culturales, religiosas y lingüísticas; igualdad entre hombres y mujeres; derechos de los niños; derechos de las personas de edad; integración de los minusválidos. 4) **Solidaridad**: derecho a la información y a la consultación de los trabajadores en el seno de la empresa; derecho de negociación y de acciones colectivas; derecho a los servicios de empleo; protección en caso de despido injustificado; condiciones de trabajo justas y equitativas; prohibición del trabajo de menores y protección a los jóvenes que trabajan; protección de la vida familiar y de la profesional; seguridad social y ayuda social; protección de la salud; acceso a los servicios de interés económico general; protección del ambiente; protección de los consumidores. 5) **Ciudadanía**: derecho de voto pasivo y activo en las elecciones para el Parlamento europeo y en las de carácter municipal; derecho a una buena administración; derecho de acceso a los documentos del Parlamento, de la Comisión y del Consejo; institución del ombudsman de la administración; derecho de petición; libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros; protección diplomática y consular; 6) **Justicia**: derecho a un justo proceso y a un tribunal imparcial; presunción de inocencia y derecho de defensa; principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas; derecho a no ser juzgado o castigado penalmente dos veces por una misma infracción.

En cuanto al campo de aplicación, la Carta misma dispone su **obligatoriedad para las instituciones y órganos de la Unión**, para los Estados miembros únicamente cuando ellos aplican o ejercen el derecho de la Unión, en todos los niveles, nacional, regional y local. Consecuentemente, la Carta implica que su aplicación no es obligatoria en el orden jurídico nacional cuando se trata de competencias propias de los Estados miembros. Por otra parte, en lo que se refiere al **Nivel de protección**, ninguna disposición de la Carta puede ser interpretada como límite o desconocimiento de los derechos del hombre y libertades fundamentales reconocidos, en su campo respectivo de aplicación, por el derecho de la Unión, el derecho internacional y las convenciones internacionales de las cuales son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y por las Constituciones de estos últimos²⁸.

²⁸ Ver por ejemplo, M. C. CICIRIELLO, *Derecho comunitario europeo y derecho interno italiano*, en J. Londoño (com.), *Tendencias actuales del derecho...* cit. 81 ss.

Sin querer disminuir en nada la importancia de la Carta, hay que precisar que, siendo vinculante para los Estados miembros de la Unión solo parcialmente, es de desear que pronto su texto haga parte de los tratados y los jueces puedan tenerla como fuente de inspiración para la interpretación de los derechos fundamentales. A este fin ya se prevé una Conferencia intergubernativa para el 2004. Se debe llegar pronto a consagrar el carácter vinculante absoluto de la Carta. Contrariamente, será difícil entender, en Europa y en el resto del mundo, cómo un texto, por largo tiempo discutido y negociado por un organismo complejo y ampliamente representativo, como ha sido la Convención encargada, que retoma los derechos ya aceptados en una forma o en otra por todos los Estados miembros y solemnemente proclamado por el Consejo, la Comisión y el Parlamento europeos, puede tener fuerza moral y política mas no jurídica²⁹.

11. La protección regional de los derechos humanos en América

Después de Europa, el continente que más se ha preocupado por la realización y el perfeccionamiento de mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos ha sido América que, como se sabe, está compuesto en su mayor parte por los países latinoamericanos. Una confirmación del proceso histórico se tiene con la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José, suscrita precisamente en San José de Costa Rica en 1969, y que entró en vigencia en 1978. Las Convenciones de derechos de Europa y de América son muy semejantes, en sus fines, estructura organizativa y en la distribución de competencias, aunque el funcionamiento y, sobre todo, la cohesión, unión y colaboración de los Estados de la región americana se alejan bastante de la experiencia europea, como adelante se podrá constatar³⁰.

Los órganos competentes de la Convención de San José son: la **Comisión Interamericana de derechos humanos y la Corte Interameri-**

²⁹ Para el texto, ver Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le Politiche Comunitarie, *Carta dei diritti fonda, ertali dell'Unione Europea*, Roma, 2001.

³⁰ A. L. ROSABAL DE ROTH, *El Sistema Interamericano: de la Unión Política a la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Ed DIKE, Medellín, 1995, 281 ss.

cana de derechos del hombre³¹. La Comisión, compuesta de siete miembros, representa a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros. Permanecen en sus cargos cuatro años y pueden ser reelegidos una sola vez. Su función principal es la de promover el respeto y la defensa de los derechos humanos, por medio de la difusión y el estímulo de la conciencia de los derechos en los pueblos americanos, con recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros en favor de los derechos en el ámbito de sus propios ordenamientos, la preparación de estudios e investigaciones, la solicitud a los gobiernos de información sobre el respeto y la defensa de los derechos, la respuesta a los mismos sobre las consultas presentadas por medio de la Secretaria General de la OEA, y la presentación de relaciones anuales a la Asamblea General de la OEA sobre el estado de los derechos humanos en la región.

Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernativa legalmente reconocida en uno o más Estados miembros, puede presentar a la Comisión peticiones, denuncias o quejas sobre la violación de la Convención por parte de un Estado miembro. Los Estados miembros pueden hacerlo igualmente, pero en estos casos no es suficiente que los Estados hayan ratificado la Convención o adherido a ella, es necesario que hayan reconocido por escrito la competencia de la Comisión en la materia.

Para que una petición o comunicación presentada cumpliendo este requisito sea admitida por la Comisión, es necesario que se hayan presentado todos los recursos y agotado la jurisdicción interna; que haya sido presentada antes de transcurridos seis meses de la notificación de la decisión definitiva del último recurso; que la materia no esté en espera de alguna otra decisión procesal internacional y, en caso de personas físicas, que éstas sean bien identificadas, con firma, ciudadanía, y domicilio propio y del representante legal, en caso de entidades o personas jurídicas. El primer requisito del agotamiento de la jurisdicción interna no es obligatorio si el orden interno del país en causa no prevé un proceso justo para la protección del derecho o de los dere-

³¹ E. ROZO ACUÑA, *La Convenzione Americana dei Diritti Umani*, in AA. VV., *La Cultura dei Diritti*, Lofredo Editore, Napoli, 1998, 42 ss.

chos lesionados, si no se ha garantizado el acceso a los recursos de ley o si se han presentado retardos injustificados.

Agotada esta fase del procedimiento, la Comisión comienza a estudiar el caso, pudiendo a tal fin adelantar las investigaciones que sean necesarias aún en el país en causa, naturalmente con su consentimiento, para llegar a la redacción de la relación definitiva, con recomendaciones y propuestas concretas, que será transmitida a las partes interesadas. Si después de tres meses del envío de la relación, el caso no es resuelto o sometido a la decisión de la Corte Interamericana de derechos, por la Comisión o el Estado interesado, la Comisión puede emitir, con el acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros, su propia opinión y sus conclusiones sobre el problema, con las pertinentes recomendaciones, fijando un término dentro del cual el Estado debe tomar las medidas necesarias para superar el caso examinado. Transcurrido dicho plazo, la Comisión evalúa y decide, siempre a mayoría absoluta, si el Estado ha tomado las debidas medidas y si debe hacer pública la relación³².

La Corte Interamericana de derechos del hombre está compuesta de siete jueces, ciudadanos de países miembros de la OEA, elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización, para períodos de seis años y con posibilidad de una reelección. La nacionalidad del juez no es impedimento para que pueda tener competencia sobre causas donde su país de origen esté comprometido, pero el Estado contraparte puede designar una persona como juez ad hoc de la Corte. Todos los Estados miembros, al momento de la firma de la adhesión, de la ratificación de la Convención o posteriormente en cualquier momento, pueden reconocer la competencia de la Corte sobre cualquier caso relativo a la interpretación y a la aplicación de las disposiciones de la Convención³³.

Si la Corte examina y concluye que un derecho o una libertad protegidos por la Convención han sido violados, dispone que la libertad o el derecho le sean garantizados al sujeto lesionado y que le sean reconocidas las debidas indemnizaciones. La providencia de la Corte es definitiva e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el

³² R. NIETO NAVA, *Introducción al sistema interamericano*, Ed Javeriana, San José, 1988.

³³ H. FAÚNDEZ LEDESMA, *La composición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Boletín Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, 43.

alcance de la decisión, la Corte, a solicitud de las partes dentro de los noventa días de la notificación de la decisión, debe dar la interpretación definitiva. Los Estados miembros del Pacto de San José se empeñan a cumplir las decisiones de la Corte, obviamente en aquellos casos donde son parte. Sólo a solicitud de la Comisión o de la Corte, con mayoría calificada de dos tercios le corresponde a la Asamblea General de la OEA decidir sobre la sanción aplicable a los jueces y miembros de la Comisión por la violación de los propios estatutos. Los jueces y los miembros gozan de las inmunidades diplomáticas tradicionales, como también de la intangibilidad necesaria para el desempeño de sus funciones, que son incompatibles con cualquier otro cargo.

En cuanto a **los deberes de los Estados** hay que comenzar precisando que los Estados miembros se comprometen a respetar los derechos y las libertades reconocidos en la Convención. Igualmente, a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin alguna discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social. Además, si el ejercicio de los derechos y libertades garantizados por la Convención no fuese ya contemplado en el ordenamiento interno, los Estados miembros se comprometen a adoptar las medidas normativas o de cualquier otro carácter, necesarias a la efectividad de tales derechos y libertades.

Los derechos y las libertades protegidos por la Convención Interamericana están divididos en Derechos civiles y políticos y Derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos han sido ya consagrados en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Haciendo un paralelo con la experiencia europea en la materia, se trata igualmente de reafirmarlos y consagrarlos en un único y preciso catálogo, previendo para su garantía y protección un pacto internacional regional y una organización ad hoc, es decir una Comisión y una Corte de Justicia permanentes, al servicio del respeto de los derechos y libertades de los habitantes de la región.

Entre **los derechos civiles y políticos** consagrados se deben recordar: el derecho a la personalidad jurídica. El derecho a la vida, aunque si la Convención debe admitir que, en los países miembros donde aun no sido abolida, la pena de muerte podrá ser impuesta sólo en

casos de delitos muy graves, con sentencia definitiva de tribunal competente y en conformidad a normas que preceden el delito, sin que se puedan extender a otros delitos. Los países que han abolido la pena de muerte no podrán instituirlo de nuevo. El derecho a la integridad personal, que se refiere no solo a la parte física de la persona sino también a la parte psíquica y moral. Las torturas, las penas y tratos crueles e inhumanos o degradantes son prohibidos; la pena no puede trascender a la persona del delincuente; condenados y procesados deben tener lugares de reclusión separados, igualmente los menores procesados; las penas que privan de la libertad deben tener como fin la reforma e la reeducación social de los condenados. La libertad de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición de la trata de mujeres y de trabajos forzados u obligatorios, a menos que, en este último caso, el ordenamiento interno los haya previsto como pena impuesta con sentencia judicial. La libertad personal y el *habeas corpus*. El derecho a las garantías procesales, en modo especial todos aquellos procedimientos esenciales al debido proceso, los derechos de la defensa, la igualdad ante la ley, la protección judicial, el principio de legalidad y constitucionalidad, el derecho a la indemnización por los errores judiciales. La protección del honor, de la intimidad y de la dignidad de la persona; la libertad de conciencia y de religión; la libertad de pensamiento y de palabra, que comprende el derecho y la libertad de información, la prohibición de toda forma de censura, los derechos de rectificación y de respuesta, sin derogar las responsabilidades legales de cada caso. Los derechos de reunión y de asociación. Los derechos de protección de la familia, el matrimonio, de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Los derechos de los niños. Los derechos a la nacionalidad y a la ciudadanía, de circulación y residencia, extendidos a los extranjeros, contra los cuales queda prohibida la expulsión en masa o colectiva. El derecho de asilo. El derecho a la propiedad privada. Los derechos políticos de los ciudadanos, que comprenden la participación a la dirección de la vida pública directamente o por medio de representantes libremente elegidos, el derecho al voto activo y pasivo, sobre la base de su universalidad, secreto y libertad de acceso, en paridad de condiciones, a la función pública del propio país.

Como **derechos económicos, sociales y culturales**, la Convención precisa que los Estados miembros se comprometen a adoptar las medidas necesarias, legislativas y administrativas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional especialmente económica y técnica, para el logro progresivo de la plena efectividad de los dere-

chos sancionadas por las normas económicas, sociales y sobre la educación, la ciencia y la cultura consagrados en la Carta de la Organización de Estados Americanos, con las reformas introducidas con el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles. De frente a los derechos garantizados, la Convención ha previsto, aunque si en modo muy general y abstracto, los deberes de las personas para con la familia, la comunidad y la humanidad. Recordando que los derechos de toda persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La Convención de San José prevé, en casos particulares o especiales, la **suspensión de las garantías y de las obligaciones** de parte de los Estados miembros. En efecto, en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que ponga en peligro la independencia o la seguridad del Estado parte, el mismo puede tomar las decisiones que, en la medida y por el tiempo necesariamente limitado, sean indispensables para enfrentar la situación. De todos modos, tales decisiones o medidas no deben ser incompatibles con las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional y no deben contener discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, opinión, lengua, religión o condición social. La Convención precisa también que no se autoriza la suspensión de los derechos a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal; ni la prohibición de la esclavitud o de la servidumbre, el principio de legalidad y constitucionalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección de la familia, los derechos de los niños, el derecho a la nacionalidad y ciudadanía, y las garantías jurisdiccionales indispensables para la protección de tales derechos. Además, el Estado que haga uso del derecho de suspender sus obligaciones, según las condiciones previstas en el Pacto, debe informar inmediatamente a los demás Estados miembros de la Convención, por medio del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, de los motivos causa de la suspensión, de las medidas tomadas y del límite temporal de las mismas. Esta parte de la Convención merece ser criticada desde el punto de vista del derecho público comparado que enseña que sólo en América Latina se presenta ese *extra poder* del Estado de suspender los derechos, sea a nivel interno que internacional. Los tiempos han cambiado y la comunidad internacional no admite más estos "golpes" institucionales contra el estado de derecho.

Por otro lado, la suspensión de los derechos mencionada, parece estar en contradicción con el principio general de la Convención que afirma que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en el senti-

do de permitir a un Estado parte, grupo o persona, anular el goce o el ejercicio de los derechos o libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en medida mayor de la prevista en la misma. Tampoco de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que sea reconocido según las leyes de cualquier Estado parte o según una convención de la cual pueden ser parte los Estados miembros de la Convención.

Además, el poder estatal excepcional de suspensión de los derechos también estaría en contradicción con la Convención que, hay que recordarlo, excluye también la posibilidad de los Estados de no respetar otros derechos y garantías – en ella no enunciados – que sean fundamentales al ser humano o que se desprendan de la forma democrática de gobierno, como también la posibilidad de anular o limitar los efectos de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre y de los demás tratados internacionales. La contradicción permanece, aunque si las restricciones permitidas por la Convención, al goce o ejercicio de los derechos y libertades por ella reconocidos, sólo se puedan realizar en el ámbito de las normas *ad hoc* promulgadas por el Estado parte por razones de interés general y según el propósito para el cual fueron expedidas.

12. Consideraciones conclusivas

La Convención Interamericana de Derechos del Hombre de San José aún no ha sido firmada ni ratificada por todos los países que hacen parte de la Organización de Estados Americanos. Por una parte, Brasil no la ha firmado; ni Canadá ni Cuba por no hacer parte de la OEA. Chile y Estados Unidos firmaron la Convención en 1969 y 1977, respectivamente, pero todavía no la han ratificado. Son 20 los países que la han ratificado, en orden de fecha: Costa Rica, Colombia, Ecuador, Haití, Honduras, Venezuela, Granada, El Salvador, Guatemala, Jamaica, Panamá, Perú, República Dominicana, Bolivia, Barbados, México, Argentina, Uruguay, Suriname y Paraguay. Pero resulta negativamente notorio que solo 10 Estados hayan aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos del Hombre: Costa Rica, Honduras, Perú, Venezuela, Argentina, Ecuador, Colombia, Uruguay, Guatemala y Suriname³⁴. Algunos de los Estados han firmado y

³⁴ Datos tomados de Investigaciones Jurídicas, *El Pacto de San José*, San José de Costa Rica, 1995, n. 4.

ratificado la Convención con reservas, en conformidad con las disposiciones de la Convención de Viena sul Derecho de los tratados de 1969.

Los Estados-parte directamente, y la Comisión o la Corte por intermedio del Secretario General de la OEA, pueden presentar a la Asamblea General de la OEA propuestas de enmienda de la Convención, que si aprobadas entran en vigencia, pero sólo para los Estados que las ratifiquen, cuando el número de éstos sea igual a los dos tercios de los países miembros. Los países miembros o la Comisión pueden presentar a la consideración de la Asamblea General de la OEA proyectos de anexos o protocolos a la Convención con el fin de incluir, progresivamente, en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

Actualmente, los Estados miembros pueden denunciar la Convención en cualquier momento, considerando que han pasado los primeros cinco años de su entrada en vigencia, notificándolo al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las demás partes. La denuncia del tratado no tiene para el Estado denunciante el efecto de quedar suelto de los compromisos u obligaciones de la Convención en lo que se refiere a cualquier eventual violación de los mismos, que haya sido cometida con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la denuncia.

La Convención Interamericana de Derechos del Hombre tiene formalmente el mérito de representar un gran esfuerzo en la defensa de la persona humana. Desafortunadamente, como sucede a menudo en el subcontinente, que los gobiernos latinoamericanos se hayan contentado con este paso y se hayan detenido en su marcha o que, en algunos casos, inclusive hayan retrocedido, es un hecho que se puede constatar aún estadísticamente. Es suficiente recordar que, después de la entrada en vigencia de la Convención (1978) los casos de comprobada violación de los derechos humanos se multiplicaron. Solo para mencionar algunas de las más conocidas violaciones, en Argentina con el fenómeno de los "desparecidos"; en Brasil con el exterminio sistemático de los marginados y de los niños abandonados; en Uruguay con la violencia oficial de los militares durante los años de la dictadura; en Colombia con la violación permanente de derechos, que ha llevado al país a una guerra civil no declarada con niveles de violencia y con cantidades de víctimas en constante crecimiento; la anormal situación de casi toda la región de América Central, para no comentar los casos del Chile de Pinochet, de México en Chiapas y de algunos paí-

ses caríbcicos, como Cuba y Haití. Todos estos países han sido denunciados, por organizaciones internas e internacionales, que existen para la defensa de los derechos humanos, primera entre todas, Amnesty International, como territorios donde se han violado o se violan permanentemente y de manera vergonzosa los más elementales derechos, comenzando por el más elemental pero al mismo tiempo fundamental, el derecho a la vida.

Causa especial del actual estado de los derechos humanos y de los pueblos latinoamericanos es sin duda la situación socio-económica y política que se ha venido creando y consolidando desde la colonización europea, pasando por el neocolonialismo estadounidense y de las transnacionales. Sin disminuir en nada la responsabilidad histórica de la clase política nacional y de los latifundistas; de los monopolistas nacionales de la producción, del comercio, de las exportaciones, de las finanzas, de las armas, de las ideas, de la cultura, que se han lucrado y lucran de la condición de dominación y explotación de las grandes masas de la población. Todo esto con la complicidad y el apoyo de los nuevos teóricos del liberalismo, que exportan las ideas a favor de la globalización, entendida como expansión del capitalismo, del mercado, del consumismo y de la ganancia sin límites, que conllevan el total desmonte del Estado Social de Derecho y el crecimiento esponencial de la deuda externa de los países del sud del mundo, es decir los subdesarrollados.

No obstante este balance, no ciertamente optimista, sobre el estado de los derechos humanos en los países latinoamericanos, la mayor parte de ellos siguen en su línea de las reformas jurídicas, sobre todo constitucionales, en búsqueda de una mayor efectividad en la protección de los derechos humanos. En este sentido hay que interpretar los esfuerzos de Colombia (1991), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), para mencionar solo algunos ejemplos de países que han realizado cambios fundamentales que, en materia de protección jurisdiccional de los derechos humanos, a nivel interno e internacional, han verdaderamente actualizado sus ordenamientos jurídicos. En todos estos casos, como en otros más³⁵, se debe hacer énfasis en el reconocimiento expreso de la obligación de los Estados de hacer respetar y

³⁵ A. CACADO TRINDADE, *La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, en AA. VV. *El juez y la defensa de la democracia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1993.

garantizar no solo los derechos consagrados en sus ordenamientos jurídicos internos, sino también en todos los pactos, tratados, convenciones y demás compromisos internacionales que en materia de derechos humanos hayan sido firmados o ratificados. Como ejemplo de estos compromisos constitucionales se puede citar el texto colombiano que, al respecto, dispone que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben 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...” Y que concluye afirmando que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”³⁶.

A partir de los textos constitucionales latinoamericanos se ha formado una fuente doctrinal y jurisprudencial que ha tenido como consecuencia fundamental que los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, gozan del atributo de ser derechos inherentes a la persona humana y, por lo tanto, deben ser considerados implícitamente como derechos humanos constitucionales, lo que permite reafirmar su rango jurídico supremo. Esto permite a su vez, la recepción directa del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional, con lo cual se refuerza el valor y la protección de éstos en el derecho interno, sobre todo si se crean, como ha sucedido en la mayor parte de América Latina, instituciones o mecanismos de jurisdicción constitucional, como el amparo o la tutela, el habeas corpus y el habeas data, las acciones públicas, la acción popular de constitucionalidad, al igual que de carácter político, como el Defensor del Pueblo o de los Habitantes.

Lo interesante de la experiencia latinoamericana es su lucha continua por el derecho, no obstante (o precisamente por esto) las condiciones concretas, internas e internacionales, sean decididamente negativas para el desarrollo del derecho y de la justicia en estos países. En

³⁶ Artículos 93 y 94 de la Constitución colombiana, cuyo contenido es similar al de muchas constituciones latinoamericanas, al de la Convención Interamericana de derechos, a la Convención europea de derechos humanos y a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Civitas, Madrid, 1991.

tales condiciones, los gobiernos y los pueblos frecuentemente se sienten derrotados, sin opciones contra todos los muros que pueden existir no obstante la caída algunos muy importantes, como parece estar sucediendo en algunos países como Colombia. En estas condiciones recurren, con el poco optimismo que les queda, al derecho internacional humanitario. Como si al interno de los países no fuera suficiente acogerse al derecho ordinario, de todos los días, a la constitución vigente y fuera necesario apelarse a uno más “fuerte” por ser “misericordioso”. El resultado, obviamente es desolador. Lo que no se puede lograr con el derecho ordinario o con el derecho internacional general y pacticio, que obliga a las organizaciones internacionales y a los Estados, no se puede esperar que sea alcanzado con ese derecho especial, que se considera “más derecho”, precisamente por no ser “humano” sino “humanitario”. En estas condiciones se debe pensar en la necesidad de volver por los fueros del derecho interno e internacional a secas, por su fuerza moral, política y, sobre todo, coercitiva, si lo que se desea alcanzar es la dignidad del hombre, de la sociedad y del Estado. Hay siempre que recordar que la prioridad está en hacer respetar el ordenamiento jurídico, empezando por su constitución.

Para terminar, hay que recordar que, en cuanto se refiere al derecho internacional de los derechos humanos, se ha ya demostrado, en la mayor parte de Estados latinoamericanos, éste hace parte automáticamente del derecho interno, con la supremacía de las normas constitucionales por hacer parte del llamado *bloque de constitucionalidad*³⁷ y como tal debe ser aplicado y respetado con la debida prioridad, por autoridades públicas y privadas y por todos sus habitantes³⁸. Si este objetivo no se logra, son inútiles todas las invocaciones a un milagroso intervento del llamado *derecho internacional humanitario*. Simplemente los gobiernos y los pueblos que se encuentran en esas condiciones están fracasando en su intento de desarrollo político y social: su compromiso prioritario debe ser seguir luchando, sin cuartel, por salir de las condiciones de barbarie y dirigirse hacia la civilización.

³⁷ L. FAVOREU Y RUBIO LLORENTE, *El bloque de constitucionalidad*.

³⁸ R. PIZA R., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Convención Americana*, San José, 1989.

ANTONIO RUGGIERO

I caratteri della giustizia costituzionale nei Paesi di nuova democrazia

ABSTRACT

Il presente lavoro muove dalla "fisiologica" tendenza degli ordinamenti e delle società umane verso l'affermazione dei principi di democrazia, da far prevalere a dispetto di ogni tentativo – seppur storicamente duraturo – di comprensione dei diritti fondamentali della persona.

Oggetto di indagine divengono, pertanto, i modelli di giustizia costituzionale adottati da quattro nuove democrazie dell'Est europeo – Russia, Polonia, Romania ed Ungheria – nelle quali, alla luce delle vicende storiche da ultimo determinatesi, è dato osservare lo sviluppo di valori in via di progressiva affermazione, valori mutuati da ciò che noi uomini dell'Occidente, eredi di una certa storia, di una certa tradizione, in una parola di una certa "cultura" che si usa definire appunto "occidentale", siamo soliti ricondurre a solidi punti di riferimento, il principale dei quali – da un punto di vista squisitamente giuridico – è costituito dall'esigenza di porre limiti ben netti al potere dello Stato.

Partendo dalla constatazione di alcune esperienze di sindacato di costituzionalità ci si propone, attraverso un vaglio critico delle riferite impostazioni, di porre in risalto la volontà di tali nuove democrazie di far propri, nell'ottica di quella omogenizzazione di esperienze giuridiche verso la quale tende l'intera Unione, molti dei principi caratterizzanti lo Stato costituzionale di diritto, con particolare riguardo ai modelli di controllo costituzionale di tipo europeo. Ispirandosi, infatti, al rapporto di proporzionalità diretta sancito dall'esperienza giuridica europea fra il controllo di costituzionalità delle leggi e la democraticità dell'ordinamento, gli Stati post totalitari oggetto del presente lavoro, seppur in presenza di precedenti Carte Costituzionali con efficacia rinforzata rispetto ad altre fonti, si sono dotati – tranne l'Ungheria – di nuove Costituzioni. In questo nuovo mondo democratico si notano, pertanto, nuovi fermenti culturali insieme ai nuovi modi di esercizio del potere quali conseguenze dirette del superamento dei capisaldi dello Stato totalitario; al di là, infatti, della concreta applicazione

che delle norme garantiste viene fatta, negli Stati oggetto della presente indagine, analogamente alle altre democrazie post totalitarie dell'Europa orientale non espressamente menzionate, innagabile risulta la frattura fra l'esperienza socialista e la nuova esperienza costituzionale di democrazie sostanziale che le stesse stanno vivendo.

Nelle intenzioni dell'A. del presente saggio vi è quindi il disegno di evidenziare – verificandola – la concreta affermazione in quei Paesi di nuova democrazia del diritto di resistenza (individuale e collettiva) agli atti dei pubblici poteri che violino le libertà fondamentali ed i diritti garantiti dalle rispettive Costituzioni.

ANTONIO RUGGIERO

I CARATTERI DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
NEI PAESI DI NUOVA DEMOCRAZIA

SOMMARIO

1) *Premessa*; 2) *Il sistema della giustizia costituzionale in Russia*; 3) *Il sistema della giustizia costituzionale in Polonia*; 4) *Il sistema della giustizia costituzionale in Romania*; 5) *Il sistema della giustizia costituzionale in Ungheria*; 6) *Conclusioni*.

1. Premessa

Il saggio si propone di spiegare i caratteri della giustizia costituzionale in alcuni paesi dell'est europeo, a seguito della rivoluzione politica e del relativo sovvertimento dell'impalcatura costituzionale che ha interessato quell'area geografica sul finire degli anni ottanta, in conseguenza della caduta del muro di Berlino, quasi che la ricomposizione della storica divisione tra le due Germanie avesse determinato il crollo a catena delle democrazie popolari che al modello sovietico facevano riferimento. Non è questa la sede per valutare le profonde ragioni storiche e politiche che hanno condotto a quei crolli e che certamente hanno nel muro di Berlino la causa prossima, non quella remota. Interessava, tuttavia, chiarire ai fini della presente indagine che l'autodeterminazione dei popoli, in uno con l'esigenza sempre latente e infine sfociata nelle manifestazioni di piazza di rivendicazione dei diritti fondamentali della persona, ha determinato la fine di quella formula mistificatrice di democrazia popolare e proletaria, di matrice sovietica, che nell'est europeo – dalla fine del secondo conflitto mondiale in avanti – ha mascherato sistemi direttoriali e dittatoriali lontani dalla volontà e dagli interessi delle masse che si proponeva di rendere uguali (nella miseria).

A dieci anni dalla disgregazione dell'URSS in una pluralità di nuove entità territoriali e politiche che si affacciano sulla scena europea, ritengo interessante verificare se, ed in che misura, l'impalcatura costituzionale comunista e sovietica abbia realmente ceduto il passo a forme sostanziali di democrazia partecipativa, nel rispetto dei diritti dei singoli e delle relative formazioni sociali, mutate o meno dal diritto pubblico dei paesi europei occidentali, con particolare riguardo al si-

stema di giustizia costituzionale ed alle forme di controllo della costituzionalità delle leggi¹. La tradizione giuridica europea in merito insegna che più il controllo appare penetrante, efficace e di vasta portata, più democratico sarà l'ordinamento stesso, in quanto il primo è volto a garantire il rispetto della Costituzione e quindi dei valori che informano l'ordinamento del singolo Stato.

A tal proposito, è bene sgombrare subito il campo da possibili equivoci: le democrazie popolari dell'est Europa avevano tutte una Carta costituzionale, alla quale attribuivano come in occidente efficacia rinforzata rispetto alle altre leggi; tuttavia, l'assenza del giudice delle leggi, la negazione del principio per noialtri intoccabile della separazione dei poteri e l'esaltazione dell'esecutivo – la Costituzione dell'URSS del 5 dicembre 1936 attribuiva al Pcus il ruolo di guida negli affari politici del paese – non hanno mai consentito l'espletamento del controllo giurisdizionale delle leggi.

La presenza di Corti o Tribunali Costituzionali, invece, a garanzia delle libertà e dei diritti costituzionalmente affermati, consente di reagire a determinate infrazioni della Carta fondamentale, apprestando e individuando l'iter e le forme di accesso al giudice delle leggi: la tipologia delle infrazioni denunciabili rappresenta, infine, l'ulteriore variabile che sostanzia i diversi sistemi di giustizia costituzionale².

Sia consentita un'ulteriore precisazione: ferma restando la fondamentale importanza delle Corti costituzionali e dello stesso procedimento aggravato della legislazione costituzionale, la garanzia costituzionale in ultima istanza è pur tuttavia rimessa al rispetto di quella formula da parte di tutti i consociati. L'art. 139 della Costituzione italiana, secondo cui la forma repubblicana non è suscettibile di revisione, per fare un esempio, in tanto ha valore e significato in quanto le organizzazioni politiche dello Stato rimangono fedeli ai valori che informano la Carta costituzionale³.

¹ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il problema del controllo di costituzionalità delle leggi negli "stati socialisti" europei*, in *Scritti Crisafulli*, Padova, 1985, I.

² Sull'evoluzione politico-costituzionale degli ordinamenti di democrazia socialista dell'Europa orientale, v. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995. AJANI, *Diritto dell'Europa orientale*, Torino, 1996. KNAPP, *Il diritto comparato e il crollo del comunismo*, in *Riv. Dir. civ.*, 1996, 529 ss.

³ G. LOMBARDI, *La fase attuale dello "ius publicum europaeum"*, in *Atti di un Convegno in onore di F. Tomàs Y Valiente*, Messina, 15-16 marzo 1993, Milano, 1993.

L'esperienza storica e comparatistica, per tornare ai fini dell'indagine, dimostra comunque che le nuove realtà politiche dell'Europa orientale si sono dotate di un giudice delle leggi, con ciò uniformandosi al modello occidentale europeo fondato prevalentemente sul sindacato accentrato⁴: attesa, tuttavia, l'impossibilità di vagliare singolarmente tutte le esperienze costituzionali insistenti su quell'area geografica per l'elevato numero delle Repubbliche indipendenti e sovrane a seguito della disgregazione dell'URSS, ritengo comunque opportuno dare conto della nuova esperienza costituzionale della Russia, erede della disgregata Unione Sovietica, della Polonia, per l'originalità e la diversità delle soluzioni adottate ed infine della Romania e dell'Ungheria, quest'ultima ancora legata in misura maggiore rispetto alle altre al modello socialista sovietico⁵.

2. Il sistema di giustizia costituzionale in Russia

La nuova Carta costituzionale approvata in data 25 dicembre 1993, in seguito a referendum popolare, definisce la Russia come una federazione di ottantanove enti territoriali⁶, con forma di governo semipresidenziale, dotata di nuovi organi costituzionali in grado di garantire il rispetto della separazione dei poteri. La Russia è, in sostanza, l'erede dell'Unione Sovietica, per estensione di territorio e formula politica.

Già la Carta costituzionale sovietica del 1936 poteva dirsi una Costituzione rigida, tuttavia, non era dato individuare nell'articolato norme costituzionali assolutamente imm modificabili. L'ordinamento sovietico, ancora, riconosceva alla Costituzione forza giuridica superiore a quella di ogni altra fonte dell'ordinamento, ma non ammetteva il controllo esterno e giudiziario di legittimità dell'azione dei propri organi

⁴ Sul punto v. *Trasformazioni costituzionali nell'est europeo*, a cura di S. Bartole e altri, in *Quaderni Costituzionali*, 1992, p. 383.

⁵ Per tutti v. BARTOLE, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale. Da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, Bologna, 1993.

⁶ Ne fanno parte 21 repubbliche, 6 territori, 49 regioni, 2 municipalità federali, 1 regione autonoma, 10 circondari. Per un commento di ordine generale sulla nuova carta costituzionale, v. OLIVETTI, *Prime osservazioni intorno alla Costituzione della Federazione russa del 12 dicembre 1993*, in *Pol. Dir.*, nr. 2, 1995, 275 ss.

supremi⁷, ritenendo a tal fine sufficiente il controllo apprestato da organismi interni agli stessi parlamenti: si trattava, dunque, di un controllo meramente politico, antitetico rispetto al modello occidentale, improntato ai canoni del *rule of law*⁸.

L'attribuzione all'esecutivo di un ruolo centrale e rafforzato rispetto al potere giudiziario, nonché l'attribuzione al giudice di funzioni educative e di profili di responsabilità politico-sociale nei confronti della collettività⁹, infine, comportavano lo svilimento della funzione giudiziaria che spesso degenerava in indebite interferenze politiche, definite del "diritto telefonico" o della "giustizia telefonica"¹⁰, a sottolineare la sudditanza della magistratura sovietica alle scelte ed agli indirizzi politici.

Nella difficile fase di transizione, a cavallo tra gli anni ottanta e i primi due anni del decennio successivo, l'autorità politica russa ha istituito il Comitato di Sorveglianza Costituzionale dell'URSS, in funzione dall'aprile del 1990 al dicembre del 1991, con il compito, fra gli altri, di controllare la legittimità costituzionale delle leggi federali, degli atti del Congresso, del Soviet Supremo, del Presidium, del Presidente, del Governo, nonché delle Costituzioni delle singole Repubbliche e dei trattati internazionali. Le sue attività giurisdizionali furono, tuttavia, sospese dal Presidente Eltsin nel 1993, a seguito della grave crisi istituzionale di conflitto tra il Presidente che, forte della fiducia ottenuta con il referendum popolare del 21 settembre 1993, indicava

⁷ Si tratta di un dato costante nell'esperienza socialista in tema di sindacato giudiziario relativo alla conformità delle leggi alla Costituzione. Il modello normativo della Repubblica Popolare Cinese non contempla tale forma di controllo, ritenendola incompatibile con il principio di unità del potere statale. Tuttavia, il sistema dell'autocontrollo, analogamente a quanto avveniva nell'Urss, non ha mai funzionato, atteso che nessuna legge adottata dal Comitato Permanente è stata dichiarata incostituzionale dal Congresso cinese.

⁸ Appare sintomatico, in effetti, che in circa quarant'anni di storia comunista né l'ordinamento sovietico né le repubbliche popolari che a quello si ispiravano abbiano dichiarato attraverso i loro Parlamenti l'illegittimità di una legge rispetto alla Costituzione.

⁹ Le basi ideologiche del sistema sovietico sono ampiamente trattate in MEYER, *Le funzioni dell'ideologia nel sistema politico sovietico*, in *L'Est. Riv. Trim. di studi sui paesi dell'Est*, 1966.

¹⁰ La sottomissione del potere giudiziario all'esecutivo risultava emblematica nel processo penale, laddove il giudice si limitava a far proprie le tesi dell'accusa, comminando pene esemplari anche per reati di scarsa incidenza sociale, in ossequio al principio della funzione preventiva della pena.

nuove elezioni per il rinnovo della Duma annunciando contestualmente l'approvazione di una nuova carta costituzionale, il giudice delle leggi che dichiarava incostituzionale l'ukaz n. 1400, ed il Parlamento che destituiva il Presidente attribuendo tale carica al vice presidente Rutskoi. La crisi venne risolta con un colpo di mano dell'esercito rimasto fedele al Presidente che espugnò il Parlamento: la soluzione testimonia il ruolo egemone del Presidente della Federazione, dunque dell'esecutivo, sugli altri poteri dello Stato¹¹.

In una sorta di continuità ideale con la naufragata esperienza di giustizia costituzionale, nel 1991 venne istituita la Corte Costituzionale Russa che, come è ovvio immaginare, si trovò ad operare in un clima particolarmente teso. Le sue attribuzioni testimoniano di quel clima, atteso che la Corte appare decisamente soggetta al potere politico, figurando come espressione del Presidente della Federazione cui spetta il potere di proporre i nomi dei possibili candidati scelti tra persone con almeno 40 anni di età, che possano vantare una reputazione irrepreensibile ed un'esperienza di almeno quindici anni maturata in campo giuridico. A riprova, si consideri che all'interno della Corte è prevista la figura del Plenipotenziario della Federazione, le cui attribuzioni appaiono rivolte a garantire al Capo dello Stato proprio la sorveglianza sulle attività del giudice costituzionale¹². Spetta alla Corte risolvere i conflitti positivi e negativi di competenza tra i poteri della Federazione, funzione riconosciuta ai Tribunali costituzionali dell'Europa occidentale, oltre alla funzione tipica di marca garantista che qui maggiormente interessa, volta al controllo della legittimità degli atti normativi. La legge costituzionale del 1994 prevede l'articolazione su due sezioni di nove e dieci giudici competenti a giudicare delle questioni non espressamente riservate all'assemblea plenaria, la quale verifica la costituzionalità delle Costituzioni degli Stati membri, fornisce l'interpretazione della Costituzione su richiesta di organi federali e locali, verifica la correttezza della procedura di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica per alto tradimento o altro grave delitto, promuove l'iniziativa legislativa nelle materie inerenti alla sua or-

¹¹ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA-GANINO, *Costituzioni straniere contemporanee*, II, Milano, 1996.

¹² DI GREGORIO, *La nuova Corte Costituzionale della Federazione russa*, in *Quest. Giust.*, 3-4, 1996, 783 ss.

ganizzazione ed al suo funzionamento, fissa l'ordine di esame degli affari e la ripartizione di essi tra le sezioni.

Ad arricchire il quadro, molte delle Repubbliche federate hanno creato proprie Corti Costituzionali, il che potrebbe comportare sovrapposizioni tra le rispettive attribuzioni in materia di risoluzione dei conflitti di competenza. Al riguardo, l'art. 72 lett. a) prevede che il compito di *"assicurare la conformità delle Costituzioni e delle leggi delle Repubbliche così come degli statuti, delle leggi e degli altri atti giuridici dei territori, delle regioni..."* sia di *"competenza comune della Federazione di Russia e dei soggetti della Federazione di Russia"*. L'art. 15 dispone che *"le leggi e gli altri atti giuridici adottati dalla Federazione non devono contrastare con la Costituzione della Federazione"*.

Le decisioni sono prese a maggioranza semplice ad eccezione di quelle sull'interpretazione della Costituzione per le quali la legge prevede la necessità del voto favorevole dei due terzi dei giudici costituzionali.

Con specifico riguardo alle funzioni garantiste della Corte, occorre qui valutare le tipologie di accesso e di azionabilità del controllo dinanzi al giudice delle leggi, considerando che la Corte Costituzionale Russa è competente a conoscere dei giudizi sulla conformità alla Carta fondamentale degli atti normativi della Federazione e degli Stati membri, nonché dei trattati internazionali. È possibile azionare tale controllo in via principale, in via incidentale ovvero tramite ricorso diretto dei cittadini, secondo un controllo preventivo ed un controllo successivo degli atti.

Il ricorso in via principale può essere proposto dal Presidente della Federazione, da ciascuna delle due Camere, da 1/5 dei membri di una di esse, dal Governo, dalla Corte Suprema, dal Tribunale Supremo Arbitrale della Federazione e dagli organi legislativi ed esecutivi degli Stati membri: è successivo rispetto alle leggi federali, agli atti normativi del Presidente, del Consiglio della Federazione, della Duma di Stato; alle Costituzioni, agli Statuti ed agli atti normativi degli Stati membri emanati nelle materie ad essi riservate; agli accordi tra organi federali e organi degli Stati membri, nonché agli accordi tra gli Organi degli Stati membri. Il controllo in via preventiva riguarda i soli trattati internazionali.

Si tratta, come si vede, di atti normativi primari. Il controllo in via principale è comunque consentito in via successiva anche rispetto alle fonti secondarie¹³.

¹³ Si risolve in senso estensivo, dunque, la questione di diretta sindacabilità delle fonti normative secondarie ampiamente dibattuta in occidente.

Il giudizio incidentale, azionato da un tribunale, riprende il modello italiano e si fonda sul requisito della rilevanza della questione. Il giudice che ritenga la legge da applicare o già applicata non conforme alla Costituzione chiede l'intervento della Corte, sospendendo il processo sino alla relativa pronuncia.

Il ricorso diretto del cittadino è esperibile ai sensi dell'art. 125, 4 co, Cost. in caso di violazione dei diritti e delle libertà costituzionali. È volto alla verifica della costituzionalità della legge applicata o soggetta ad applicazione nel caso specifico. Il cittadino può adire la Corte per mezzo di un reclamo individuale o collettivo, nell'ambito di un caso concreto di applicazione della norma da parte di un organo giurisdizionale ovvero di un altro organo che applica la legge, i quali, in tale circostanza, possono sospenderne l'applicazione. Con questa forma di ricorso diretto del cittadino può essere sindacata soltanto la legge. La legge del '91 consentiva i ricorsi diretti del cittadino, ma il relativo accoglimento non comportava l'invalidità della legge, bensì l'obbligo per il legislatore di valutarne la modifica. Agli altri casi di controllo di costituzionalità si ricollegava l'annullamento dell'atto. La normativa attuale, all'art. 125, comma 6, Cost. stabilisce che "*gli atti o le loro singole disposizioni dichiarate incostituzionali perdono la loro efficacia*", mentre i trattati internazionali dichiarati in conflitto con la legge fondamentale non possono essere applicati.

La sentenza della Corte è definitiva ed inappellabile, gli effetti si determinano immediatamente dopo la proclamazione e sono obbligatori per gli organi pubblici e privati. Contestualmente alle decisioni vengono rese pubbliche anche le opinioni dissenzienti¹⁴.

3. Il sistema della giustizia costituzionale in Polonia

Il sistema di giustizia costituzionale polacca risale al 1982, vigente la Costituzione comunista del 1952, ma il Tribunale Costituzionale ha potuto esercitare le proprie funzioni solo a partire dal gennaio del 1986, anche a fronte delle opposizioni interne di talune parti politiche¹⁵. Si trattava di un tentativo piuttosto modesto di apprestare un

¹⁴ Cfr. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998.

¹⁵ GARLICKI, *Un nuovo organo giurisdizionale in Polonia: la Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, nr.2, 1988, 201 ss.

sistema di giustizia costituzionale, dal momento che la titolarità del potere di impugnare le leggi era attribuita esclusivamente a talune autorità statali – con ciò rispettando i principi del centralismo democratico – contenendo, poi, in limiti ristretti l'efficacia delle pronunce di illegittimità costituzionale. L'art. 33 lett. a), infatti, attribuiva efficacia vincolante alle decisioni di rigetto, che dunque attestavano la legittimità dell'atto sindacato, con conseguente preclusione per chiunque di risollevarne la stessa questione. Le pronunce di accoglimento, invece, erano coperte da giudicato solo se avevano ad oggetto fonti secondarie, obbligando l'organo che le aveva adottate a rimuoverle entro tre mesi, decorsi i quali provvedeva direttamente con proprio provvedimento il Presidente del Tribunale. Ove però si trattasse di declaratoria di incostituzionalità delle leggi, dunque di fonti primarie, le sentenze del Tribunale Costituzionale venivano sottoposte all'esame del Sejm, determinando effetti esclusivamente procedurali. Il Parlamento era obbligato a riesaminare la disposizione di legge censurata, ma godeva della facoltà di riapprovare il medesimo testo a maggioranza dei due terzi dei voti e con la presenza di almeno la metà dei deputati.

Tale assetto venne conservato dalle riforme del 1992, sebbene la legge costituzionale di revisione della Carta fondamentale venga ricordata come la *Piccola Costituzione*, a sottolineare l'importanza e la frattura determinata rispetto al passato¹⁶.

La nuova Costituzione del 1997, introducendo rilevanti novità in materia di giustizia costituzionale e avendo a modello la Costituzione della Federazione Russa del 1991, nonché tutta l'esperienza maturata in tema dagli Stati europei occidentali di *civil law*, dedica alla disciplina sistematica del Tribunale Costituzionale la Prima Sezione del Capo VIII della Costituzione, che si compone di dieci articoli¹⁷. In conformità alla scelta dominante in Europa, anche il costituente polacco ha preferito orientarsi verso un sindacato di tipo accentrato e, sempre conformemente a quell'impostazione, il Tribunale si caratterizza per una forte connotazione politica. I quindici giudici che compongono la Corte sono infatti eletti a maggioranza assoluta dei voti e con la presenza di almeno la metà più uno dei componenti il Sejm, la Camera

¹⁶ WAWRZYŃIAK J., ZAKRZEWSKA J., *La Piccola Costituzione nella tradizione e nel presente del costituzionalismo polacco*, in *Nomos*, 1993, fasc. 1, p. 97.

¹⁷ La disciplina di dettaglio è dettata da una legge del 1997 entrata in vigore lo stesso giorno della Costituzione.

“politica” che vota la fiducia al Governo. Il mandato è novennale, non rinnovabile. I candidati sono scelti tra persone che si sono distinte per le conoscenze in materie giuridiche. Il Presidente ed il Vicepresidente sono nominati dal Presidente della Repubblica su proposta degli stessi giudici riuniti in Assemblea Plenaria, secondo il disposto di cui all’art. 194 della Costituzione¹⁸.

Le controversie sono decise dalle sezioni semplici composte da cinque giudici, salvo demandare la cognizione delle questioni giuridiche più complesse alle sezioni unite, su proposta discrezionale del Presidente della Corte.

Come già ampiamente notato a proposito delle competenze del Tribunale Costituzionale russo, anche il Tribunale polacco è investito di numerose attribuzioni e competenze di tipo garantista ed arbitrale. In questa sede è opportuno soffermarsi sulle tipologie di accesso al Tribunale medesimo, onde valutare se il controllo della legittimità delle leggi è sufficientemente penetrante ed in grado di garantire la democraticità del nuovo ordinamento giuridico. In merito, il giudice delle leggi conosce dei giudizi relativi alla legittimità costituzionale degli atti normativi e dei trattati internazionali, nonché dei giudizi concernenti la verifica della conformità o meno alla Costituzione, alle leggi costituzionali ed ai trattati internazionali. La cognizione della Corte si estende inoltre ai ricorsi proposti dai cittadini in ordine alle violazioni dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti. È peculiare la competenza del Tribunale a verificare la conformità alla Costituzione delle proposte e delle attività dei partiti politici. Il Tribunale Costituzionale giudica sulla conformità alla Costituzione dei progetti di legge su istanza del Capo dello Stato.

Tracciati i confini dell’estensione del sindacato giurisdizionale, bisogna verificare ora quali tipologie di sindacato il costituente del 1997 abbia individuato a tutela della costituzionalità e della legalità delle leggi. Premetto che la Costituzione consente una compresenza di controllo preventivo e controllo successivo sugli atti normativi, secondo un controllo incidentale e diretto.

La prima distinzione concerne dunque il sindacato preventivo ed il sindacato successivo.

Il controllo preventivo si estende a progetti di legge approvati dal

¹⁸ FEDE, *Il Tribunale Costituzionale nella nuova Costituzione polacca*, in *Quad. cost.*, 1999, 169 ss.

Parlamento ed inviati al Capo dello Stato per la promulgazione. La legge prevede che questi possa alternativamente promulgare la legge, rinviarla al Sejm – che può approvare definitivamente la legge con la maggioranza qualificata dei tre quinti – ovvero investire della questione di legittimità il Tribunale Costituzionale. In quest'ultimo caso, sono astrattamente possibili due alternative: se il Tribunale giudica il progetto di legge conforme alla Costituzione, il Presidente è obbligato alla promulgazione, aprendo in caso contrario un'insanabile frattura tra poteri costituzionali dello Stato. Nel caso in cui il Tribunale si pronuncerà per l'incostituzionalità del progetto, questo potrà essere promulgato esclusivamente per la parte ritenuta legittima in accordo col presidente del Sejm.

Il controllo successivo ha, a sua volta, forme di accesso distinte. L'articolo 191 della Costituzione prevede un controllo di tipo astratto, azionato su istanza del Presidente della Repubblica, dai Presidenti delle Camere, dal Primo Ministro, da cinquanta deputati, da trenta senatori, dal Primo Presidente della Corte Suprema, dal Presidente dell'Alta Corte Amministrativa, dal Procuratore Generale, dal Presidente della Camera Suprema di Controllo, dal Commissario per i diritti civili, dal Consiglio Nazionale Giudiziario. Gli organi dei governi locali, delle organizzazioni sindacali e professionali e le organizzazioni religiose possono impugnare soltanto atti normativi concernenti materie di propria competenza. In questa tipologia di accesso si iscrive anche il ricorso diretto dei cittadini contro provvedimenti definitivi amministrativi o giurisdizionali che violano i diritti e le libertà costituzionali¹⁹. L'art. 79 della Costituzione, a proposito di ricorso diretto del cittadino contro un provvedimento amministrativo definitivo e lesivo di diritti costituzionalmente tutelati, contiene un'importante limitazione in quanto dispone che il giudice delle leggi possa utilizzare come parametro di legittimità soltanto la Carta costituzionale²⁰. Il Tribunale Costituzionale può decidere la temporanea sospensione dell'esecuzione del provvedimento definitivo contestato qualora da esso derivi un danno irreparabile al diritto che si vuole tutelare o ad un importante interesse pubblico ad esso collegato. Il ricorso è depositato presso il Tri-

¹⁹ Sono escluse dal ricorso del cittadino le questioni concernenti il diritto di asilo e l'attribuzione allo straniero dello *status* di rifugiato.

²⁰ La limitazione in parola è estesa ai casi in cui l'atto impugnato sia di rango sub-legislativo.

bunale previo pagamento di una tassa di registrazione fissata dal Consiglio dei Ministri entro due mesi dal giorno in cui è stata pronunciata la decisione definitiva che ha applicato la legge sospetta di incostituzionalità.

L'art. 193 della Carta costituzionale, infine, consente un sindacato di tipo incidentale, fondato sulla rilevanza dell'atto nel processo giurisdizionale, attribuendo a ciascun giudice la competenza ad investire la Corte Costituzionale delle "questioni giuridiche", secondo l'espressione coniata dal costituente del '97. Si tratta di una grossa novità rispetto alla precedente normativa del 1985, a mente della quale il giudice non poteva adire direttamente la Corte, ma era tenuto ad indirizzare la questione in alternativa al Presidente della Corte Suprema, al Presidente dell'Alta Corte Amministrativa, ai ministri o ad altri organi centrali, affinché questi la presentassero al Tribunale Costituzionale.

Resta da dire dell'efficacia delle pronunce della Corte. Anche in proposito la frattura rispetto al passato è evidente, atteso che non è dato rinvenire graduazione di efficacia in relazione alla tipologia degli atti sindacati. Ad ogni buon conto, la nuova Costituzione, all'art. 190, dispone che le sentenze adottate dal Tribunale Costituzionale sono definitive e vincolanti *erga omnes*. Una reminiscenza del passato sta, tuttavia, nell'art. 239 Cost. che va letto in combinato disposto con l'art. 190. L'art. 239 Cost. ha riprodotto la precedente distinzione tra atti primari e atti secondari, limitandola però ad un periodo di due anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Dunque, fino all'ottobre 1999, una sentenza di illegittimità di una legge non era definitiva ma obbligava semplicemente il Sejm a reconsiderarla.

4. Il sistema della giustizia costituzionale in Romania

Il controllo di costituzionalità delle leggi aveva fatto un timido ingresso nella Romania socialista attraverso l'istituzione, prevista dalla Costituzione del 1965, di una commissione parlamentare chiamata a pronunciarsi, a titolo meramente consultivo, sulla legittimità degli atti normativi²¹. Dopo i tragici fatti della destituzione e condanna a morte nel dicembre del 1989 del Presidente Ceausescu, la vecchia Carta co-

²¹ Sul punto, cfr. GANINO, *L'amministrazione locale in Romania*, in *L'amministrazione locale in Europa*, IV, a cura di Biscaretti Di Ruffia, Milano, 1982.

stituzionale è stata formalmente abrogata dal testo del 1991, approvato a seguito di referendum popolare. La nuova Costituzione dedica il Titolo V – articoli 140-145 – alla materia della giustizia costituzionale, la cui disciplina è stata poi integrata con l'approvazione della L. 47/92 contenente disposizioni sull'organizzazione e sul funzionamento della Corte Costituzionale. Anche la Romania, dunque, ha optato per un sindacato delle leggi di tipo accentrato. I nove giudici che compongono la Corte sono eletti, secondo la disposizione 140 Cost., per 1/3 dalla Camera, per 1/3 dal Senato e per il restante terzo dal Presidente della Repubblica, con modalità in base alle quali è consentito un rinnovo parziale dei componenti il collegio ad intervalli di tre anni. Come per le esperienze costituzionali russa e polacca, anche la Corte rumena appare fortemente politicizzata. A parziale rimedio della situazione, l'art. 142 Cost. sanziona l'incompatibilità della funzione di giudice con ogni altra funzione pubblica o privata, escluse le funzioni didattiche nell'insegnamento giuridico superiore²². I giudici sono designati tra coloro che hanno una formazione giuridica ed un'esperienza di almeno diciotto anni di attività giurisdizionale o di insegnamento giuridico superiore. Il Presidente della Corte è eletto dal collegio e dura in carica per un triennio. L'assemblea plenaria è competente a conoscere delle questioni concernenti il controllo di costituzionalità di tipo preventivo, nonché delle questioni aventi ad oggetto i regolamenti parlamentari.

La contemporanea presenza di un controllo preventivo e di un controllo successivo, in uno con un'ampia serie di funzioni, esalta la funzione mediatrice della Corte Costituzionale rumena. La legge del '92 distingue tra un'obiezione di incostituzionalità con riferimento al controllo preventivo ed un'eccezione di incostituzionalità in relazione al sindacato di tipo successivo²³.

In forma preventiva la Corte sindacava la legittimità costituzionale delle leggi e delle proposte di revisione costituzionale. Il controllo viene azionato su ricorso del Capo dello Stato, dei Presidenti delle Camere, del Presidente del Governo, della Corte Suprema di Giustizia,

²² Nello stesso senso, l'art. 195 della Costituzione polacca stabilisce che i giudici sono soggetti soltanto alla Costituzione e non possono iscriversi ad alcun partito politico durante il mandato.

²³ Per un inquadramento sistematico della materia, cfr. MURARU-CONSTANTINESCU, *La juridiction constitutionnelle en Roumanie*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XI, 1995, 16.

di almeno cinquanta deputati o di venticinque senatori. La pronuncia di illegittimità costituzionale resa dall'assemblea plenaria, analogamente a quanto avveniva in Polonia anteriormente al 1997, determina effetti solo procedurali, atteso che il Parlamento è obbligato a procedere al riesame delle norme ed all'eventuale riapprovazione nelle forme della revisione costituzionale con la maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti le Camere.

Qualora, poi, dopo l'approvazione della legge, venga sollevata obiezione di incostituzionalità, il termine stabilito per la promulgazione, e fissato in venti giorni, è interrotto e sostituito con un nuovo termine di dieci giorni che decorrono dalla pubblicazione della decisione. Il giudizio avviene nei limiti del ricorso ed il sindacato della Corte riguarda solo le norme censurate. Il controllo successivo ha ad oggetto le leggi, le ordinanze del Governo ed i regolamenti parlamentari. Relativamente al controllo delle fonti primarie – leggi e ordinanze del Governo – esso assume forme simili a quelle del giudizio incidentale italiano, ponendosi come necessaria un'eccezione di incostituzionalità sollevata d'ufficio o su istanza di parte dinanzi ad un giudice. A differenza del giudice italiano, che filtra l'accesso alla Corte compiendo una prima valutazione circa la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione, il giudice rumeno dinanzi al quale una norma sia censurata di incostituzionalità è obbligato a rimettere la questione alla Corte Costituzionale.

Il controllo di costituzionalità sui regolamenti parlamentari è azionato su richiesta del Presidente di una delle Camere, di un Gruppo parlamentare, di cinquanta deputati o di venticinque senatori. *Prima facie*, attesa la prevalenza del Parlamento sulla Corte, appare singolare che questa possa sindacare i regolamenti parlamentari. Il paradosso è facilmente superabile ove si consideri che un'eventuale declaratoria di incostituzionalità che censura un regolamento parlamentare obbliga il Parlamento a riconsiderare le disposizioni censurate, ma non travolge la disposizione medesima²⁴.

È controverso, invece, definire gli effetti delle pronunce rese in via incidentale. L'art. 145, che afferma l'obbligatorietà delle decisioni della Corte Costituzionale che dispongono solo per l'avvenire, va letto in combinato disposto con la L. 47/92 in forza della quale le pronunce

²⁴ SPADARO, *Due custodi della Costituzione rumena? Una Carta sospesa tra sovranità parlamentare e supremazia costituzionale*, in *Quad. cost.*, nr. 3, 1994, 454.

rese in via incidentale costituiscono la “base legale per un nuovo giudizio, su domanda delle parti”, obbligando i giudici a disapplicare le norme censurate. Il dubbio in dottrina concerne la portata applicativa della prevista disapplicazione, essendo controverso se la disposizione debba intendersi riferita a tutti i processi, ovvero rimanga circoscritta al caso di specie.

5. Il sistema della giustizia costituzionale in Ungheria

A differenza delle altre esperienze costituzionali sin qui valutate, che si sono dotate di nuove Carte costituzionali²⁵, l'Ungheria si regge ancora sulla Costituzione comunista del 20 agosto 1949, sebbene la stessa sia stata fatta oggetto di diverse modifiche – le più incisive nel 1972, 1983, 1989, 1990 – che l'hanno integralmente rinnovata rispetto al testo originario.

Con la riforma del 1983 si tentò una timida esperienza di giustizia costituzionale mediante la creazione del Consiglio di Diritto Costituzionale, una sorta di Commissione Parlamentare con poteri consultivi in merito alla verifica della costituzionalità delle leggi e con poteri sospensivi dell'esecuzione di disposizioni sub legislative ritenute illegittime. Agli inizi dell'89 fu istituita una nuova Corte Costituzionale titolare del potere di sospendere anche gli atti normativi primari. Con legge XXXII del 19 ottobre 1982, ancora in vigore, si è proceduto ad una nuova configurazione del controllo di costituzionalità.

La Corte si compone di quindici giudici eletti dal Parlamento a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, su proposta di una commissione formata dai rappresentanti dei gruppi parlamentari. I giudici costituzionali rimangono in carica nove anni e sono rieleggibili una sola volta. Costituiscono requisiti di eleggibilità il raggiungimento del quarantacinquesimo anno d'età e la maturata esperienza in campo giuridico. La legge del 1989 attribuisce ai giudici le medesime immunità previste per i membri del Parlamento²⁶.

²⁵ Si sono dotati di una nuova carta costituzionale, tra gli altri, anche la Serbia (1990), la Croazia (1990), la Macedonia (1991), la Slovenia (1991), la Repubblica Ceca (1992), la Slovacchia (1992), l'Estonia (1992), la Lituania (1992), il Montenegro (1992), la Federazione Jugoslava (1992), la Bielorussia (1994), la Moldavia (1994).

²⁶ BISCARETTI DI RUFFIA-GANINO, *Costituzioni straniere contemporanee*, cit., 395 ss.

La Corte svolge un controllo preventivo²⁷ su una pluralità di atti normativi. Titolari del potere di impugnativa di un progetto di legge sono l'Assemblea Nazionale, le commissioni permanenti ovvero cinquanta deputati, mentre una legge già approvata dal Parlamento può essere impugnata, prima della promulgazione, da parte del Presidente della Repubblica.

I regolamenti parlamentari sono impugnabili di fronte alla Corte prima della loro approvazione da parte della stessa Assemblea, la quale, insieme al Capo dello Stato ed al Governo, è titolare del potere di sollecitare il sindacato sulle convenzioni internazionali prima della loro ratifica.

La Corte esercita pure un sindacato di tipo successivo²⁸ che ha ad oggetto un'ampia tipologia di atti. Sono sindacabili la Costituzione, la legge, i decreti del Governo, i decreti ministeriali, gli atti normativi dell'Assemblea, quelli del Governo e delle amministrazioni centrali, nonché una serie di ulteriori provvedimenti di carattere sostanzialmente amministrativo. Il sindacato si realizza in due forme diverse: ricorso diretto del cittadino, cioè un controllo incidentale su istanza di parte, ovvero d'ufficio.

Chiunque lamenti una violazione dei propri diritti costituzionali, una volta esauriti tutti i rimedi interni previsti dall'ordinamento ed in presenza di una decisione definitiva, può impugnare di fronte alla Corte la norma in forza della quale si è adottato il provvedimento giurisdizionale ovvero amministrativo. La norma dichiarata incostituzionale è annullata con effetti *ex nunc*. Alla Corte è consentito – se lo ritiene opportuno e qualora vi siano esigenze di sicurezza giuridica – disporre in modo diverso degli effetti temporali delle stesse in senso retroattivo ovvero differendo il termine di decorrenza degli effetti ad un momento successivo.

6. Conclusioni

L'analisi sin qui svolta testimonia senza dubbio gli sforzi compiuti dagli Stati aderenti al Patto di Varsavia di costruire un sistema di democrazia reale e partecipativa che tuteli i diritti umani attraverso, ma

²⁷ Artt. 33-36 della Legge sulla Corte.

²⁸ Artt. 37-43 e 48 della Legge sulla Corte.

non solo, il controllo costituzionale delle leggi affidato al potere giudiziario. Si tratta, come si è visto nel corso del presente lavoro, di una svolta epocale se si considera che la cultura di ispirazione socialista-marxista imponeva di considerare che il potere statale andasse concentrato interamente nelle assemblee parlamentari, le uniche competenti ad esprimere la volontà del popolo. Non si tratta, come è ovvio, di una semplice sostituzione, ma di una scelta di fondo diversa che impone di riconsiderare la tipologia stessa dello Stato, le garanzie e la tutela riconosciute al singolo. È la stessa impostazione mentale del cittadino medio dell'est europeo che viene influenzata e che dev'essere riabituata a pensare in termini di diritti individuali e di mezzi apprestati dall'ordinamento a tutela di quei diritti²⁹.

Lo studio delle quattro esperienze costituzionali fin qui condotte, ma le considerazioni formulate valgono anche per le altre non espressamente analizzate, dimostra la volontà di quelle democrazie di rompere con l'esperienza fallimentare comunista, abbracciando molti dei principi caratterizzanti lo Stato costituzionale di diritto ed ispirandosi all'interno di quel modello ai metodi di controllo giurisdizionale sanciti dalle Costituzioni degli stati europei occidentali³⁰. Con questo non si intende certamente magnificare la costruzione giurisdizionale dell'Europa occidentale, né tantomeno affermare che tutto è stato ormai compiuto. È però certo che la progressiva stabilizzazione della formula democratica, unitamente all'allargamento ai paesi dell'est dell'Unione europea, consentirà in un prossimo futuro di definire un nuovo *ius publicum europaeum*, costruito sull'unificazione delle esperienze giuridiche europee³¹.

In tale contesto risalta l'introduzione di sistemi di giustizia costituzionale di tipo accentrato, per lo più ispirati ai modelli francese e spagnolo. Risalta il ruolo fondamentale giocato dalla Costituzione la cui forza – è emblematico in questo senso il caso dell'Ungheria – consiste proprio nell'accompagnare cicli politici diversi, nel saperli superare e nel saperli rendere positivi³². Del resto, se si eccettua la singolare

²⁹ G. CONTINI, *Processi formativi delle nuove Costituzioni nei paesi dell'Europa dell'Est*, in *Nomos*, 1992, fasc. 4, 29.

³⁰ TROCKER, voce *Sindacato di costituzionalità*, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1992.

³¹ RUSSO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i paesi dell'Europa dell'Est*, in *Dir. Uomo*, 1992, fasc. 2, 26.

³² PAPACSI, *La situazione dei diritti umani in Ungheria*, in *Dir. Uomo*, 1992, fasc. 3, 34.

esperienza costituzionale del Regno Unito, che ispirandosi alla tradizione di *common law*, si regge sulla forza della regola dello *stare decisis* e, pur essendo un faro di democrazia e rispetto dei diritti umani, non conosce tuttavia la Costituzione rigida e formale dell'esperienza europea continentale, accettando per converso modelli di *Judicial Review*, il resto dell'Europa si fonda su un sistema di sindacato accentratore delle legittimità delle leggi, concentrando in un Tribunale o Corte Costituzionale il potere di sindacare e controllare quegli atti, a garanzia dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti, regolando infine i modi di accesso a quella giustizia³³.

Si tratta di un concetto comune a tutta l'Europa occidentale e ormai esteso anche all'est europeo: per comprendere appieno la forza delle Corti Costituzionali, in relazione alla tutela dei diritti umani, è sufficiente considerare un innegabile dato storico e politico: nelle aree dell'Europa occidentale di influenza post giacobina, per poter parlare di garanzia dei diritti, si deve aspettare il momento in cui la Costituzione assume forza primaria concreta sulla legge ordinaria che a quella non può derogare. Ma per arrivare a questo momento, bisogna attendere la creazione dei Tribunali Costituzionali. Non è un caso, allora, che il potere tradizionale forte, per intenderci quello legislativo parlamentare, tenti in tutti i modi di imbrigliare la forza dei Tribunali Costituzionali che in Francia, come in Italia, e oggi anche nell'est Europa sono anche espressione delle forze politiche. A riprova, è sufficiente pensare alla Carta Costituzionale francese dell'anno VIII (1799) che concepì il Senato come un conservatore della legge fondamentale, dunque come un custode politico della costituzionalità degli atti dei pubblici poteri. Pur dotata di attribuzioni piuttosto estese, l'istituzione si distinse per il mancato uso di esse, appoggiando incondizionatamente Napoleone, del quale era dunque una *longa manus*. Ancora, quando si leggono alcune importanti sentenze del Consiglio Costituzionale di Francia, che quando deve dichiarare illegittime le norme sulle nazionalizzazioni si richiama alle leggi dell'89, ma le tempera attraverso il richiamo alle convenzioni internazionali dei diritti, ecco allora che l'introduzione nei singoli ordinamenti di questi diritti, ed anche di quelli della Comunità Europea, che pure è ancora un ordinamento

³³ Per quanto riguarda l'Italia, v. per tutti, ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.

solo parziale, può indurre a riconoscere la presenza di uno degli atti di nascita dello *ius publicum europaeum* moderno³⁴.

È impossibile disconoscere la frattura determinata tra l'esperienza socialista e la nuova esperienza costituzionale di democrazia sostanziale che le ex Repubbliche Popolari vivono da almeno dieci anni a questa parte, attribuendo alla Corte Costituzionale non secondari compiti di consulenza e di assistenza di natura paralegislativa nei confronti delle Camere, la cui produzione normativa risulta sottoposta ad un penetrante controllo giurisdizionale. Va naturalmente rilevata l'efficacia delle sentenze che nella maggior parte dei casi si risolvono in pronunce definitive di incostituzionalità, con conseguente eliminazione della norma viziata dal sistema delle fonti, con rilevanti eccezioni, ove si consideri che lo Stato ungherese attribuisce ancora a tali pronunce effetti solo procedurali, obbligando in buona sostanza il Parlamento a rivedere la norma censurata, in tal modo riproducendo analogamente quanto disposto dalla passata Costituzione polacca anteriore al 1997. Gli istituti del diritto processuale socialista, nella maggior parte dei casi, sono rimasti e sono utilizzati in modo tale da consentire un'adeguata tutela giurisdizionale degli interessi adespoti, di interesse generale dei cittadini, azionabili in giudizio attraverso lo strumento della sostituzione processuale e della legittimazione straordinaria ad agire³⁵.

Superato ampiamente il disconoscimento della separazione dei poteri, permane tuttavia la prevalenza dell'esecutivo sugli altri poteri istituzionali dello Stato, retaggio dell'esperienza socialista: il potere giudiziario nel suo complesso è stato rivalutato attraverso leggi che affermano la piena autonomia degli organi giurisdizionali, nonché mediante la previsione di appositi organi di autogoverno e disciplina delle procedure di insediamento nell'ufficio di giudice; sono stati soppressi i meccanismi delle elezioni popolari e delle investiture politiche, sostituiti da concorsi meritocratici.

In conclusione, pare a chi scrive che ci siano tutte le premesse per il consolidamento di esperienze democratiche anche nell'Europa dell'est, garantite dall'introduzione del modello di giustizia costituzionale

³⁴ Sul punto v. P. PASSAGLIA, *Giustizia costituzionale in Francia*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, Torino, 2000, 199 ss.

³⁵ A. BERNARDINI, *Russia oggi: quali diritti dell'uomo*, in *Dir. Uomo*, 1992, fasc. 3, 29. KURCZEWSKI J., *Resurrezione dei diritti in Polonia*, in *Sociologia Dir.*, 1989, fasc. 1, 81.

di controllo delle leggi: ristabiliti gli Stati di diritto, occorrerà alimentare ora nella coscienza collettiva la consapevolezza della titolarità dei diritti e della disponibilità dei mezzi per farli valere³⁶. In futuro, uno dei compiti maggiormente impegnativi del gius-comparatista probabilmente consisterà nel saper cogliere l'applicazione concreta che delle norme garantiste viene fatta negli Stati post totalitari dell'Europa orientale, al di là di affermazioni di mero principio.

³⁶ M. MAZZA, *Comparazione giuridica e riforme del diritto giudiziario nei paesi dell'Est europeo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1999, 509.

