

ANNO LXXVI - 2009

NUOVA SERIE A - N. 60,2

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 4

CARLOS DE CORES, *Diritto concorsuale e diritti fondamentali della persona*

ANNA MARIA DEL VECCHIO, *La complessità del mondo globale nel confronto con i sistemi degli stati e nella considerazione dei diritti umani*

GABRIELE FATTORI, *Diritto applicato e diritto applicabile alla delibazione delle nullità matrimoniali ecclesiastiche: incertezze normative, supplenza del giudice e paradossi della giurisprudenza*

VITTORIO PARLATO, *Alcune considerazioni sulla laicità della Repubblica di San Marino*

UGO ROSSI MERIGHI, *Autorità indipendenti tra crisi economiche e regolazione*

SALVATORE SCALIA, *Note in tema di cittadinanza europea*

GIOVANNI B. VARNIER, *Valori etici ed Europa cristiana nel Magistero di Giuseppe Vedovato*

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: MARCO CANGIOTTI, CARLO FANTAPPIÈ, LANFRANCO FERRONI, GIUSEPPE GILIBERTI, PIERO GUALTIERI, GUIDO GUIDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

Redazione: VICTOR CRESCENZI, 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 LXXVI - 2009

NUOVA SERIE A - N. 60,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

CARLOS DE CORES

DIRITTO CONCORDUALE E DIRITTI FONDAMENTALI
DELLA PERSONA

SOMMARIO. 1. *Introduzione. Il caso.* 2. *Il contesto.* 3. *La sentenza.* 4. *La c.d. costituzionalizzazione del diritto privato.* 5. *Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge e del contratto e i principi generali di diritto.*

1. *Introduzione. Il caso.*

Il tema della mia relazione riguarda un caso giurisprudenziale che, avendo sollevato forti discussioni in Uruguay, ho ritenuto fosse in grado di segnalare ai giuristi europei motivi di riflessione ed arrivare forse a porre in dubbio qualcuno dei loro schemi.

La vicenda ha ad oggetto una banca ammessa ad un concordato preventivo, omologato dal tribunale, nel quale era prevista la postergazione nel tempo del pagamento dei depositi; pagamento che sarebbe così dovuto avvenire a rate.

Va premesso che in Uruguay, il concordato, quale vicenda concorsuale, è sorretto dal c.d. principio della parità di trattamento, non essendo ammissibili altre eccezioni oltre a quelle espressamente previste per legge (i crediti privilegiati) ¹.

¹ L'art. 2372, allora vigente, stabiliva: "*los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores y el precio de ellos se distribuye entre éstos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia (artículo 1295). La ley no reconoce otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios*". I privilegi sono stati stabiliti espressamente dalla legge in ogni ipotesi, come ad. es. nel caso dei crediti dei lavoratori.

Successivamente al caso in esame è stata approvata in Uruguay una nuova legge fallimentare (legge n. 18.387 del 15 ottobre 2008) che modifica l'art. 2372 CC citato. L'art. 55 della nuova legge, rubricato "*Composición de la masa pasiva*", stabilisce che: "*todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, quedarán com-*

Una cliente della banca, affetta da una malattia terminale, chiede di poter prelevare i suoi depositi, nonostante la dilazione e le rate stabilite dal concordato.

Come accade ovunque, le malattie terminali non sono state espressamente considerate dalla legge concorsuale uruguaiana come fattispecie legale di privilegio ².

prendidos en la masa pasiva del concurso, siendo representados por el síndico o el interventor y alcanzados por los efectos del concurso, sin más excepciones que las establecidas en la presente ley.

Se otorgará un tratamiento igualitario a todos los acreedores pertenecientes a una misma clase, sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas en la ley”.

Bisogna poi considerare le seguenti norme della stessa legge concorsuale:

Articolo 108. (*Clases de créditos*). - Los créditos que componen la masa pasiva del deudor se clasificarán en créditos privilegiados, créditos quirografarios o comunes y créditos subordinados.

Por su parte, los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general.

Artículo 109. (*Créditos con privilegio especial*). - Son créditos con privilegio especial los garantizados con prenda o hipoteca.

Los créditos con privilegio especial deberán estar inscriptos a la fecha de declaración del concurso en el Registro Público correspondiente, salvo los créditos emergentes de contratos de prenda común que serán considerados privilegiados cuando hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprobada.

Artículo 110. (*Créditos con privilegio general*). - Son créditos con privilegio general, en el orden planteado:

Los créditos laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso, siempre y cuando no hubieran sido satisfechos en la forma prevista en el artículo 62, hasta por un monto de 260.000 UI (doscientos sesenta mil unidades indexadas) por trabajador. Tendrán también este privilegio los créditos del Banco de Previsión Social por los aportes personales de los trabajadores, devengados en el mismo plazo.

No gozarán del privilegio previsto en el inciso anterior, los créditos de los directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la deudora, los cuales tendrán naturaleza de quirografarios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 201.

Los créditos por tributos nacionales y municipales, exigibles hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso.

El 50% (cincuenta por ciento) de los créditos quirografarios de que fuera titular el acreedor que promovió la declaración de concurso, hasta el 10% (diez por ciento) de la masa pasiva. Estos privilegios se establecen sin perjuicio del derecho conferido por la ley a los acreedores a la satisfacción parcial de los créditos no pagados a través del concurso, cuando hubieran ejercitado acciones en interés de la masa.

² Si precisa che né con la precedente, né con la nuova stesura delle norme approvate in Uruguay, il caso oggi esaminato è disciplinato espressamente.

Il tribunale decide però di accogliere la domanda e la sentenza viene confermata dalla corte di appello.

Com'era prevedibile, si è subito aperta in dottrina una accesa discussione: da un lato vi è chi ha lodato la sentenza, ritenendo che soddisfacesse l'interesse tutelato del diritto alla vita, alla salute e a la dignità della persona umana, prevalente rispetto ai diritti patrimoniali. Diritti questi che la nostra cultura riconosce come subordinati a quelli della personalità. Dall'altro chi ha criticato la pronuncia, rilevando che i giudici avevano dinanzi a loro una norma molto chiara, che non poteva essere ignorata con il pretesto della protezione di diritti forse più nobili ed elevati, ma anche più sottili e nebulosi ³.

Il tema da discutere sarà dunque quello della relazione fra i diritti fondamentali della persona, di rango costituzionale, la legge, il contratto, il giudice e l'interpretazione.

Si tratta infatti di temi centrali per ogni operatore del diritto e quindi suscettibili di far assurgere questo caso, concreto ed originale, ad oggetto di speculazione in qualsiasi ambito accademico, americano o europeo che sia. Si tratta di una situazione limite che ci porta a riflettere e magari anche a riconsiderare i fondamenti della nostra concezione del diritto ⁴.

2. Il contesto.

Se dobbiamo parlare di persona e mercato, prendiamo le mosse dal mercato.

L'attività bancaria, nella maggior parte dei paesi, è soggetta alle leggi economiche del mercato, che riguardano soggetti privati con interesse di lucro, sottoposti al libero gioco dell'offerta e della domanda e che entrano ed escono del mercato secondo le regole del diritto concorsuale.

Le banche sono dunque imprese come le altre e nel caso in cui non siano idonee a creare valore (così che consumino più valore di quello

³ Il dibattito dottrinario in Uruguay si è prolungato anche successivamente al convegno urbinato. Si può rinviare a diversi articoli pubblicati nell'*Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXXIX nell'anno 2009 e specialmente a O. SARLO, "Derechos fundamentales y proceso concursal. A propósito de dos fallos en el concordato preventivo del Banco de Galicia (2003)", pp. 869 a 883, e A. CASTRO, "Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias, A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable", p. 842 a 853.

⁴ O. SARLO, *op. cit.*, p. 883.

che creano) sono fatalmente destinate a perdere il loro patrimonio ed a fallire.

Un problema è tuttavia posto dalla c.d. specialità delle imprese bancarie, che, per le peculiari caratteristiche del loro passivo (elevato numero di depositanti) e la loro funzione nell'area del credito, hanno un ruolo importante nello sviluppo dell'economia e, in caso di fallimento, provocano un danno diffuso e rilevante.

È appunto per questa ragione che in generale la crisi bancaria ha sue regole speciali che consentono di parlare di regime a sé stante; la tendenza globale è nel senso di regolare in forma speciale questo tipo di crisi imprenditoriale.

Le banche raccolgono il risparmio senza offrire garanzie ai depositanti o, meglio, con l'esclusiva garanzia del loro patrimonio. In caso di fallimento, i risparmiatori sono fortemente colpiti. Per altro verso, nel procedimento concorsuale, i commissari liquidatori cancellano tutte le operazioni di credito, richiedendo ai clienti il rimborso immediato dei finanziamenti. Entrambi gli effetti premono sulla liquidità e sulla normale funzionalità dei sistemi di pagamento, con effetti negativi sull'economia nel suo complesso; in casi estremi, si verifica poi l'effetto c.d. di contagio, che determina la perdita di fiducia nelle banche; segue la corsa agli sportelli bancari, che può anche portare a un crollo sistemico.

Tutto ciò giustifica l'esistenza di una complessa organizzazione statale di controllo dell'attività bancaria⁵.

Al fine di valutare nel suo contesto la vicenda in oggetto, giova anche segnalare che il sistema finanziario uruguayano ha per molto tempo ricevuto rilevanti rimesse di denaro da parte dei non residenti, segnatamente argentini. Fino al gennaio del 2002, i depositi dei non residenti erano spesso collegati con le crisi e le turbolenze finanziarie dell'Argentina e ciò nel senso che ogni volta che la situazione argentina diveniva incerta, i depositi degli argentini presso le banche uruguayane subivano un incremento. Tale incremento si è verificato anche nella seconda metà dell'anno 2001, man mano che cresceva l'incertezza politica in Argentina. È così che, fra giugno e novembre del 2001, i nuovi depositi dei non residenti nelle banche uruguayane superavano i 1.100 milioni di dollari (determinando una crescita del 22% in cinque mesi).

Questa tendenza si interrompe in modo brusco nel dicembre del

⁵ E. HUPKES, *Insolvency. Why a special regime for banks*, IMF, 2003, pubblicato in Internet.

2001, quando due banche private, il “Banco de Galicia Uruguay”, e in minor misura il “Banco Comercial”, accusano una corsa ai depositi da parte dei non residenti.

Queste due banche, che fino al novembre del 2001 avevano aumentato la loro raccolta, erano le due maggiori banche uruguaiane dal punto di vista del volume dei depositi. Oltre ad avere una esposizione elevata nei confronti dell'Argentina, appartenevano in tutto o in parte a istituzioni finanziarie argentine. Il “Banco de Galicia Uruguay” apparteneva al “Banco de Galicia y Buenos Aires” in Argentina. Il “Banco Comercial”, dal canto suo, era strettamente legato, tramite due noti banchieri, i fratelli Carlos e José Rohm, al “Banco General de Negocios” in Argentina.

Fra la fine di gennaio e la metà di febbraio del 2002, si verificano una serie di eventi all'esito dei quali l'uscita dei depositi – che fino ad allora colpiva soltanto i depositi dei non residenti – arriva anche ai conti dei residenti, generalizzandosi così una corsa agli sportelli nella totalità degli istituti di credito.

Il 23 gennaio 2002 il banchiere Carlos Rohm viene arrestato in Argentina e il 31 gennaio il pubblico viene a conoscenza di una truffa per oltre 215 milioni di dollari nel “Banco Comercial”⁶.

Il 13 febbraio la Banca Central dell'Uruguay decide la sospensione delle attività del “Banco de Galicia Uruguay” e il giorno successivo il debito pubblico del paese perde il suo *investment grade*.

A questo punto la crisi acquista un connotato sistemico e tutte le istituzioni finanziarie accusano forti prelievi di denaro. Verso la fine di luglio l'uscita dei depositi arriva a cifre record (quasi 600 milioni di dollari fra il 19 e il 26 di luglio). Il 29 luglio, viene sospesa ogni attività bancaria. Durante il giorno festivo (“feriado bancario”) si sottoscrive un nuovo accordo col FMI, e il Parlamento approva una legge che stabilisce una ri-programmazione dei depositi a termine nelle banche pubbliche.

Con un “*bridge loan*” del Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti, si costituisce un Fondo di Stabilità del Sistema Bancario, per garantire il prelievo di tutti i depositi in conti correnti e di risparmio, cioè a dire, depositi a vista. Il 5 agosto si cancella la sospensione bancaria e le ban-

⁶ Si è dibattuto in parecchi processi ed arbitrati se e in quale misura la responsabilità della crisi del “Banco Comercial” potesse essere attribuita al suo stesso management o alle banche azioniste di maggioranza, JPMorgan Chase, Crédit Suisse First Boston e Dresdner Bank.

che riprendono la loro attività, tranne le banche Comercial, Montevideo-Caja Obrera e Crédito, la cui attività rimane sospesa.

Per evitare il collasso economico, lo Stato si accolla il pagamento dei conti correnti e dei conti di risparmio presso le banche chiuse.

Il costo diretto della crisi bancaria del 2002 per le finanze pubbliche arriva a 1.540 milioni di dollari: circa il 12% del PIB annuale.

Fortunatamente, l'attività economica ha avuto modo di risprendersi e oggi può dirsi che le conseguenze più nefaste della crisi sono state superate.

3. La sentenza.

I numeri parlano da soli; le crisi bancarie però non coinvolgono soltanto numeri; non ci interessa soltanto il mercato, ma il rapporto fra mercato e persona; il nostro spunto di riflessione è l'impatto della crisi d'impresa sulla persona, e il merito del nostro caso è la sua idoneità a rappresentare il problema dell'essere umano, che soffre nella sua propria esistenza le conseguenze delle crisi strutturali, talora in modo drammatico.

Volgiamoci al caso risolto dai giudici uruguaiani.

Primo grado.

La sentenza (del Tribunale fallimentare pronunciata in data 17.2.2003 dalla dott.ssa Teresita Rodríguez Mascardi, anche professoressa di diritto commerciale a Montevideo) dà conto dei seguenti fatti. L'attrice è moglie di un risparmiatore del "Banco de Galicia Uruguay" che aveva un conto per U\$S 123.194,10. La Signora ha sessantadue anni e vive a Buenos Aires dove è comodataria di un immobile. Negli ultimi venti anni, ha sofferto di una mastectomia sinistra e nel 1999 ha sviluppato un cancro con metastasi ossee ogni volta più gravi che hanno richiesto cure chemioterapiche accompagnate da farmaci per il controllo della grave anemia e per lenire gli intensi dolori che il cancro osseo provoca. La sua situazione si è aggravata con il deterioramento economico della Repubblica Argentina. La sua situazione è tale che proprio il "Banco de Galicia y Buenos Aires" argentino⁷ ha autorizzato prelevamenti dal suo conto senza applicare le regole del "corralito"⁸. Nell'ultimo mese, il suo stato di salute è andato

⁷ Capogruppo del Banco de Galicia Uruguay.

⁸ Locuzione colloquiale che allude con una metafora al divieto di ritiro dei fondi nelle banche in Argentina alla fine dell'anno 2001.

peggiorando e i suoi risparmi in Argentina si sono esauriti, per cui ha necessità di accedere ai fondi in Uruguay.

L'attrice fonda il suo diritto sul manifesto pericolo di perdere la vita in condizioni di sofferenza insopportabili, diritto alla vita che – ritiene – è un bene assoluto riconosciuto dall'art. 7 della Costituzione⁹ ed anche dalla Convenzione Interamericana dei diritti umani del 22.12.69. Osserva che non può nemmeno esserle negato il diritto di proprietà, tutelato anch'esso da norme di rango costituzionale.

Chiede quindi che sia applicato il diritto nella sua totalità, non soltanto nel suo aspetto meramente fallimentare.

Convenuta è la Banca Centrale dell'Uruguay, nella sua veste di interventore del "Banco de Galicia Uruguay". Nella sua comparsa di risposta essa manifesta che la sospensione dell'attività della banca deliberata dalla Banca Centrale dell'Uruguay il 13 febbraio 2002, ha come finalità quella di risolvere la situazione di crisi bancaria, in base al diritto di ognuno dei depositanti.

La sospensione dei pagamenti ed il concordato sopravvenuto impediscono i pagamenti isolati, implicando il concordato il rispetto del principio di parità di trattamento. L'attrice è creditrice della massa e come tale soggetta alle regole del processo; in gioco vi sono solo diritti patrimoniali e il singolo creditore avrà il diritto di incassare con le stesse modalità e nelle stesse proporzioni rispetto agli altri creditori; né più né meno.

I privilegi vengono stabiliti dal legislatore e non possono essere creati dal giudice o dall'amministratore. Se si verifica una violazione della Costituzione, prosegue la banca convenuta, è il Tribunale Supremo che può dirimere la questione. Non è neanche in gioco il diritto di proprietà – come invece si afferma nella domanda – ma un diritto di credito, perché il deposito bancario non ha natura di deposito regolare; il depositante

⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY – Artículo 7º. - Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

Artículo 72. - La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Artículo 332. - Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

non consegna il denaro in custodia, bensì ne trasmette la proprietà, conservando un diritto di credito. Pagare il valore nominale del credito reca pregiudizio al principio d'uguaglianza allorché il concordato obbliga gli altri creditori ad incassare la totalità del valore nominale in nove anni.

Secondo le regole fallimentari uruguaiane di cui al Codice di commercio e alla legge fallimentare n. 2.230, il concordato è obbligatorio per tutti i creditori e nel caso di una impresa bancaria per tutti i titolari di contratti bancari che sono compresi nella categoria dei creditori concorsuali.

Anche nel regime fallimentare uruguaiano quindi vige il principio della *par condicio creditorum*, dell'uguaglianza fra i creditori tranne quelli che – per la natura dei loro crediti – il legislatore ha qualificato espressamente come creditori non concorsuali, legittimandoli ad agire con indipendenza rispetto al concorso (caso dei creditori con pegno o con ipoteca, o lavoratori, o privilegiati).

Quelli che seguono sono i passaggi argomentativi della sentenza di primo grado.

La questione, ritiene il Tribunale, consiste nello stabilire se la *par condicio* è assoluta, con divieto di ogni discriminazione fra i creditori o se invece sia consentito al giudice prendere in considerazione la situazione particolare di un depositante.

La specialità dell'impresa bancaria fa sì che il cliente bancario non sia in grado di conoscere le regole che regolano un'area così complessa come quella della attività creditizia, egli si affida pienamente alla banca, come un atto di fede. Il rapporto fra banca e cliente è contrattuale, il cliente è un consumatore e si applica nella specie il principio di protezione del consumatore. L'ordinamento costituisce una unità gerarchica. Il giudice deve interpretare armonicamente la costituzione e la legge. La Costituzione deve essere applicata direttamente. La disciplina costituzionale dei diritti fondamentali ha una sua particolare importanza al momento di interpretare l'ordinamento giuridico inferiore. In questo caso è in gioco il diritto alla vita tutelato all'art. 7 della Costituzione, che si riferisce non solo alla vita, ma anche ai diritti indispensabili di talché l'essere umano abbia accesso a tutti i beni e servizi necessari affinché la sua esistenza si sviluppi sul piano materiale, morale, spirituale e psichico in armonia con la dignità umana ¹⁰.

¹⁰ GROSS ESPIELL, *Derechos Humanos*, UNAM CN de Derechos Humanos, Mexico, 1945, p. 41.

Perciò, ancorché la legislazione fallimentare non abbia previsto nulla in ordine alla situazione dei depositanti gravemente ammalati, deve essere applicata la regola costituzionale a difesa del diritto lesa. L'articolo 332 della Costituzione e l'art. 16 CC rendono sterile la discussione sulla applicazione diretta della Costituzione.

La *par condicio* nel caso di una impresa finanziaria non è assoluta, vale a dire che non vieta ogni discriminazione fra i creditori, quest'ultima è ammessa per approdare a un risultato più rispettoso del principio costituzionale d'uguaglianza, riconoscendo discriminazioni sempre che non siano arbitrarie ma ragionevoli e sottoposte al controllo del Tribunale.

Sulla base di tali ragioni, il magistrato accoglie parzialmente la domanda, ordinando alla banca di rimborsare parte del deposito.

In appello la Corte rileva che la convenuta è sottoposta ad un concordato stragiudiziale, ciò che comporta che l'accordo è obbligatorio per tutti i creditori ad eccezione delle ipotesi espressamente previste dalla legge (ipoteca, pegno, creditori lavoratori, privilegiati, etc.). Si intende, però, che una interpretazione razionale, contestuale e teleologica delle norme costituzionali ed anche sovranazionali, ma che possano essere considerate come appartenenti all'ordine giuridico nazionale, consentono di concludere senza fatica che il principio d'uguaglianza (la *par condicio creditorum*) non è assoluto e può essere piegato quando ci si trovi di fronte a situazioni eccezionali, quando il senso comune mostri che l'applicazione condurrebbe a una vera ingiustizia, soprattutto nel caso in cui si ha un'età avanzata e gravi problemi di salute; si ricorda che la banca ugualmente ammette eccezioni con una regolamentazione interna. Per cui la sentenza di primo grado viene confermata.

Si può facilmente comprendere perché la sentenza abbia sollevato un acceso dibattito in dottrina¹¹.

Una prima posizione critica rispetto alla sentenza è espressa da Santiago Carnelli¹², secondo il quale bisogna allontanarsi un po' dal caso concreto, perché altrimenti ci troviamo di fronte al paradosso di *Sancho*

¹¹ Cfr. O. SARLO, "Derechos fundamentales y proceso concursal". cit., pp. 869 a 883, e A. CASTRO, *Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias*, cit., p. 842 a 853. Altri riferimenti sono stati presi dalla versione registrata in occasione della tavola rotonda tenutasi nei corsi di diritto Costituzionale e diritti umani, e sul diritto Contrattuale, nell'Aula Magna dell'Università Cattolica del Uruguay, in data 10 marzo 2009.

¹² Santiago Carnelli è professore ordinario di Diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza della Università della Repubblica e direttore dell'Annuario del Diritto Civile Uruguiano.

Panza fra la legge e la misericordia; la sensibilità ci spinge a favorire il disgraziato che sta per morire, ma così il problema è impropriamente impostato.

Il problema deve essere affrontato dal punto di vista giuridico, cioè come questione giuridica. Secondo Carnelli, nel diritto uruguayano, ove il controllo di costituzionalità è concentrato, la legge può essere disapplicata quando leda un principio costituzionale, ma soltanto se la lesione sia accertata dalla Suprema Corte di Giustizia¹³. Se la norma non lede la Costituzione o se la violazione non è stata accertata dalla Suprema Corte di Giustizia, il giudice deve senz'altro applicarla.

Carnelli rammenta che se la cultura occidentale – secondo Max Weber – si è separata da quella orientale, ciò è avvenuto esclusivamente per il rispetto della legge, di cui Socrate ci donò l'esempio preferendo morire piuttosto che violarla. Non è dunque ammissibile che il giudice, con il pretesto che una legge non ha previsto una certa situazione, plasmare una norma di legge, crei una soluzione che la legge non include, perché questo significa attribuire al giudice il compito del legislatore, ciò che non può essere.

Secondo Carnelli, ammettere una soluzione non prevista dal legislatore, determina una frattura del sistema costituzionale uruguayano.

Lo stesso dicasi con riferimento alla norma contrattuale. Quando la stessa lede una norma, il giudice la pone nel nulla. Ma non altrimenti.

Carnelli non condivide la sentenza, non essendo incline alla linea della sensibilità di proteggere il debole con pregiudizio del forte, perché quello è ciò che dà sicurezza a tutti.

Sempre in posizione critica di fronte alla creazione giurisprudenziale del diritto è Arturo Caumont, secondo il quale la risoluzione dei conflitti al vaglio del magistrato deve essere raggiunta sulla base dell'applicazione dei precetti preordinati all'adempimento del fine normativo, non per mezzo della creazione sostitutiva delle regole, originate dall'arbitrio valutativo del giudice¹⁴.

Secondo questo autore, i membri della comunità organizzata hanno

¹³ La Costituzione uruguayana prevede un controllo di costituzionalità: "*Constitución de la República, artículo 257. - A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas*".

¹⁴ A. CAUMONT, *La función jurisdiccional del magistrado es aplicar el derecho objetivo. Infungibilidad del poder normativo*, in *Rev. Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, No. VI, p. 187 ss.

l'irrinunciabile diritto soggettivo di essere giudicati conformemente a regole oggettive, vigenti al momento dell'adozione di una determinata condotta e non tramite criteri creati fuori dal sistema e a posteriori della decisione del soggetto di assumere un determinato atteggiamento. Non è ammissibile la sostituzione della norma legale secondo un criterio di giustizia, perché questo non è compito di chi deve applicare il precetto. I criteri assiologici sulla giustizia come valore sono ontologicamente relativi, e per ciò non esiste la possibilità di predicare il proprio come vincolante rispetto a chi possa avere un altro criterio, così valido e rispettabile come il contrario. La tripartizione dei poteri ha per oggetto storico delineato ed istituzionalmente canalizzato, quello di fornire certezza nei rapporti fra i singoli membri della comunità e chiarezza nella linea divisoria fra liceità e illiceità.

Il diritto non deriva dal conflitto di interessi, piuttosto anticipa lo stesso. Il diritto opera verso il caso e non sorge dal caso.

Per questo autore si può dire che l'equità è vestigio obsoleto di un mondo estinto.

Per parte sua, il Professor Sarlo¹⁵ ritiene che il giudice deve fare giustizia, ma non esiste una giustizia assoluta. Se fossimo noi ad essere ammalati, sicuramente condivideremmo la sentenza; forse no, se fossimo invece i creditori. Il dovere del giudice è di costruire la sentenza in maniera tale che i terzi che la leggono siano convinti della sua giustizia; per approdare a ciò, i giudici devono adempiere il loro compito fornendo le ragioni per cui arrivano alla decisione. Per l'autore, questo non equivale alla tesi deduttiva della vecchia dogmatica, che assimilava il giudice a una macchina che riproduce automaticamente la legge (*"la bouche qui prononce les paroles de la loi"*), perché nessuno indica al giudice da dove deve prendere le mosse. Questi ha un potere enorme; ma deve giustificare le ragioni della sua decisione. Non esiste divieto per scegliere il punto di partenza, ma poi egli deve procedere secondo il sistema e argomentare secondo le regole del ragionamento deduttivo (art. 198 del codice processuale uruguayano). La topica è la tecnica (o l'arte, la "invenzione") di capire le premesse e di giustificarle.

Come critico, Sarlo si pone il problema della cornice teorica nella quale si colloca la sentenza. Ovviamente essa non rientra nel modello tradizionale di provvedimento di tipo sussuntivo. Secondo tale modello, il provvedimento si costruisce sotto forma di sillogismo. La premessa mag-

¹⁵ In *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2009, t. XXXIX.

giore è la fattispecie legale; la premessa minore è la fattispecie concreta e la sentenza ne costituisce la conclusione.

Il liberalismo illuminista, dotato di una illimitata fiducia nella ragione e il positivismo legalista hanno contribuito all'applicazione di questo modello interpretativo.

Nella nostra prospettiva di indagine il ricorso a questa forma di sillogica interpretazione può essere criticato nella misura in cui ad essa si accenna solo nella parte finale della sentenza, ma non nella parte iniziale; non si spiega cioè perché e in quale modo il giudice abbia selezionato la premessa maggiore. Infatti, il punto di partenza del ragionamento non è unico, ma può essere scelto fra diversi possibili. La scelta fra una o un'altra delle premesse maggiori, anche restando ferma la premessa minore, ne altera le conclusioni, ovvero il provvedimento stesso.

Secondo Sarlo, il giudice ha un ampio potere di scelta della premessa maggiore; gli è soltanto richiesto:

- a. che provenga dallo stesso sistema;
- b. che sia gerarchicamente ordinata;
- c. che abbia carattere normativo;
- d. che abbia una ragionevole connessione semantica col tema;
- e. che sia plausibile¹⁶.

Come cornice teorica alternativa a quella positivista, Sarlo accenna poi:

- a. al neocostituzionalismo, che postula l'applicazione diretta della Costituzione. Ciò permette, nel caso concreto, di fare prevalere, per esempio, il diritto alla vita rispetto alle regole del diritto concorsuale;

- b. all'“umanitarismo giudiziale”, all'immagine del “bon juge Magnaud”;

- c. alla teoria critica chiamata “feminista”, emersa nel sistema anglosassone e vincolata alla c.d. “*ethics of care*”, di Carol Gilligan.

Quanto al contenuto, la sentenza pare al Sarlo plausibile. Ma in riferimento alla motivazione, questi si aspettava che una sentenza così innovativa, fosse più saldamente motivata.

Altra parte della dottrina, nonostante qualche nota critica, si è espressa in modo sostanzialmente favorevole.

In primo luogo Juan Blengio ha sostenuto che il problema dibattuto nelle sentenze ha come sfondo la questione dell'applicabilità diretta delle norme e dei principi costituzionali alle relazioni giuridiche orizzontali (fra i privati) generalmente conosciuta sotto il nome tedesco di *drittwirkung*.

¹⁶ O. SARLO, *op. cit.*, p. 871.

Nel nostro paese, tale questione ha preso le mosse da un articolo del medesimo Professor Blengio che esprimeva un'opinione decisamente favorevole ad una siffatta applicabilità. Le sue implicazioni – non solo con riferimento allo specifico problema discusso, ma specialmente nel campo del diritto civile – hanno alimentato un dibattito che continua ancor oggi¹⁷.

Secondo Blengio, la tesi – che ha molteplici punti di contatto con una parte importante della dottrina e della giurisprudenza tedesche – si fonda su una pluralità di ragioni: storiche, sistematiche e di ordine testuale, vincolate alle norme della Costituzione uruguaiana¹⁸.

Tra tali ragioni si segnala quella derivante dalla legge n. 16.011 che regola l'azione di Protezione (Amparo), volta alla tutela dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Costituzione che siano lesi o minacciati di modo manifestamente illegittimo, non solo da azioni od omissioni di un ente pubblico, ma anche privato.

La condivisione di tale dottrina coinvolge sia il modo di leggere ed interpretare il diritto, sia il modo di risolvere i conflitti normativi (soprattutto fra principi o valori che tali principi esprimano), come quelli emersi nelle sentenze in esame. Implica anche una espansione dei poteri del giudice, atteso che nella risoluzione dei conflitti, il giudice non opererà solo come un mero automa, limitato al ruolo di *bouche de la loi*; in tale prospettiva, l'interpretazione, partendo dalle norme e dai va-

¹⁷ *La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de Igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 27, Ed. FCU, Montevideo, 1997, p. 412 ss. Per un esame critico della tesi, vedi: *El principio de igualdad y la Contratación del Código Civil*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 31, Montevideo, Ed. FCU, Montevideo, 2001, p. 597 ss. Le critiche sono state ribadite in due successivi articoli dello stesso Blengio: *Principio de Igualdad y Autonomía Privada. Una cuestión revisitada y que se discute, Primera Parte*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXII, Ed. FCU, Montevideo, 2002, p. 571 ss; e *Principio de Igualdad y Autonomía Privada. Una cuestión revisitada y que se discute, Segunda Parte*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXIII, Ed. FCU, Montevideo, 2003, p. 481 ss. Come si è già detto, la discussione persiste tuttora.

¹⁸ J. BLENGIO, *La aplicabilidad de los principios derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del principio de igualdad*, in *Constitucionalización del Derecho Privado, Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains*, Ed. Asociación Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains, Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, prima ed. agosto, 2007, Bogotá, Colombia, p. 425 ss.

lori costituzionali, viene concepita come un lavoro creativo che culmina in un atto di volontà del giudice che sceglie fra diverse possibilità interpretative.

Nella risoluzione dei conflitti – dice Blengio – gioca un ruolo fondamentale la ponderazione. Questa, come insegna Alexy¹⁹, ha un “nucleo costituito da una relazione che, quando si tratta di diritti fondamentali, può descriversi come il nesso tra l’intensità dell’invenzione e il peso delle ragioni che la giustificano”.

La formula sarebbe del tipo “quanto più...tanto più” e includerebbe sia i diritti di difesa, sia quelli di protezione e, secondo l’Autore tedesco, potrebbe enunciarsi così: “quanto più forte è il grado di non soddisfazione o di artificiosità di uno dei principi, tanto più importante deve essere la soddisfazione dell’altro”.

Perciò sarà necessario considerare una scala, che deve avere due livelli (lieve e grave). Alexy suggerisce che sia di tre: lieve, medio e grave, per la sua praticità e perché sarebbe la scala che, a suo parere, “si adatta bene ai fatti della vita quotidiana, delle istituzioni e della prassi giuridica”²⁰.

Secondo Blengio, è palese che il risultato al quale ci porta la ponderazione non poteva essere diverso da quello ammesso dai giudici, perché indubbiamente nel caso concreto i benefici di una tale soluzione (che sono per certo evidenti e che coinvolgono la vita di una persona) sono più importanti rispetto agli svantaggi che si arrecano al principio della *par condicio creditorum*, che verrebbe solo minimamente colpito dato il carattere palesemente eccezionale del caso.

Allo stesso risultato avrebbero condotto sia l’applicazione del criterio della ragionevolezza e dell’arbitrarietà (che Blengio propone per determinare quando il principio d’eguaglianza è violato²¹), sia la tesi che sostiene che i conflitti come quello esaminato, devono risolversi, considerando il peso dei principi in gioco²².

¹⁹ R. ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 65.

Sulla c.d. ponderazione esistono numerosi lavori, tra i quali merita di essere segnalato lo studio di Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdiccional*, Ed. Renovar, São Paulo, 2005.

²⁰ *Tres escritos...* cit. p. 65 ss.

²¹ *La autonomía de la voluntad y sus límites*, cit., p. 410 ss.

²² Cosí R.L. VIGO, *Los principios jurídicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 87.

Blengio ritiene che non si tratta di negare l'applicabilità della legge²³ perché contraria alla Costituzione, bensì di risolvere un conflitto normativo e che il risultato della ponderazione (o degli altri criteri riferiti) determina in ultima analisi che i confini del principio della *par condicio creditorum* vengano arretrati in favore di quelli di un altro principio. Sottolinea l'Autore che questo risultato si può anche raggiungere ricorrendo al concetto di lacuna del diritto, specialmente se si ammette la c.d. lacuna assiologica²⁴.

Anche il Dr. Leslie Van Rompaey, Magistrato della Corte Suprema uruguaiana, difende la sentenza, sostenendo l'applicazione diretta dei principi costituzionali ai rapporti fra i privati. Van Rompaey prende in considerazione le posizioni di Gascón y García de Enterría, secondo le quali, allorché c'è un conflitto di principi, il caso deve essere risolto mediante la ponderazione. Se il risultato della ponderazione dà prevalenza al principio costituzionale posposto al principio che fonda la regola legale, si farà eccezione alla regola legale nel caso concreto.

Si tratta di un mezzo che ammette la disapplicazione della norma nel caso concreto, quando la rigida applicazione della regola approda a risultati gravemente lesivi di un altro bene o principio costituzionale. In questo caso, il processo d'incostituzionalità non sarebbe stato adeguato, perché la *par condicio creditorum* non lede la Costituzione. "Mi pare un'eccellente sentenza", conclude Van Rompaey.

Da ultimo accenniamo alla posizione della Professoressa Alicia Castro, Magistrato della Corte di appello e anche professoressa di Filosofia del Diritto²⁵. Secondo quest'ultima siamo di fronte ad un caso molto interessante, quasi paradigmatico, che ha sollevato un salutare dibat-

²³ Anzi, Blengio parla di una presunzione di regolarità o legittimità della legge (vedi il suo recente lavoro *Reflexiones sobre una sentencia del Tribunal Constitucional Chileno que declara inconstitucional la normativa que permite el uso de la "píldora del día después"* in *Revista de Direito Sanitário*, vol. 10, N.2 Jul./Out. 2009, Ltr, Editora Limitada, Sao Paulo, 2009, p. 28). L'articolo si segnala perché presenta non pochi punti di contatto con il caso commentato.

²⁴ J. BLENGIO, *Algunas reflexiones sobre interpretación e integración del derecho y el rol que en ésta corresponde a la doctrina*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, Ed. FCU, Montevideo, 1981, p. 109 ss.

²⁵ Anche questa autrice ha affidato le sue riflessioni ad un articolo edito nell'ultima edizione dell'*Anuario*, intitolato *Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias, A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable*, p. 842 a 853.

tito che tocca profili fondamentali come la teoria dell'argomentazione, il costituzionalismo ed anche, se si vuole, la possibilità dell'esistenza di un positivismo di tipo legale. Secondo la Castro, la sentenza affronta il problema del conflitto di principi e opera una ponderazione per stabilire quale principio scalzi l'altro nella ricerca della soluzione. È il procedimento con cui si risolve questo tipo di casi. I principi formano parte del diritto positivo, sono principi di rango costituzionale, perché la *par condicio creditorum* è un corollario del principio di uguaglianza, che, così come il diritto alla vita, assurge a rango costituzionale. La decisione muove verso il valore considerato più importante, che è il diritto alla vita.

Forse, se un deficit argomentativo può essere rilevato, esso sta in ciò, che l'opzione argomentativa sulla base della quale si decide in favore del diritto alla vita, sovrapponendo quest'ultima all'uguaglianza, non è sufficientemente motivata nella sentenza²⁶.

In ogni operazione di ponderazione, però, un principio sposta l'altro, ma fino ad un certo punto. Il primo non viene totalmente escluso dal secondo, perché si tratta di colpire il principio inferiore (anch'esso meritevole di tutela) nella minore misura possibile. È per questo che la domanda non è stata integralmente accolta, ma soltanto in forma parziale. Questo è un ragionamento tipico di ponderazione.

Un altro profilo da rilevare è la chiara opzione per posizioni costituzionaliste, perché si parla della Costituzione come fonte del diritto, come valore normativo ed il giudice interpreta l'ordinamento dal punto della Costituzione.

Si tratta di due principi costituzionali, né l'uno, né l'altro sono cancellati, si stabilisce la misura in cui devono convivere.

È il tipico ragionamento dei casi costituzionali.

“Io – conclude Alicia Castro – non appoggerei la soluzione nel senso che il giudice può disapplicare le norme positive, ma penso che la soluzione della sentenza sia plausibile. Una soluzione semplice sarebbe stata quella di rigettare la domanda perché la legge non consente al giudice di dare una soluzione giusta. A mio avviso, il problema del principio d'uguaglianza è erroneamente impostato. Nel senso giuridico, l'uguaglianza

²⁶ Sul rapporto fra principi e norme è frequentemente citata in Uruguay l'opera di M. ATIENZA e J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

non è mai stata incompatibile con la diversità. Sono state da sempre ammesse le differenze di trattamento normativo, sempre che siano sorrette da una giustificazione ragionevole. Talora sarebbe anche irragionevole non fare discriminazioni. È dunque possibile, anche necessario, creare categorie: la questione è se il fondamento delle categorie sia ragionevole o meno”.

Mi permetto qui di aggiungere che nel diritto fallimentare la tendenza è verso una flessibilizzazione delle categorie. Penso che ne sia esempio la recente legge fallimentare italiana, che ammette un trattamento diverso dei creditori, secondo categorie la cui delimitazione non viene rigidamente disegnata dalla legge, ma è lasciata alla prassi.

Secondo questa impostazione, il giudice si sarebbe limitato ad accertare l'esistenza di una lacuna nella definizione legale delle categorie, ravvisandone una nuova come risultato di una applicazione del principio costituzionale, ma anche legale d'uguaglianza (nel caso concreto, quello che prevede appunto l'uguaglianza dei creditori), stabilendo semplicemente che la distinzione fra creditori gravemente malati e creditori sani è ragionevole²⁷.

4. La c.d. costituzionalizzazione del diritto privato.

Il problema dell'incidenza delle norme costituzionali nella risoluzione dei conflitti di interessi riferiti al diritto privato sorge palesemente dalle argomentazioni della sentenza in esame.

È nota la propensione a riconoscere alla Costituzione una efficacia di-

²⁷ Interessa qui accennare alle recenti norme approvate dal legislatore italiano nella recente riforma della legge concorsuale (d.l. n. 5 del 16 gennaio 2006), Riforma organica delle procedure concorsuali, il cui articolo 124 stabilisce che la proposta di concordato può prevedere:

a. la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi omogenei;

b. trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati ai medesimi;

Si può osservare che il legislatore italiano, seguendo un'impostazione a mio avviso corretta, non ha tipizzato in forma rigida le classi, ma anzi ne ha fornito una definizione astratta, richiedendo però che le classi siano formate in relazione ad interessi omogenei, con necessità di indicazione delle ragioni o dei criteri della suddivisione, che ovviamente debbono essere ragionevoli.

retta nei rapporti fra i privati. Van Rompaey²⁸ accenna alle principali caratteristiche del costituzionalismo moderno: più principi che regole; più ponderazione che sussunzione; più giudici che legislatori e più Costituzione che legge.

È agevole rilevare che la possibilità di applicare direttamente la Costituzione fornisce al giudice un ampio margine di discrezionalità.

Secondo Pietro Perlingieri, vi sono “situazioni soggettive esistenziali” con rilievo costituzionale²⁹. Una concezione esclusivamente patrimonialistica non risponderebbe ai valori ai quali s’ispira un ordinamento moderno. Vi sono interessi che non hanno carattere patrimoniale, ma sono pur sempre giuridicamente rilevanti e tutelati dall’ordinamento. Vi sono d’altro canto situazioni patrimoniali che, per lo stretto legame con il libero sviluppo della persona, assumono rilevanza esistenziale. La tutela della persona non può essere frazionata in singole fattispecie, in situazioni autosufficienti, ma deve essere prospettata come problema unitario, data l’unitarietà del valore della persona che ne costituisce il fondamento.

Significativa è la posizione secondo la quale “rispetto ai diritti sociali non esiste l’uomo generico; esistono situazioni diverse da uomo a uomo, secondo il sesso, l’età e le condizioni fisiche, che richiedono protezioni diverse e differenziate”. Nella stessa prospettiva civile-costituzionale, sarebbe restrittiva anche la concezione del diritto alla salute come diritto dell’uomo all’assistenza sanitaria, intesa come posizione giuridica nei confronti dell’apparato burocratico dello Stato. La salute ha rilievo anche nei rapporti intersoggettivi, quale parametro della liceità e della illiceità e della meritevolezza dell’attività in senso lato del uomo. La persona si manifesta nella sua unitarietà psicofisica come un mondo soggettivo condizionato dalle circostanze ambientali, sociali, economiche, sì che diventa impossibile separare il bene salute dal valore complessivo della persona; questa assume una concreta realizzazione nel rispetto della sua storicità.

Secondo questi cenni, sarebbe quindi possibile, nel caso in esame, invocare la Costituzione a sostegno della tesi dell’attore.

²⁸ L. VAN ROMPAEY, *La jurisprudencia constitucional en el Uruguay*, in Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de Universidad Nacional Autónoma de México, www.juridicas.unam.mx.

²⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 550 pp., spec. pp. 318 ss.

Vi sarebbe tuttavia uno svantaggio: l'incertezza o la non prevedibilità derivanti da tale maggiore discrezionalità del giudice.

5. Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge e del contratto e i principi generali di diritto.

Il passaggio osmotico fra il diritto costituzionale ed il diritto privato ci pone di fronte ad un problema centrale del diritto contemporaneo, quello del controllo sui metodi di interpretazione della legge, del contratto e della posizione istituzionale della magistratura³⁰.

La *vexata quaestio* tratteggia la portata che deve essere attribuita alla discrezionalità del giudice. Ciò consente di fare un cenno all'evoluzione del ruolo del giudice. Come è stato detto, uno dei cardini della discussione è il ruolo del giudice, il suo vincolo al testo della legge e le sue possibilità di manovra per mezzo dei principi generali del diritto.

A questo punto giungiamo ad una constatazione curiosa: il diritto italiano e quello uruguayano, si avvicinano eccezionalmente (il che non è strano, se si tiene in conto che i processi di codificazione dei due paesi – quello italiano riferito al codice civile del Regno d'Italia del 1865, antecedente all'attuale del 1942, e quello uruguayano, che approda al codice civile del 1867 – erano coetanei). I lavori di codificazione nell'Uruguay si sviluppano fra il 1860 ed il 1867, data in cui è stato promulgato il nostro codice civile.

Nonostante nel 1867 fosse già stato approvato il codice unitario italiano del 1865, la fonte più sicura delle norme uruguayane è il codice albertino del 1837, la cui fonte, a sua volta, risale al codice austriaco del 1811. Il che giustifica dal punto di vista dei giuristi italiani e uruguayani, considerare in modo particolare il significato di queste norme. Rinveniamo dunque un punto di coincidenza dei nostri interessi accademici.

Il tema dell'ampiezza dei poteri del giudice e il ricorso ai principi generali del diritto è regolato in Uruguay nell'art. 16, che dice così:

“Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los prin-

³⁰ A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, in *Il diritto nella storia*, Collana diretta da Umberto Santarelli, Giappichelli, Torino, 2002.

cipios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso".

Facciamo il raffronto con l'art. 7 ABGB.

"Qualora un caso non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate".

Secondo Sciumè, la codificazione austriaca si propone come modello di una ideologia giuridica contrapposta al volontarismo positivista, di cui il codice napoleonico è fenomeno paradigmatico³¹. Proprio grazie alla previsione del ricorso ai principi, essa valorizza con particolare evidenza la figura del giudice e la sua opera di interprete in considerazione di una voluta limitatezza intrinseca delle capacità predittive, e quindi prescrittive del codice, che non può sempre compiacersi di avere esaurito tutti i casi che possono accadere. In un certo senso, il giudice era chiamato a "prolungare", ad estendere la produzione normativa del legislatore ... per dare forma razionale alla materia dei rapporti economici e sociali dei consociati³².

Il ricorso al diritto naturale espressamente previsto nel testo, ci porta a una prospettiva eterointegrativa del diritto.

Orbene, il codice civile unitario (1865) già dal suo primo progetto risalente al 1860, disciplina la vicenda all'art. 13, che appare identico all'articolo 15 del codice albertino, salvo talune minime differenze formali³³. La decisione di sostituire la formula "principi del diritto naturale" con quella "principi generali del diritto", scaturita nel corso della redazione del codice albertino nel 1833 e trasferita poi nel codice civile risorgimentale (ed anche al codice uruguaiano, come si sopra visto) assume, secondo Sciumè, il carattere di mediazione fra le posizioni antitetiche dei sostenitori di idee autointegrative ed eterointegrative.

La formula definitiva "principi generali del diritto", utilizzata in entrambi modelli, italiano e uruguaiano, appare come la saldatura del diritto prodotto dagli interpreti rispetto alla volontà del legislatore, mortificando così la loro vocazione di produttori autonomi di diritto.

³¹ SCIUMÈ, *op. cit.*, p. 42 nota 41.

³² SCIUMÈ, *op. cit.*, 43.

³³ SCIUMÈ, *op. cit.*, p. 109.

Il passaggio dai principi del diritto naturale ai principi generali del diritto non si colloca nel segno di un “climax” positivista ma esprime, piuttosto, il desiderio di individuare come realtà di per sé sussistente in via autonoma la produzione giuridica del sovrano e di rendere il giudice esecutore organico del diritto dello Stato³⁴.

Al giurista italiano interessa considerare la deroga all’art. 13 del codice civile unitario tramite l’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile del 1942 col ricorso ai “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”, che presentava una modifica significativa del precetto legislativo e non un semplice maquillage della formula che il codice de 1865 aveva mutuato dal codice albertino. Questa indagine, però, ci allontana dagli interessi comuni perché il diritto uruguayano non ha avuto una evoluzione simile.

Giova invece svolgere alcune ulteriori considerazioni sul testo del codice austriaco, fonte comune del diritto italiano e uruguayano.

Alla fine del secolo XVIII, l’amministrazione della giustizia si svolgeva in modo ben diverso rispetto a quello attuale. Il giudice, più che applicare la legge amministrava l’equità, godendo di un ampio margine di discrezionalità.

Deve qui accennarsi al modello delle *rationes* che aveva caratterizzato la tecnica interpretativa dei giuristi medievali, che implicava una pluralità di fonti. La funzione giurisdizionale medievale si fondava su un adagio gnoseologico tomista: *adequatio intellectus ad rei*, e su uno strumento interpretativo: *arbitrium y equitas*³⁵. L’epoca medievale, infatti, non conosce ancora i modelli del primato della legge, del principio di legalità, delle codificazioni, del costituzionalismo moderno. Non conosce cioè il diritto positivo, così come lo percepiamo oggi.

Secondo Massimo Meccarelli³⁶, *l’arbitrium super iam statuta* rappresenta “un primo tipo di presenza di potere arbitrario nel campo normativo. Esso consente di derogare alla norma statutaria. Il presupposto è che tale potere sia *specialiter* accordato dallo stesso statuto o sia esercitato in

³⁴ SCIUÈ, *op. cit.*, p. 98.

³⁵ SCIUÈ, *op. cit.*, p. 80.

³⁶ *Statuti, potestas statuendi e arbitrium: la tipicità cittadina nel sistema giuridico medievale* [A stampa in *Gli statuti delle città: l’esempio di Ascoli nel secolo XIV* (Atti del convegno di studio svoltosi in occasione della XII edizione del Premio internazionale Ascoli Piceno; Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998), a cura di E. Menestò, Spoleto 1999, pp. 87-124 – Distribuito in formato digitale da “Reti Medievali”].

ragione di una *iusta causa*. Questa deroga alla rigidità statutaria viene sfruttata con intelligenza dai giuristi”.

Il giudice, tramite l'*arbitrium*, interagisce con il processo di produzione del diritto associando alla *scientia* la *conscientia*.

Come spiega A. Barbazza [*Consiliorum sive responsorum*, Venezia, 1558, lib. II, cons. 36, n. 8] “*in iudice debent adesse duo sales, sal conscientiae et scientiae: et quia in iudice debet esse sal iustitiae et scientiae, est insipida illa sua conscientia si in eo est sal conscientiae et non scientiae*”³⁷.

Secondo Meccarelli, il principale tipo di enucleazione di *iusta causa* è la cosiddetta “*causa correctionis de novo*”. Essa costituisce una giusta causa di deroga ogni qual volta si presenti una situazione che le norme statutarie non hanno previsto. Sono gli stessi statuti talvolta a prevedere un meccanismo di questo tipo. Ma c’è di più; per i nostri giuristi la ‘novità’ va intesa nel suo significato più ampio; essa comprende anche la “*causa antiqua de novo manifestata*”. Questo vuol dire che il titolare dell'*arbitrium super casibus novis*, qualora accerti l’inadeguatezza della disciplina giuridica di una situazione già regolata nello statuto, può legittimamente intervenire sulla norma esistente. La norma esiste, ma la disciplina prevista è inadeguata, la *causa antiqua* della norma si manifesta *de novo* e dunque chiede di essere nuovamente concepita come diritto concreto. Dunque, secondo Meccarelli, per un interprete abituato alle categorie del ragionamento giuridico medievale, il caso non disciplinato si presenta anche quando la legge non offra una soluzione che all’interprete appaia adatta, giusta, opportuna. In questo modo una norma esistente, per il solo fatto di non rispondere più a certe esigenze, viene considerata manchevole.

Nel sistema del diritto medievale la lacuna era quindi un grimaldello che serviva a legittimare le incursioni creative dei giuristi nel sistema.

L’eliminazione dell’arbitrio costituisce uno degli obiettivi prioritari della codificazione del diritto. Secondo Sciumè, il giurista piemontese Sclopis, che ha avuto grande influenza nel processo d’elaborazione del codice albertino, era esplicito nel ricordare le ingiustizie prodotte dall’arbitrio di una giurisprudenza priva di saldi indirizzi legislativi. “L’avvolgere le leggi fra le tenebre, l’applicarle come se si trattasse di riti arcani

³⁷ Secondo Meccarelli il concetto è ribadito da A. CRAVETTA, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Lugduni, 1559, pars I, arg. *Quid dicatur antiquum in materia probationis*, n. 57: “*iudicem enim sales duos habere oportet, unum sapientiae, ne sit insipidus, alterum rectae conscientiae, ne sit diabolicus*”. Concorda quasi letteralmente Giason del Maino, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1590, l.*Rem non novam*, tit.*De iudiciis*, n. 1 in fine, facendo riferimento alla riflessione di Baldo.

custoditi dai giudici, è voler pugnare coll'intento primo di ogni provvida legislazione, che sta nel proteggere i diritti di tutti i sudditi e nel porli in condizione di ottenere con certezza e senza difficoltà quello che a ciascuno di essi appartiene" ³⁸.

Gli abusi conseguenti sicuramente portarono ad una reazione contro il sistema. È nota la frase "*Dieu nous garde de l'équité des parlements*". Il diritto nuovo s'innalza sulle fondamenta di una legislazione generale, astratta ed ugualitaria nella forma, per approdare a una "*reductio ad unum*" delle fonti del diritto.

Nondimeno, la distinzione fra casi semplici e casi difficili resta attuale. Si tratta di quello che già i latini chiamavano *casibus perplexis*. Nei casi dubbiosi, la legge romana diceva ai giudici "*facturus quod eis visum fuerit justus et aequus*". Se ricordiamo qui quello che diceva Alicia Castro, nel senso che il giudice autore della sentenza di primo grado aveva dovuto sentire che non si trattava di un "caso facile".

La distinzione fra casi semplici e casi difficili (*hard cases*) diventa allora fondamentale.

Si vede chiaramente l'importanza di questo tema nel fatto che esso rappresenta uno dei principali temi di discussione fra due grandi autori del positivismo negli Stati Uniti, Hart e Dworkin ³⁹. Infatti, nella tesi di Dworkin, la critica del positivismo di Hart si basa sul fatto che questo non spiega il modo in cui i giudici trovano la soluzione dei casi difficili. È palese la valorizzazione del ruolo dei principi, come via per la quale si reintroduce la morale nel diritto. I principi sarebbero, secondo questa impostazione, la prospettiva morale che guida le decisioni del giudice ⁴⁰.

Il discorso positivista radicale non pare dunque avere una base ferma.

A ben vedere, neanche gli autori del codice francese, che, secondo un autore ⁴¹, sarebbe "l'epifenomeno paradigmatico del volontarismo positivista", consente una lettura meccanicista del ruolo del giudice. Nel «*Discours préliminaire du premier projet de code civil, présenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prèameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement*», si vede chiaramente che l'impo-

³⁸ SCIUMÈ, p. 49.

³⁹ Il problema è così impostato anche da ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, citato *ut supra*.

⁴⁰ O. SARLO, *Principios jurídicos y positivismo inclusivo*, Rev. UCUDAL, 2006, M. ATIENZA *et al.*, *Las piezas del derecho*, cit.

⁴¹ SCIUMÈ, *op. loc. cit.*

stazione del Portalis, autore della Relazione al codice Napoleon, era ben più ricca ed articolata, consentendo al giudice un potere di apprezzamento molto ampio ⁴².

⁴² A questo punto pensiamo che sia utile la lettura di alcuni commi della relazione del Portalis, sul quale abbiamo sottolineato le idee che riteniamo più applicabili.

«À l'ouverture de nos conférences, nous avons été frappés de l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout.

Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre.

Nous nous sommes ... préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des évènements, ou à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut attendre?

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours: et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes. Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen.

Forse abbiamo svolto un cenno storico troppo articolato. Ma, come dice Meccarelli, sembra che la Storia possa dare il suo contributo alle ansie attuali per il futuro, ansie che tendono a cercare risposte rassicuranti nelle *origini lontane e locali* dell'identità collettiva. Di qui possiamo cogliere il grande insegnamento della Storia intesa come esperienza: non essere nostalgici per i gloriosi tempi andati, non ripetere e riprodurre mondi dimenticati, ma avere memoria di ciò che si è stati per essere effettivamente creativi in un futuro che è ancora tutto da scrivere.

Anche da noi in Uruguay si discute oggi del nuovo profilo del giudice, talvolta riferito a spunti specifici della dogmatica civilista, talvolta a un orizzonte più ampio. Secondo Sarlo, le aperture del sistema universitario, una magistratura con un grado più ampio di protagonismo e l'influsso della globalizzazione, permettono di concludere che i giudici hanno una grande libertà nelle loro decisioni, ma devono disporsi a fornire una adeguata giustificazione⁴³.

Se dopo questo itinerario, mi fosse chiesto un personale parere, valido *"in utroque iure"* ed espresso in brevi parole, suggerirei – come vuole Meccarelli – di fare come l'Ulisse: ricordare Itaca, cioè ricollegarci alle origini. E secondo me, le origini sono rinvenibili in quegli articoli iniziali del Digesto, là dove si fornisce la definizione stessa del diritto.

Il primo passo (Giustiniano, Digesto, Parte Prima, Libro Primo, Titolo I.1.) insegna come la parola diritto, in latino, *"ius"*, deriva da *"giustizia"* (*"iustitia"*), poiché, come elegantemente lo definisce Celso, *"il diritto è l'arte del buono e del giusto, e per tale motivo alcuni ci chiamano sacerdoti; in effetti noi rendiamo culto alla giustizia e professiamo il sapere del buono e del giusto, separando il giusto dall'ingiusto, discernendo il lecito dall'illecito, anelando a migliorare gli uomini, non solo mediante il timore dei castighi, ma anche attraverso lo stimolo dei premi, dedicati, se non erro, a una vera e non simulata filosofia."*

Da un canto, la rinuncia al compito di non rimanere soddisfatti dal testo della legge, ma cercare sempre la giustizia, mi pare sia la negazione della propria essenza giuridica. Ma dall'altro, ritengo che l'essere consapevoli della nostra dignità non può farci dimenticare che non siamo dei, ma uomini mortali e fallibili e che nessuno conosce la verità. La legge fatta dagli organi democraticamente eletti gode in principio della presunzione di trasporre la giustizia, forse meglio di ciascuno di noi. L'equilibrio fra la consapevolezza della nostra dignità e l'umiltà che discende dai

⁴³ O. SARLO, *op. cit.*, p. 880.

nostri limiti, è delicato e instabile. È il “diritto flessibile” di Carbonnier, potremmo dire anche nel nostro caso che è il “diritto sensibile”. Perciò sono convinto che il messaggio più diretto per noi, giuristi, è quello contenuto nella relazione dello stesso codice francese articolata dal Portalis. Perché secondo lui, la soluzione – ed, aggiungo io, la responsabilità – si trova “in questa classe di uomini che dedica la vita alla scienza del diritto, al vaglio delle leggi, alla raccolta degli usi, delle massime e delle regole, perché ecco quello che garantisce ciò che si è giudicato ieri, si giudicherà domani, è che il giudice non dimentichi che niente è lasciato al suo puro capriccio e volontà”.

Capiremo insomma, come dice il Portalis, che l’abito della scienza e della ragione che abbiamo scelto per vocazione è anche più forte della regola del potere.

ANNA MARIA DEL VECCHIO

LA COMPLESSITÀ DEL MONDO GLOBALE
NEL CONFRONTO CON I SISTEMI
DEGLI STATI E NELLA CONSIDERAZIONE
DEI DIRITTI UMANI

SOMMARIO. 1 - Cenni introduttivi. 2 - Il “politeismo di valori” nel quadro della vita di relazione. Il rapporto problematico tra tradizione e evoluzione. 3 - Il principio di “umanesimo allargato” nella concezione della equivalenza e del pluralismo delle culture. A) Il nuovo rapporto tra “democrazia sociale” e nazionalità, nelle trasformazioni territoriali e di autorità. B) Gli effetti degli “assemblaggi specifici” di territorio, autorità e diritti sullo Stato-nazione. 4 - Il rapporto tra le sovranità nazionali e gli individui in base a principi di legalità internazionale. A) L’art. 2-7° cpv. dello Statuto delle Nazioni Unite. B) Gli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani. C) La dimensione extra-territoriale delle norme in tema di diritti umani. 5 - La democrazia quale valore fondamentale. A) Il moderno concetto di democrazia liberale fondato sulle libertà civili e politiche. Il primato del diritto in quanto affermato nelle Carte Costituzionali degli Stati. B) La democrazia rappresentativa ed il ruolo del Parlamento. C) Il collegamento tra il diritto costituzionale interno e il diritto internazionale. 6 - La dottrina dei diritti umani nell’evoluzione del diritto internazionale. A) La garanzia delle libertà politiche. B) I problemi e le difficoltà di attuazione di alcune libertà civili. 7 - I processi di “democratizzazione” nei Paesi in trasformazione e in sviluppo. A) I modelli “storici” di società e di Stato. B) L’affermazione del “neo liberismo” e del modello di “Stato sociale di diritto”. La tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. 8 - Conclusioni.

1-

L’epoca attuale, in conseguenza della globalizzazione, dell’apertura di frontiere e dello smantellamento di barriere doganali, offre la possibilità di esplorare ambiti diversi e di entrare in contatto diretto con culture e sistemi diversi. Pertanto l’identità nazionale, improntata a valori storici tradizionali, viene messa a dura prova dall’impatto con culture e ideologie contrastanti.

Il tessuto sociale, in molte aree del mondo, non è omogeneo, ed appare lacerato da opinioni e orientamenti contrapposti; ciò è particolarmente evidente negli Stati multietnici e nei territori di frontiera.

Si parla oggi, con insistenza, di crisi dei valori. In realtà, più che di crisi, si tratta di difficoltà e di difformità nell’interpretazione dei valori. Si

pone, in primo luogo, la questione della capacità di “self governance” nell’impatto con i vari tipi di culture, ed il problema di “come orientarsi” tra i nuovi valori emergenti nel contesto sociale, e di come conciliarli con i valori tradizionali¹.

In linea di principio, tutte le culture hanno pari dignità, in quanto esprimono l’essenza stessa dell’identità umana nei vari contesti di riferimento, e vanno rispettate entro i limiti di compatibilità con i precetti fondamentali in vigore nei sistemi interni, oltre che sul piano internazionale.

Va comunque rilevato che non tutti i valori culturali hanno lo stesso peso e lo stesso significato; nell’intreccio tra culture diverse non è facile discernere “ciò che è giusto” da “ciò che è ingiusto”, “ciò che è bene” da “ciò che è male”, con il rischio di pervenire a soluzioni ambigue e contraddittorie.

L’idea del dialogo tra culture diverse è sostenuto in linea di principio; i metodi e le iniziative sono però, in genere, ancorati a criteri differenziati, per cui l’omogeneità e l’obiettività delle soluzioni ne risulta pregiudicata.

2-

Si evidenzia oggi un rapporto problematico tra modernità e tradizione. La modernità non può ignorare le esperienze del passato, pure nella considerazione che il concetto di globalizzazione esclude ogni forma di imperialismo precedente.

¹ Vedi, per quanto concerne l’impatto della mondializzazione e del progresso scientifico e tecnologico, su valori tradizionali, la Raccolta “Où vont les valeurs? Entretiens du XXI^e siècle, sous la direction de Jérôme Bindé”. Éditions UNESCO – Albin Michel, 2004. In lingua inglese la stessa Raccolta “The future of values. 21st – century talks – UNESCO publishing”, Berghahn books, New York – Oxford, 2004. In ottobre del 2005 gli Stati membri dell’UNESCO hanno adottato per acclamazione la “Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti dell’uomo”, la prima nella storia della bioetica. Circa 190 Paesi hanno impegnato le comunità internazionale e rispettare e ad attuare principi etici fondamentali, di importanza mondiale, offerenti la medicina, le scienze biologiche e meteorieaffini in quanto applicati agli esseri umani, tenendo conto della loro dimensione sociale giuridica e ambientale. Vedi UNESCO, *Le Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l’homme. Histoire, principes et application*. Collection Éthiques, Éditions UNESCO, 2009.

La complessità del globale è una conseguenza della complessità dei valori emergenti nell'interdipendenza delle culture.

L'esistenza di un "politeismo di valori" – per dirla con Max Weber – è spesso causa di contrasti e di contraddizioni tra imperativi etici, giuridici e politici. I contrasti sono particolarmente evidenti nel settore scientifico e nella bioetica. L'evoluzione della scienza pone questioni delicate e suscita reazioni contrastanti: sul testamento biologico, sull'eutanasia e sull'aborto, con riferimento al valore della vita umana, sia nello stadio embrionale iniziale che nel momento terminale della morte.

È opinione diffusa che il progresso scientifico e tecnologico abbia occasionato una "matérialité sans âme"². In realtà il sovvertimento di certi imperativi morali è oggi frequente, con riferimento non soltanto ai valori predisposti dalle grandi correnti ideologiche e religiose, ma anche a valori laici, come quelli afferenti lo sviluppo e l'emancipazione di popoli dall'ignoranza e dalla povertà, nelle aree più svantaggiate del pianeta.

Il mondo attuale è permeato di valori effimeri, ispirati dal primato dell'interesse individuale e dal profitto. Nel settore economico e commerciale siamo sottoposti a una moltiplicazione di stimoli e di offerte, che si traducono in un moltiplicatore di desideri e di istanze, in una dinamica incessante e rutilante in cui il consumismo di massa viene ad assumere un ruolo determinante. Ciò accentua il divario tra Paesi ricchi e Paesi poveri. Tra i Paesi ricchi vi è competizione per l'acquisizione o la conservazione di risorse e di fonti di benessere economico, in modo da soddisfare al meglio le esigenze dei propri nazionali (oltre che di centri di potere economico); il livello di sviluppo dei popoli che vivono nei Paesi ad elevato potenziale economico è nettamente al di sopra di coloro che abitano nei Paesi più svantaggiati dell'Africa, dell'Asia e dell'America Latina.

Di conseguenza notevole è l'afflusso di coloro che provengono dai Paesi poveri nei luoghi del benessere economico e dei consumi di massa, in cui spesso non trovano – data anche la grave crisi economica e finanziaria che attualmente coinvolge anche i Paesi più progrediti – il soddisfacimento delle loro aspirazioni ad un lavoro decoroso e al benessere.

L'immigrazione massiccia suscita inevitabilmente problemi di coesistenza, nell'impatto e nel confronto con stili di vita diversi, tali da pregiudicare valori nazionali tradizionali nei Paesi di accoglienza. Ciò può dare

² Vedi "Où vont les valeurs?...", cit., *Introduction générale*, pp. 13-20.

luogo all'instaurazione di barriere protezionistiche, tali da mettere in crisi il mondo globale.

In realtà nell'Occidente progredito e altamente industrializzato è stato sinora privilegiato lo sviluppo nella sua accezione più propriamente materiale e consumistica, sacrificando al progresso materiale valori classici di cultura e di spiritualità. Ciò ha dato luogo a segnali forti da parte di ideologie, di impronta religiosa e laica, che contestano i valori materiali del "benessere di mercato".

Di qui la necessità di costruire una società più equilibrata e più giusta, fondata sul rispetto di principi e di valori fondamentali di civiltà e di coesistenza pacifica, nel rispetto e nella considerazione delle culture che si conformano a tali principi e valori.

3-

Con l'attuazione del principio di autodeterminazione dei popoli (sancto nello Statuto delle Nazioni Unite) e con la decolonizzazione dei Paesi soggetti a dominazione coloniale è emerso, sotto l'influenza della filosofia europea, un principio di "umanesimo allargato", per cui può affermarsi l'equivalenza di tutte le culture; tutte le culture possono infatti aspirare ad un riconoscimento universale rispetto al precedente ordine coloniale accentrato.

Ciò ha dato luogo alla formazione di un "pluralismo" culturale non coeso, tale da occasionare fenomeni di intolleranza reciproca tra popoli di nazionalità e di cultura diversa (come in certi Paesi del continente africano), con conseguenze di instabilità interna e di conflittualità.

Anche nel quadro di aree geo-fisiche e geo-politiche prima facenti parte di Grandi Federazioni centralizzate, quali la Grande Federazione jugoslava e l'Unione sovietica, la dissoluzione del sistema precedente e la formazione di un nuovo "pluralismo" socio-politico, e di una molteplicità di entità statali indipendenti, ha rivelato spaccature, divisioni e incomprensioni storiche, che i precedenti governi autoritari avevano contenuto. Gli ideali di indipendenza perseguiti e realizzati con le secessioni non hanno però avuto, almeno sinora, gli esiti sperati, sia sul piano interno che sul piano internazionale, data l'instabilità che caratterizza tali aree. Basti pensare alla Bosnia Erzegovina (con riferimento alla ex-Yugoslavia), la quale soffre delle divisioni operate con gli Accordi di Dayton, resi necessari per sedare i conflitti interni. Nella ex-Unione Sovietica i conflitti in Cecenia e in Georgia hanno mostrato che in quell'area (in particolare

nell'area del Caucaso) non si è ancora formata una coscienza socio-politica del “nuovo” matura, responsabile e costruttiva.

A) Nel nuovo rapporto tra “democrazia sociale” e nazionalità, nel processo di ricostituzione di Paesi decolonizzati, e di ricostruzione e di democratizzazione di aree frammentate, in un periodo di trasformazioni epocali (anche se parziali), è evidente l'assunto secondo cui lo Stato nazionale è sotto attacco, o, come minimo, sta subendo un'erosione. Sovvertendo l'ordine precostituito di governi e sistemi giuridici si sono stravolti i concetti di territorio, autorità, diritti³.

In realtà lo Stato nazionale con forti tendenze unitarie è “sotto tiro”, ed è soggetto a critiche ed attacchi, tali da indebolirne la consistenza, la compattezza e l'autorità. Come è stato notato già da tempo, lo Stato nazionale non è più il protagonista assoluto della vita giuridica. L'incidenza dello Stato e del diritto statale è andata costantemente e gradualmente attenuandosi nel quadro internazionale globale. Ci si interroga oggi circa la consistenza e l'effettività giuridica di uno Stato di diritto oltre lo Stato nazionale rispetto all'interesse globale, nel temperamento, da un lato, dell'uniformità delle regole globali, e, dell'altro, della peculiarità delle norme statali.

Dalla prassi internazionale emerge la formazione, in ambiti nazionali, di “assemblaggi specifici” di territorio, autorità e diritti: come in Libano, in cui Hezbollah ha dato vita ad una aggregazione atipica, ed in Afghanistan, con l'aggregazione facente capo ai Talebani.

Forme anomale di aggregazione si innestano nel mercato globale, con traffici illeciti, di armi e di droghe.

A un tipo di assemblaggio rientrante negli schemi della legalità dello Stato, in quanto prodotto nel contesto dei sistemi legali dello Stato (pur alterandone la connotazione nazionale storica) appartengono i centri finanziari che sono parti dei mercati finanziari globali; tali centri finanziari vanno spesso contro gli interessi del capitale nazionale. Essi si collocano prevalentemente nell'ambito dei territori nazionali, ma non possono venire considerati come nazionali nel senso tradizionale del termine. Nel loro contesto sono infatti allocate componenti significative del mercato globale

³ Vedi, per considerazioni sul tema, S. SASSEN, *Né globale, né nazionale. La terza dimensione dello spazio nel mondo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 6/2008, p. 969 e ss.

di capitali. A proposito di tali aggregazioni si parla di un nuovo tipo di territorialità “multisita” che si distingue nettamente dalla territorialità dello “Stato-nazione” tradizionale e storico ⁴.

B) Come si è notato, lo Stato-nazione ha perduto parte della sua autorità esclusiva a vantaggio di nuove istituzioni del mondo globale. È da verificare, oltre che da dimostrare, sino a quale punto la molteplicità degli assemblaggi e degli imperativi del mondo globale potrà influire effettivamente e positivamente nel contesto statale e nazionale.

La mondializzazione ha determinato la creazione di imprese multinazionali, che hanno modificato la realtà economica contemporanea rispetto ad epoche precedenti l'apertura delle frontiere, ponendo però problemi di gestione e di controllo dei flussi finanziari.

Le Istituzioni internazionali in dimensione universale per il mantenimento della pace e la promozione dello sviluppo, come il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e le Istituzioni specializzate poste nell'orbita dell'ONU aventi finalità di assistenza e di sviluppo nel settore economico, sociale e finanziario (quali il Fondo monetario internazionale, la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo e, per quanto concerne la salute umana, l'Organizzazione mondiale della Sanità) non sono sempre all'altezza del ruolo ad esse spettante ⁵.

4-

Coerentemente con le disposizioni del diritto internazionale classico, gli individui sono soggetti all'autorità dello Stato di cui sono nazionali e cittadini; in casi, oggi assai frequenti, di cittadinanza doppia o plurima, si pongono problemi di “identità personale” coinvolgenti Stati e ambiti nazionali diversi.

Al di là dei confini nazionali gli individui sono comunque considerati dallo Stato straniero come beneficiari di norme internazionali che disci-

⁴ Vedi S. SASSEN, *Né globale, né nazionale...*, cit., p. 976.

⁵ Si evidenzia che il successo delle Nazioni Unite, sia nel controllo delle armi e nel mantenimento della pace, che nella lotta alla povertà, e nel perseguimento dello sviluppo, dipenderà dalla capacità dell'ONU di porre le basi di un più “reasonable degree of international Law and Order”. Vedi *Reforming the United Nations. New Initiatives and Past Efforts*, vol. III, Kluwer Law International, 1997, III, 34.

plinano i rapporti tra Stati, per cui gli interessi degli individui che subiscono danni all'estero vengono tutelati a livello internazionale "nella misura in cui il proprio Stato nazionale decide di esercitare la protezione diplomatica o la protezione giudiziale" mediante un'istanza ad un Tribunale arbitrale o ad una Corte internazionale⁶.

Successivamente la rigida schematizzazione nei rapporti di sovranità nazionale è divenuta più flessibile a beneficio degli individui e dei gruppi di minoranze (etniche, religiose e linguistiche), in seguito a una serie di dichiarazioni, di convenzioni e di trattati internazionali. Le norme internazionali a tutela dei diritti umani vengono oggi considerate non soltanto alla luce degli interessi nazionali (che nell'applicazione di tali norme continuano ad avere una significativa rilevanza, soprattutto per quanto concerne i diritti civili di libertà e i diritti politici), ma anche in base a principi di legalità internazionale.

A) Nello Statuto delle Nazioni Unite viene salvaguardata, nell'art. 2 – 7 cpv., la competenza interna (o riservato dominio) degli Stati, per cui l'ONU può trattare le questioni dei diritti umani soltanto in modo generale e astratto, prescindendo da interventi concreti nelle questioni che, per la loro natura e la loro essenza, appartengono alla sovranità e competenza degli Stati⁷.

Va detto che, sino agli inizi degli anni '90 del secolo scorso, una certa coesione delle opinioni prevalenti in ampia dimensione internazionale si ebbe soltanto sul divieto delle pratiche di governo disumane ed efferate, data la strenua difesa, da parte dell'Unione Sovietica e degli altri Paesi del socialismo reale, della loro libertà di gestione nel settore dei diritti civili e politici, che tali Paesi consideravano come materia rientrante nella loro competenza interna e, quindi, sottratta a limiti internazionali⁸.

Successivamente, in un'ottica evolutiva, si affermò il principio della legittimità degli interventi dell'ONU in presenza di gravi violazioni dei diritti umani, anche nel caso in cui le violazioni non costituiscano una minaccia alla pace e alla sicurezza, e alle relazioni amichevoli tra Stati.

⁶ Vedi A. CASSESE – P. GAETA, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 137 ss.

⁷ Vedi A. CASSESE – P. GAETA, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, cit. p. 149.

⁸ Vedi G. ZICCARDI CAPALDO, *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale generale*, in *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale*, Atti del Convegno di Studi, Università di Salerno, 8 maggio 1997, Napoli, ESI, 1998, p. 29.

B) Gli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani, come rilevano Cassese e Gaeta⁹, sono intesi a proteggere gli individui contro gli arbitri, gli abusi e le violenze, quale che sia il luogo in cui si è verificato il comportamento lesivo. Si tende infatti ad una interpretazione estensiva, sul piano territoriale, degli obblighi internazionali di tutela assunti dagli Stati, in quanto derivanti da disposizioni aventi un ambito di applicazione anche extra-territoriale.

Come ha puntualizzato la Commissione interamericana dei diritti umani nel caso “Coard et al. c. Stati Uniti”: “... dato che i diritti individuali sono innati semplicemente in virtù della dignità umana della singola persona, ogni Stato [americano] ha l’obbligo di sostenere e incoraggiare i diritti di ciascun individuo sottoposto alla sua giurisdizione. Sebbene più frequentemente questa tutela si rivolga agli individui che si trovano all’interno del territorio dello Stato, essa può riguardare anche, in determinate circostanze, la condotta di quest’ultimo in una località extra-territoriale dove la persona interessata è presente, sebbene soggetta al controllo da parte di un altro Stato [...]. In linea di principio, l’indagine non si rivolge alla nazionalità della presunta vittima o alla sua presenza all’interno di una particolare area geografica, quanto piuttosto all’eventualità che, in specifiche circostanze, lo Stato abbia rispettato i diritti della persona sottoposta alla propria autorità e controllo”¹⁰.

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale (seguito anche dalla Corte internazionale di Giustizia nel parere sulle “Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro”¹¹, gli Stati sono tenuti a rispettare i diritti umani fondamentali non solo nell’ambito del loro territorio nazionale nei confronti di cittadini e stranieri, ma anche all’estero, nel caso in cui esercitino la loro autorità o il loro potere su individui, sia loro cittadini che stranieri¹².

C) La dimensione extra-territoriale delle norme in tema di diritti umani non è stata inizialmente accettata dalla Corte europea dei diritti umani la quale, nel caso Bankovic (originato da un ricorso – dichiarato inammissibile dalla Corte – presentato da alcuni cittadini della Repubblica federale jugoslava contro gli Stati aderenti alla CEDU che, in quan-

⁹ Vedi *Le sfide attuali del diritto internazionale*, cit., p. 152 e ss.

¹⁰ Cfr. caso n. 10951, rapporto n. 109/99 del 29 settembre 1999, par. 37. Per il testo vedi aulaweb.

¹¹ Vedi Parere del 9 luglio 2004, parr. 108-111. Per il testo vedi aulaweb.

¹² Vedi A. CASSESE – P. GAETA, *Le sfide attuali ...* cit., pp. 154-155.

to membri della NATO, avevano partecipato al bombardamento della stazione radiotelevisiva serba di Belgrado, cagionando la morte e il ferimento di numerose persone) aveva sostenuto che la Convenzione europea tutela i diritti degli individui soltanto entro un ambito territoriale ben definito, corrispondente a quello del territorio degli Stati contraenti¹³.

Successivamente la Corte di Strasburgo ha mutato indirizzo sostenendo, nel 2004, nel caso Issa, l'ammissibilità del ricorso concernente le azioni compiute dalle forze armate della Turchia (cioè di un Stato aderente alla CEDU) che avevano sconfinato in Iraq (uno Stato del Medio Oriente non parte della CEDU), attaccando alcuni gruppi turchi nell'Iraq del Nord. La Corte europea dichiarò che ciò che importava era che la Turchia avesse un controllo effettivo e complessivo sulle forze armate posizionale, in un'area al di fuori del proprio territorio nazionale¹⁴. È certamente importante che gli Stati aderenti alla normativa internazionale in tema di diritti umani vengano considerati vincolati al rispetto di tali norme, non solo sul proprio territorio nazionale, ma anche all'estero, ovunque esercitino poteri di sovranità e di controllo su cittadini e stranieri.

Si è detto, in termini esclusivi, che "i Trattati sui diritti umani debbono seguire gli organi dello Stato dovunque come "l'ombra segue il corpo"¹⁵.

5-

Tra i principi in fase di consolidamento nel diritto internazionale consuetudinario, aventi un impatto nel quadro mondiale globale, rientra quello del diritto alla democrazia. Il concetto di democrazia, nelle sue varianti e modalità di attuazione, sta affermandosi anche in Africa, in Asia, in Russia ed in America Latina. In pratica vi è però incertezza sul modo con cui possa venire attuato concretamente, in ambiti legati a schemi e tradizioni secolari, un ordine democratico.

L'esperienza fatta recentemente nei Paesi dell'Europa dell'Est e in Russia ha mostrato che l'introduzione della democrazia comporta un pro-

¹³ Cfr. Decisione sulla ricevibilità, ricorso n. 52 2007/99. BanKovic et al. c. Grecia et al., par. 36.

¹⁴ Vedi A. CASSESE – P. GAETA, *Le sfide attuali* ... cit., pp. 155-156.

¹⁵ Così A. CASSESE – P. GAETA, *Le sfide attuali* ... cit., p. 156.

cedimento complesso, con trasformazioni profonde nell'assetto socio-politico e socio-economico ¹⁶.

Occorre anche intendersi sul concetto stesso di democrazia. La transizione a sistemi democratici nei Paesi emergenti da lunghi periodi di regimi totalitari e autocratici non può essere raggiunta in tempi rapidi, e presuppone l'adesione ad un modello di società civile basato su principi e valori condivisi su larga scala.

A) Il richiamo al concetto di democrazia è frequente nelle assise internazionali con la partecipazione di una molteplicità di delegati di Stati e di organizzazioni internazionali, governative e non-governative. Il concetto di democrazia viene spesso associato alla solidarietà internazionale, al benessere generale; esso non può venire comunque scisso dal concetto di libertà, che è alla base di ogni vera democrazia ¹⁷.

Un'attenzione particolare in tema di diritti umani e di diritti dei popoli, va dedicato al diritto di libertà e di dignità personale: di qui il divieto del genocidio e della tortura, oltre che dei trattamenti degradanti o contrari al senso di umanità.

L'elemento fondamentale su cui oggi viene costruito il moderno concetto di democrazia si incentra sul liberalismo e sull'idea di democrazia liberale fondata sulle libertà civili e politiche, sull'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, sul diritto di chiedere il riconoscimento dei propri diritti, l'annullamento degli atti lesivi, la riparazione dei danni: la garanzia di tali diritti e libertà costituisce un impegno preciso per i governi democratici.

Il diritto alla democrazia e ad un governo democratico non è però consolidato tra i diritti umani fondamentali, in quanto diritto riconosciuto a tutti gli individui che vivono nell'ambito di uno Stato, e come diritto riconosciuto ad ogni Stato di rivendicare il rispetto della democrazia da parte di altri Stati.

Quanto al modo di essere dell'agire statale, va detto che "la funzione

¹⁶ Sul tema della "Democratizzazione" nell'esperienza dei Paesi dell'Est, vedi gli Atti del Convegno svoltasi all'Università di Salerno l'8 maggio 1997, con contributi di eminenti studiosi: "Democratizzazione all'Est e diritto internazionale", a cura di G. ZICCARDI CAPALDO, Napoli, ESI, 1998.

¹⁷ Vedi J. BAECHLER, *Democracy. An analytical Survey*, UNESCO publishing, 1995. Sul concetto di democrazia rapportato a quello di libertà e di giustizia, nella considerazione dei diritti umani e degli imperativi globali vedi AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Penguin Books, 2009.

di ogni singolo Stato non si esaurisce nell'assicurare un ordine purchasesia, ma tende a realizzare un particolare tipo di ordine conforme alle ideologie, ai valori, agli interessi che sono considerati fondamentali per esso"¹⁸. Ferma restando l'esigenza della sottoposizione al primato del diritto, che importa limiti all'esercizio del potere ed i cui imperativi fondamentali sono raccolti nella Carta costituzionale degli Stati.

La normativa costituzionale – ritenuta “basilare” – è alla base della vita e dell'unità della nazione e ne rappresenta i valori di ordine morale politico e istituzionale.

I mutamenti nella realtà politico-sociale pongono ovviamente l'esigenza di un adeguamento dell'ordinamento dello Stato alla dinamica di tale realtà; il problema è quello di stabilire sino a quale punto tale adeguamento possa spingersi senza intaccare i valori fondamentali del sistema.

B) Per quanto concerne la Costituzione italiana successiva al Secondo Conflitto mondiale – di cui si prefisse di riparare le profonde lacerazioni – essa è fondata su principi di democrazia e di pluralismo tra i poteri. È stata elaborata pressoché contemporaneamente alla Dichiarazione universale dei diritti umani, la quale ha dato l'avvio all'elaborazione di una serie di Atti internazionali in tema di protezione dei diritti umani civili e politici¹⁹.

Uno dei temi più significativi dell'organizzazione costituzionale dello Stato è la questione della forma di governo, in relazione alla quale, nella Costituzione dei vari Stati, esiste una varietà di soluzioni che fanno leva o sui poteri del Presidente della Repubblica o sul ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri o su quello del Parlamento, in quanto espressione diretta della sovranità popolare.

Fulcro della democrazia rappresentativa è la centralità del Parlamento, nella specie di democrazia rappresentativa costituita dal regime parlamentare.

La democrazia rappresentativa comprende come specie distinta, anche il regime presidenziale. Nel regime presidenziale il corpo elettorale, a suffragio universale, elegge distintamente oltre al Parlamento, il Presidente della Repubblica. Il potere legislativo e quello di costituire la base da

¹⁸ Sull'ordinamento statale e sui suoi elementi costitutivi vedi, nella dottrina italiana, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, X^o edizione rielaborata e aggiornata, Padova, CEDAM, 1991, p. 24 e ss.

¹⁹ Vedi *Introduzione* di Maria Rita Saulle a *La Corte Costituzionale compie 50 anni. 23 aprile 1956 – 23 aprile 2006*, Roma, ANBP, p. 5 ss.

cui derivano gli altri titolari di poteri politici sono variamente ripartiti tra Presidente e Parlamento nei modi stabiliti dalle norme costituzionali del singolo Paese.

La formula della democrazia rappresentativa non è mero frutto di una elaborazione dottrinale, ma è dovuta a un “plurisecolare e sofferto processo storico”²⁰.

Le Costituzioni moderne tendono a regolare esse stesse, con propri precetti, rapporti affidati in passato alle leggi emanate dal Parlamento, che è oggi il primo livello sub-costituzionale. I precetti costituzionali conservano ovviamente la rigidità della legge costituzionale.

Va notato che il principio della sovranità del Parlamento aveva portato, nell'Assemblea costituente italiana, a prese di posizione contrarie all'introduzione di una giurisdizione di legittimità sulle leggi “ad hoc”²¹. In senso contrario fu però argomentato che l'istituzione di una Corte che giudicasse della legittimità costituzionale delle leggi era strettamente connessa alla rigidità della Costituzione, e, quindi, al principio per cui le norme costituzionali non debbono essere violate dal Parlamento.

La Costituzione italiana sembra avere corrisposto alle esigenze di democrazia e di pluralismo tra i poteri. Nel corso degli anni le norme contenute in vari articoli della Costituzione italiana sono state emendate²².

Per quanto concerne la Corte costituzionale, essa ha dato un contributo essenziale al sistema giuridico italiano mediante l'abrogazione, per incostituzionalità, di varie norme giuridiche a livello di legge, contrastanti con la Costituzione, in varie materie, quali i rapporti familiari, di diritto penale, tributario, processuale civile e penale ecc., nel quadro di una “legalità costituzionale”.

C) Per quel che attiene al collegamento tra il diritto costituzionale interno e il diritto internazionale va notato, con riferimento in particolare alle Carte costituzionali elaborate nei Paesi ex-socialisti dell'Europa dell'Est nel corso del processo di democratizzazione di tali Paesi, che le

²⁰ Per una approfondita disamina del regime dei poteri pubblici e dei diritti, del regime rappresentativo, e dei rapporti tra potere politico ed apparati economici, vedi l'ampissima “Raccolta” in cinque volumi degli scritti di G. GUARINO, *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, Napoli, Jovene, 1994.

²¹ Vedi *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. V, Roma, 1970.

²² Per l'indicazione di alcune leggi costituzionali modificative della Costituzione italiana vedi M.R. SAULLE, *Introduzione a La Corte Costituzionale compie 50 anni*, cit., p. 6.

norme internazionali pattizie, validamente stipulate, hanno assunto un ruolo prevalente negli ordinamenti interni di tali Paesi nella tutela dei diritti fondamentali²³. Così, ad es., secondo l'art. 20 della Costituzione rumena, le disposizioni costituzionali concernenti i diritti e le libertà dei cittadini vanno interpretate e applicate in accordo con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, le convenzioni e gli altri Trattati stipulati dallo Stato; in caso di difformità tra le leggi interne e le convenzioni e i trattati di cui la Romania è parte, prevalgono le norme internazionali²⁴. Resta comunque, nelle nuove Costituzioni dei Paesi ex-socialisti, il principio del primato del Parlamento, secondo la concezione tipica delle democrazie progressiste, informate al principio della sovranità popolare.

Le recenti Costituzioni dei Paesi dell'Europa dell'Est configurano in modo vario il rapporto tra la legge e il diritto internazionale pattizio, ma in prevalenza ammettono la superiorità del diritto internazionale rispetto all'atto legislativo²⁵.

Per quanto concerne gli Stati ora aderenti all'Unione europea, i Parlamenti nazionali possono continuare a legiferare sino a quando il campo non venga occupato, in base al Trattato istitutivo della Comunità – Unione europea, dalla normativa dell'Unione la quale, nei settori di competenza esclusiva dell'Unione medesima (in cui il blocco di ogni nuova legge degli Stati membri è immediato e completo), viene ad assumere assoluta prevalenza²⁶.

Pertanto i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea compresi gli Stati dell'Europa dell'Est recentemente entrati a fare parte dell'Unione medesima, devono prendere atto che le norme che regolano la loro vita non sono quelle approvate dai Parlamenti nazionali da essi eletti a suffragio universale, bensì quelle adottate da organi competenti dell'Unione in base alla norme pattizie istitutive di essa, nei settori di compe-

²³ Vedi M. SCUDIERO, *Democratizzazione all'Est e Costituzioni dei Paesi ex-socialisti*, in *Democratizzazione all'Est ...*, cit., p. 22.

²⁴ Vedi SPADARO, *Due "Custodi" della Costituzione rumena? Una Carta sospesa tra sovranità parlamentare e supremazia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, n. 3, p. 451 ss.

²⁵ Vedi, ad es., l'art. 138 della Costituzione della Lituania e l'art. 3c. 1 della Costituzione dell'Estonia.

²⁶ Vedi G. GUARINO, *Sovranità della legge del Parlamento ed Unione europea. Criticità attuali e prospettive future (l'Unione europea quale Stato federale)*, in *Costituzionalismo*, Estratto 21/07/2008.

tenza esclusiva dell'Unione. Nel procedimento di formazione di tali norme dell'Unione di evidenza quindi il ruolo essenziale del Parlamento europeo, in quanto garante della "democraticità" del sistema dell'Unione europea.

6-

La dottrina dei diritti umani ha contribuito, oltre che all'evoluzione del diritto internazionale, al progresso della comunità internazionale, nel passaggio da un sistema di relazioni fondato sul principio della reciprocità imperniato sul perseguimento di interessi individuali dei singoli Stati, ad un sistema fondato su di un nucleo di valori fondamentali, e su nuovi obblighi e diritti per l'intera comunità umana.

Tali valori, obblighi e diritti vanno comunque resi compatibili con l'unità politica e l'uniformità giuridica dell'ordinamento dello Stato (non sempre facilmente realizzabile negli Stati multietnici); gli interessi nazionali, identificati con riferimento ai contenuti dell'indirizzo politico di maggioranza e degli orientamenti delle forze politiche egemoni²⁷, vanno peraltro correlati a principi di democrazia rappresentativa e partecipativa in ampia dimensione, oltre che a principi di legalità internazionale.

A) Sul piano internazionale generale si ritiene che i principi di democrazia garantiscano pienamente le sole libertà politiche, consistenti nell'espressione del suffragio universale libero e segreto, nel potersi raggruppare in partiti politici (laddove il diritto di libera associazione sia previsto e tutelato dall'ordinamento statale) e darsi così uno Statuto politico, coerentemente con il diritto di autodeterminazione interna affermato nell'art. 1 del Patto internazionale dell'ONU relativo ai diritti civili e politici.

Sul principio di autodeterminazione interna, che ha ormai un vasto ambito di applicazione ed un notevole consenso da parte di una molteplicità di Stati sovrani, si ritiene che si stia gradualmente formando una norma consuetudinaria internazionale²⁸. In realtà, soprattutto a partire dagli anni 1989 – 1990, si è notato un consolidamento dei sistemi democratici, nei Paesi dell'Europa centro-orientale e nei Paesi dell'America La-

²⁷ Vedi A. BARBERA, *Gli interessi nazionali nel nuovo Titolo V. Lo Stato e le autonomie*, a cura di E. ROZO ACUÑA, Torino, Giappichelli, 2003, p. 11 e ss.

²⁸ Vedi A. CASSESE – P. GAETA, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, cit., p. 166.

tina, così come nei più evoluti Paesi dell'Asia, dell'Africa e dell'Oceania. A partire dal 1991 più di 110 governi hanno consentito nei loro ordinamenti interni libere elezioni con suffragio universale.

Tali principi di democrazia sono stati considerati dall'Assemblea generale dell'ONU come un valore riconosciuto a livello universale che va tutelato anche dall'ONU con forme di assistenza e di sostegno, per consolidare le nuove democrazie o ripristinare democrazie preesistenti²⁹.

B) Per quanto concerne le libertà civili, si eccepisce che sul piano universale, non ne venga effettivamente garantita la piena attuazione. Il Comitato dei diritti dell'uomo che, in base agli artt. 28 e 41 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, vigila sull'applicazione delle norme del Patto, ha riscontrato difficoltà nell'applicazione effettiva di alcune disposizioni contenute nel Patto medesimo, soprattutto per quanto riguarda certe libertà civili, quali, in particolare, la libertà di espressione, la libertà di coscienza e di religione, il diritto di libera associazione³⁰. Dibattiti a largo raggio si sono svolti in ambito internazionale ed anche all'interno di Stati (come in Italia) sull'abolizione della pena di morte, che è stata formalmente abolita nel Secondo Protocollo facoltativo al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici entrato in vigore l'11 luglio 1991, a cui non hanno però aderito tutti gli Stati. La pena di morte è ancora in vigore nei sistemi interni di parecchi Stati, ed anche di Grandi Potenze membri permanenti del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, come la Cina, e, almeno sinora, viene eseguita anche negli Stati Uniti d'America.

Uno "standard" comune di libertà fondamentali è stato definito nel contesto del Consiglio d'Europa, ed è stato espresso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (con i Protocolli addizionali), e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, data l'affinità di valori giuridici e culturali che caratterizzano l'"identità europea".

In dimensione universale la complessità del sistema di relazioni, tra attori aventi connotazione ed orientamenti diversi, ostacola la costruzione e l'attuazione di una "legalità" fondata su principi condivisi.

²⁹ Vedi U. VILLANI, *Democratizzazione all'Est e Nazioni Unite*, in *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale*, cit., p. 59 e ss.

³⁰ Vedi G. ZICCARDI CAPALDO, *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale*, in *Democratizzazione all'Est ...*, cit., p. 34.

7-

Il ruolo svolto dalle Nazioni Unite nei processi di democratizzazione e di ricomposizione del tessuto sociale lacerato da tensioni interne e da situazioni estreme di sottosviluppo non è sempre apparso adeguato alla realtà critica delle situazioni.

Nel quadro dell'ONU non sembra emergere un modello univoco di democrazia e di Stato democratico.

A) Prima della caduta del muro di Berlino esistevano due modelli di società e di Stato, che si autoproclamavano democratici; il modello liberale occidentale e il modello del socialismo reale dell'Est. Entrambi hanno proclamato la difesa dei diritti propri dello Stato di diritto, differenziandosi però per quanto concerne la concezione dello Stato, della società, della posizione dell'individuo nella società, dell'economia³¹. Il socialismo di tipo marxista nacque e si sviluppò in senso antitetico rispetto al capitalismo liberal-borghese soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo XIX°. Nei primi decenni del secolo XX° il modello marxista venne recepito ed elaborato in Russia in seguito alla rivoluzione bolscevica del 1917, e condusse alla creazione dell'Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, che fu il primo Stato socialista ad applicare il collettivismo comunista ad economia pianificata³². Al termine della Seconda Guerra mondiale l'URSS, quale Stato vincitore, fu determinato ad imporre il socialismo marxista-leninista ai Paesi dell'Europa orientale e alla Germania dell'Est i quali, in quanto Stati satelliti dell'Unione sovietica, adottarono il modello comunista basato sulla proprietà collettiva e sul partito unico, il partito comunista.

Contemporaneamente, nel vastissimo territorio della popolarissima Cina, il "leader" comunista Mao Dse Dong si affermò in via rivoluzionaria, nel 1949, contro i nazionalisti di Chiang Kai-shek e introdusse in Cina, con l'eccezione dell'Isola di Formosa (oggi Taiwan), il modello politico ed economico comunista della Repubblica popolare cinese.

Esperienze simili si ebbero, nella seconda metà del secolo XX°, in

³¹ Sul modello di Stato moderno costituzionale, di diritto, vedi E. ROZO ACUÑA, *La globalización y el moderno estado de derecho (con especial referencia a Latinoamérica)*, in *Studi Urbinati di Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, Anno LXIX – 2001/02, p. 87 e ss.

³² Vedi M. LESAGE, *Les régimes politiques de l'URSS et des Pays de l'Est*, Paris, 1971.

Corea ed in Vietnam, a Cuba, in Nicaragua, ed anche in Cile con Allende, che è stato il primo Presidente marxista eletto dal popolo. La politica di Allende si concluse drammaticamente nel 1973 con un sanguinoso colpo di Stato e la instaurazione della feroce dittatura di Pinochet.

L'espansione del modello di Stato marxista e dell'economia pianificata, che fu intensa, ebbe termine con il passaggio dei Paesi dell'Europa dell'Est al modello di Stato liberal-democratico e all'economia di mercato³³.

Sopravvive a Cuba, in Corea del Nord, in Vietnam e nella Cina di Pechino; in questi Paesi è però riscontrabile un processo di rinnovamento, soprattutto sul piano economico.

In America Latina l'affermazione e l'espansione del liberismo economico si è espressa attraverso forme di privatizzazione di gran parte delle attività statali, non solo economiche³⁴.

B) Nel nuovo millennio il neo-liberismo è diventato l'opzione principale ed il modello di riferimento prevalente.

Resta comunque il ruolo essenziale dello Stato, quale vigile e garante del sistema, nel caso in cui le relazioni interpersonali soffrano di anomalie.

Il nuovo tipo o modello di "Stato sociale di diritto", che sta diffondendosi nel mondo, costituisce, almeno in parte, la risposta del liberalismo borghese alle critiche e alle diffidenze del socialismo marxista-leninista e dei sostenitori di esso. In conseguenza della scelta del libero mercato, si è affermata la necessità di una tutela articolata dei diritti e delle libertà fondamentali, e si è posta la questione di stabilire "quali libertà e diritti fondamentali siano connessi con il modello di democrazia liberale e con il regime di libero mercato"³⁵.

Coerentemente con la produzione normativa vigente nell'ordinamento internazionale, si è dibattuta la necessità di una piena tutela giuridica, oltre che dei diritti e delle libertà fondamentali di tipo classico (i c.d. diritti "di prima generazione": alla vita, alla sicurezza della propria persona, con il divieto della schiavitù, della tortura e dei trattamenti crudeli e degradanti), anche dei diritti economici e sociali "di seconda generazione", e

³³ Vedi P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Repubblica popolare cinese*, Milano, 1977.

³⁴ Vedi E. ROZO ACUÑA, *La globalización y el moderno estado de derecho*, cit., p. 96.

³⁵ Con riferimento ai Paesi dell'Europa dell'Est, vedi M. SCUDIERO, *Democratizzazione all'Est e Costituzioni dei Paesi ex-socialisti*, cit., p. 21

dei diritti maturati successivamente, per quanto concerne il diritto al lavoro, alla libertà contrattuale, all'informazione, alla salute ecc.

Per vincere la povertà, la disoccupazione, il sotto-sviluppo, la concentrazione eccessiva di ricchezze in pochi Paesi e in poche mani, occorre una efficace azione internazionale intesa a favorire la circolazione di capitali e gli scambi economici e commerciali tra Paesi ricchi e Paesi poveri. L'azione, in tal senso, dei governi degli Stati è apparsa spesso non conforme agli obiettivi di sviluppo delle aree del mondo più svantaggiate, che continuano ad "esportare" nei Paesi a più elevato potenziale economico comunità umane destinate alla clandestinità più miserabile ed allo sfruttamento da parte di organizzazioni criminali.

8-

Si è detto che la globalizzazione, quale fenomeno inteso a favorire la circolazione internazionale di beni, di servizi, di capitali, di tecnologie, di conoscenze (tali da alterare la connotazione nazionale e la sovranità degli Stati, e, quindi, anche lo stile di vita dei cittadini degli Stati medesimi), necessiterebbe di un "governo mondiale", responsabile davanti ai cittadini di ogni Paese³⁶; sinora si è avuto soltanto un sistema che potrebbe definirsi di "governance globale senza governo globale", in cui poche Istituzioni internazionali – il Fondo monetario internazionale, la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo, l'Organizzazione mondiale del commercio – e pochi protagonisti, strettamente legati a interessi finanziari e commerciali ben precisi, dominano la scena, mentre molti di coloro che ne subiscono le decisioni non hanno praticamente voce in capitolo.

La globalizzazione, a giudizio di molti, va riequilibrata e corretta, e va gestita in modo più equo e più giusto, in modo da consentire una crescita non soltanto più sostenibile, ma anche più equamente distribuita.

³⁶ In senso critico nei confronti del fenomeno della globalizzazione, e della politica economica internazionale, vedi J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*; titolo originale "Globalization and its Discontents", Torino, G. Einaudi Editore, 2002; dello stesso Autore, più di recente, vedi "Making globalization work", W. W. Norton, New York, 2006, in cui Stiglitz auspica un nuovo equilibrio economico mondiale, più giusto, tra Stato e mercato. Sui problemi posti dal fenomeno della globalizzazione, nel rapporto democrazia-giustizia, vedi, nella dottrina italiana, S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

Per dirla con Stiglitz, “il mondo è un luogo complicato”, denso di incognite e di insidie, date anche dalla corruzione dilagante.

Occorrono pertanto leggi chiare per disciplinare gli scambi e la conoscenza. Gli Stati debbono assumersi la responsabilità del benessere dei loro nazionali e cittadini, e porre regole precise per proteggersi dalle malversazioni interne e dalle speculazioni esterne.

Il mondo globale sta oggi attraversando una grave crisi economica e finanziaria, ed anche, come si è notato in precedenza, una crisi di valori e di distorsione di valori oltre che di “interpretazione deviata” di valori morali, culturali, ideologici. Nel “bricolage” di ideologie che si intrecciano nella vita di relazione non è facile discernere il giusto dall’ingiusto, il vero dal falso, con conseguenze di alterazione di valori e di disorientamento sociale.

L’attuale società planetaria è accusata di avere prodotto veri e propri “monstres de l’idéologie”, tali da coinvolgere “dans des aventures périlleuses”, intere comunità umane, e di favorire “une culture de l’inhumain”³⁷.

³⁷ Si richiama in proposito la Raccolta curata dall’UNESCO, *Où vont les valeurs?*. Entretiens du XXI^e siècle, cit.; in lingua inglese “The future of values”. 21st – century talks – UNESCO publishing, 2004.

GABRIELE FATTORI

DIRITTO APPLICATO E DIRITTO APPLICABILE ALLA DELIBAZIONE
DELLE NULLITÀ MATRIMONIALI ECCLESIASTICHE:
INCERTEZZE NORMATIVE, SUPPLENZA DEL GIUDICE
E PARADOSSI DELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO. 1) Macro e micro incertezze nel e del sistema della delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale canonica. 2) Ordine pubblico e «coscienza sociale»: indeterminazione normativa e giurisprudenza creativa. 2.1) Fallimenti fisiologici e non fisiologici del sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche. 3) I paradossi della delibazione: l'esempio dell'infedeltà prematrimoniale nella visione "tradizionalista" del giudice civile e nella visione "progressista" del giudice canonico. 3.1) La coerenza giuridica della giurisprudenza canonica e civile. 3.2) Un'altra ipotesi di «coscienza sociale» matrimoniale: il paradosso gius-sociologico.

1) Macro e micro incertezze nel e del sistema della delibazione delle pronunce canoniche di nullità matrimoniale

Nell'ambito del diritto matrimoniale, la legislazione e la giurisprudenza relative alla delibazione delle sentenze di nullità canonica formano un settore che presenta significativi margini di sviluppo e ancora molte incertezze: gli uni e le altre dovuti a più fattori, non tutti strettamente giuridici, ma tutti, anche quelli politici e storici, con indiscutibili riflessi giuridici.

Il rilievo dei "fattori di incertezza" si pone ormai come un passaggio metodologico preliminare e obbligato. Cerchiamo allora di raccogliere i principali e di ordinarli in sequenza dal generale al particolare.

a) in primo luogo c'è un *fattore "politico" in senso lato* i cui condizionamenti si riflettono in particolare sull'interpretazione degli accordi di revisione del 1984 in tema di riserva di giurisdizione. L'ordinamento canonico e l'ordinamento civile, e soprattutto i soggetti istituzionali di cui sono espressione, implicano complessi riferimenti ideologici e rispondono a differenti "politiche della giurisdizione". Queste ultime, a propria volta, costituiscono soltanto uno degli aspetti di un confronto politico Stato-Chiesa cattolica ben più ampio e articolato: nella delibazione emergono

allora alcuni inevitabili elementi di conflittualità che rendono difficile la composizione degli interessi in gioco e l'armonizzazione degli obiettivi¹;

¹ La dimensione politica del confronto tra giurisdizioni nel giudizio di deliberazione si riscopre dentro l'orizzonte storico-politico che ne ha costituito lo sfondo, nei rapporti di forza Stato-Chiesa prima e dopo gli accordi di revisione del Concordato lateranense, nelle appartenenze e nel ruolo dei soggetti protagonisti di quella vicenda storica e nel complesso degli interessi oggetto delle negoziazioni. La bibliografia sul tema è vastissima. A titolo di esempio, ci limitiamo a segnalare solo alcuni tra gli studi che hanno valorizzato il passaggio della riforma concordataria secondo le diverse prospettive giuridica, politica e storica: tra le collettanee si vedano: S. FERRARI (a cura di), *Concordato e costituzione. Gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, Il Mulino, Bologna 1985, e qui, in particolare, il contributo di apertura di F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il negoziato per la riforma del Concordato tra governo e parlamento*, pp. 9-29 e quello di chiusura di S. FERRARI, *Osservazioni conclusive*, pp. 249-260; V. TOZZI (a cura di), *Concordato: opinioni a confronto*, Pironti, Napoli 1984, e qui, in particolare, l'intervista all'onorevole G. NAPOLITANO, pp. 21-24, e le interviste a C. CARDIA, pp. 37-43 (specialmente p. 41) e F. FINOCCHIARO, pp. 89-93; AA.VV., *Un accordo di libertà. La revisione del Concordato con la Santa Sede, la riforma della legislazione sugli enti ecclesiastici e i nuovi rapporti con le altre confessioni religiose*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Roma 1986, e qui, in particolare, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Dalla questione romana al superamento dei patti lateranensi*, pp. 19-57; R. COPPOLA (a cura di), *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede*, Giuffrè, Milano 1987, e qui, in particolare, O. FUMAGALLI CARULLI, *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede: profili di libertà*, pp. 113-133 (specialmente pp. 126-127 e 129); C. CARDIA, *Laicità dello Stato e nuova legislazione ecclesiastica*, pp. 135-151; A. RICCARDI, *Una prospettiva storiografica sul concordato*, pp. 609-626; G.B. VARNIER, *I limiti del nuovo matrimonio concordatario*, pp. 727-748; L. MISTÒ (a cura di), *Il "nuovo" Concordato. Studi*, Editrice Elledici, Torino 1986, in particolare L. MISTÒ, *Concordato e Concilio. L'accordo di revisione del Concordato lateranense alla luce dell'insegnamento del Vaticano II sui rapporti tra Chiesa e comunità politica*, pp. 11-44; E. VITALI-G. CASUSCELLI (a cura di), *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa Madama*, Giuffrè, Milano 1988, e qui, in particolare, le relazioni di G. CASUSCELLI, *La problematica del convegno*, pp. 13-51, T. MARTINES, *"Profili costituzionali e pronunce della Corte Costituzionale" nella materia matrimoniale concordataria*, pp. 53-69; F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio "concordatario" tra giurisdizione della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, pp. 272-296; P. BARILE, *L'indirizzo politico-parlamentare e la disciplina pattizia nella materia matrimoniale*, pp. 315-320; E. VITALI, *Relazione di sintesi*, pp. 399-412 (specialmente pp. 400, 405-406 e 410-412); F. CIPRIANI (a cura di), *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, Esi, Napoli 1992; R. BOTTA (a cura di), *Matrimonio religioso e giurisdizione dello Stato*, Il Mulino, Bologna 1993; S. BERLINGO-V. SCALISI (a cura di), *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile*, Giuffrè, Milano 1994; G. ACQUAVIVA (a cura di), *La grande riforma del Concordato*, Marsilio, Venezia 2006, e qui, in particolare, C. MIRABELLI, *Giurisprudenza costituzionale e riforma dei patti lateranensi*, pp. 73-81; si vedano anche: G. SPADOLINI, *"La questione del Concordato" con documenti inediti della commissione Gonella*, Le Monnier, Firenze 1976; O. FUMAGALLI CARULLI, *Società civile e società religiosa di fronte al Concordato*, Vita e Pensiero, Milano 1980; C. CARDIA, *La riforma del Concordato. Dal confessionarismo alla laicità dello Stato*, Einaudi, Torino

b) in secondo luogo non si può negare l'incidenza di un *fattore storico in senso lato*, che nella delibazione si manifesta con l'intersezione dell'ordinamento civile e dell'ordinamento canonico e con le criticità correlate a tale atipico contatto inter-ordinamentale. I due ordini giuridici, nonostante le comuni ascendenze romanistiche e le innegabili affinità, presentano riferimenti ideologici complicati e molto diversi, mantengono e difendono una loro propria "ontologia giuridica" il cui *specificum* è individuabile e connotato dalle rispettive premesse, istanze e finalità giuridiche².

All'origine delle incertezze che riguardano il sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche ci sono, poi, tre *fattori giuridici in senso stretto*:

c) il primo risale alla riforma del diritto internazionale privato e si identifica con l'indeterminatezza del "diritto applicabile" alla procedura della delibazione³.

Infatti, con la legge n. 218/1995 la storia del rapporto tra giurisdizio-

1980; S. LARICCIA, *Stato e Chiesa in Italia 1948-1980*, Queriniana, Brescia 1981; L. FIORANI-A. PROSPERI, *Storia d'Italia*, Annali 16, Roma, la città del papa. Vita civile e religiosa dal giubileo di Bonifacio VIII al giubileo di papa Wojtyła, Einaudi, Torino 2000, e qui F. MARGIOTTA BROGLIO, *Dalla Conciliazione al giubileo 2000*, pp. 1153-1209; ID., *Dalla Costituente al nuovo Concordato*, in *Mondoperaio*, 1984, 4, pp. 101-111; R. PERTICI, *Chiesa e Stato in Italia. Dalla grande guerra al nuovo Concordato (1914-1984)*, Il Mulino, Bologna 2009, in particolare ma non solo, pp. 581 ss.

² Anche in questo caso, è impossibile (e sarebbe inutile in questa sede) dare conto della sconfinata bibliografia in materia. D'altra parte non si può fare a meno di indicare alcuni fondamentali riferimenti: F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, Giuffrè, Milano 1954, ID., *L'unità giuridica dell'Europa*, Rubettino, Soveria Mannelli 1985; A. GAUTHIER, *Le Droit romain et son apport à l'édification du droit canonique*, Faculté de droit canonique-Université Saint-Paul, Ottawa 1996; J. GAUDEMET, *La formation du droit canonique médiéval*, Variorum Reprints, Londra 1980; ID., *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, San Paolo, Cinisello Balsamo 1998; ID., *Formation du droit canonique et gouvernement de l'Église de l'antiquité à l'âge classique: recueil d'articles*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasburgo 2008; C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Giuffrè, Milano 2008; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, 4° ed., Laterza, Roma-Bari 2009.

³ La questione del "diritto applicabile" ai fini del riconoscimento dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale è stata infatti definita «[...] la madre di tutte le questioni che affliggono attualmente la materia matrimoniale concordataria in tutti i suoi molti spicchi (concorso, diritto applicabile, riconoscimento ecc.) [...], che domina i rapporti tra le norme concordatarie e i principi della L. n. 218 del 1995», cf. M.C. FOLLIERO, *Cassazione e delibazione matrimoniale: il lungo addio*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, p. 736.

ne civile e giurisdizione ecclesiastica ha ormai raggiunto la sua terza fase.

La prima fase ha inizio con il Concordato del 1929 ed è segnata da una condizione di privilegio della giurisdizione ecclesiastica e dall'automatismo con cui si riconosce efficacia civile alle sentenze canoniche di nullità matrimoniale⁴.

La seconda fase è preparata e annunciata dalla giurisprudenza costituzionale e si sviluppa dagli accordi di revisione del Concordato al 1995. Il privilegio riconosciuto alla giurisdizione ecclesiastica cade per il combinato disposto dell'art. 8, n. 2 della legge di ratifica ed esecuzione dell'Accordo n. 121/1985 e dell'art. 4, lett. b) del Protocollo Addizionale. La delibazione delle sentenze ecclesiastiche viene uniformata a quella delle sentenze straniere sotto la disciplina degli artt. 796 e 797 del codice di procedura civile e, per entrambe, l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dell'efficacia civile da parte della Corte d'appello è necessario e preventivo.

La terza fase comincia nel 1995. La legge di riforma del diritto internazionale n. 218/1995 abroga gli artt. 796-797 c.p.c. e introduce un meccanismo di riconoscimento automatico delle sentenze straniere, cioè, come stabilisce l'art. 64 della legge di riforma, «senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento».

La questione del «diritto applicabile» alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche si apre in questa fase. Limitatamente ad esse, infatti, la natura pattizia della norma dell'art. 4 lett. b) del Protocollo addizionale fa salva l'ultrattività degli artt. 796 e 797 c.p.c. che sono sottratti all'efficacia abrogativa dell'art. 73 della legge n. 218/1995 per effetto dell'art. 2, comma 1 della medesima legge che garantisce «l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia»⁵.

⁴ L'art. 34 del Concordato lateranense stabiliva espressamente una riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici per le cause di nullità matrimoniale e per le cause concernenti la dispensa del matrimonio rato e non consumato. L'art. 17 della legge matrimoniale n. 847/1929 disponeva inoltre che «La Corte di appello, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio, rende esecutiva la sentenza o il provvedimento di dispensa del matrimonio celebrato davanti a un ministro del culto cattolico e trascritto nel registro dello stato civile e ne ordina la annotazione a margine dell'atto di matrimonio».

⁵ L'opinione che nel tempo si è stabilizzata nella giurisprudenza di merito e di legittimità è favorevole all'ultrattività degli artt. 796 e 797 c.p.c.. Per il «taglio» delle nostre riflessioni ci è sembrata, dunque, la prospettiva più adatta. Ciò detto, il quadro delle posizioni scientifiche in materia è stato ed è tuttora disomogeneo. Per un approccio al tema e alla sua evoluzione nel tempo si vedano: M. CANONICO, *L'applicabilità della legge di*

Ciò significa che ancora oggi la dichiarazione di efficacia nell'ordinamento italiano delle sentenze di nullità di un matrimonio concordatario è rimasta subordinata all'accertamento necessario e preventivo dei requisiti fissati dal previgente art. 797 del codice di procedura civile. Per le sentenze straniere, invece, questo accertamento è diventato eventuale e successivo.

La riforma del diritto internazionale privato sembra quindi aver capovolto il rapporto tra giurisdizione civile e giurisdizione ecclesiastica, ripristinando, questa volta a svantaggio di quest'ultima, una «discriminazione» oggetto di perplessità, critiche e contestazioni⁶.

riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, in *Dir. eccl.*, 1996, II, pp. 314-325 e ID., *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1996; C. MARINO, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, Milano 2005; e da P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, Cedam, Padova 2008, in particolare le pp. 125-153.

⁶ Cf. C. MARINO, *op. cit.*, pp. 21-25. Come abbiamo detto, la “discriminazione” richiamata consiste in questo: dopo la L. 218/1995 – il cui ambito di operatività è ormai residuale per l'emanazione del regolamento CE 44/2001 del Consiglio in materia civile e commerciale – e precisamente con l'art. 64 che dispone che «la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento [...]», il controllo dei requisiti di riconoscibilità agli effetti civili delle sentenze straniere è diventato successivo ed eventuale, mentre per le sentenze ecclesiastiche è rimasto preventivo e necessario.

È tuttavia necessario osservare come nella prospettiva giuridica del diritto internazionale (privato) e dell'ideale di uniformità giuridica che gli è proprio (cf. T. BALLARINO-D. MILAN, *Corso di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova 2007, p. 10), una tale “discriminazione” costituirebbe un'inspiegabile disarmonia di sistema. Non a caso per M.G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* (artt. 64-67 L. n. 218/1995), Giuffrè, Milano 2001, p. 24, «non si crea alcuna ingiustificata disparità di trattamento tra la generalità delle sentenze straniere in materia matrimoniale e le sentenze ecclesiastiche; infatti, ai sensi dell'art. 65 della l. 218 del 1995, le sentenze e i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia sono automaticamente riconosciuti quando sono stati pronunciati dall'autorità la cui legge è richiamata dalle norme italiane di conflitto, e cioè per quanto qui interessa la legge nazionale comune dei coniugi o, in mancanza, la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata [...]; il minor rigore (rispetto alle sentenze ecclesiastiche) [...] si giustifica in ragione del fatto che quelle decisioni promanano dall'ordinamento con il quale, alla luce delle norme italiane di conflitto, quel rapporto di coniugio presenta il collegamento più stretto (cf. artt. 29 e 30 per gli effetti personali e patrimoniali); diversamente le sentenze di cui all'Accordo tra l'Italia e la Santa Sede riguardano cittadini italiani e hanno ad oggetto un vincolo matrimoniale che ha acquistato effetti civili nel nostro ordinamento dalla cui legge è retto e regolato».

Infine, a prescindere dagli aspetti di natura strettamente giuridica, l'ammissibilità o

d) il secondo *fattore giuridico in senso stretto* è di ordine *metodologico*, e consiste nelle difficoltà di definire le condizioni generali e astratte alle quali il diritto civile può riconoscere e assorbire al proprio interno il diritto canonico. Poiché infatti l'art. 4 del Protocollo addizionale impone al giudice dello Stato di tenere conto delle specificità del diritto canonico [lett. b)] e vieta il riesame del merito [lett. b), n. 3], si tratta di determinare in astratto il livello di incompatibilità tollerabile, oltre il quale per l'ordinamento italiano diventa impossibile giustificare e ammettere la pronuncia ecclesiastica;

e) c'è, infine, un *fattore giuridico* di natura *tecnico-sostanziale* che consiste nel problema di individuare, tra ordinamento canonico e ordinamento civile, le condizioni specifiche e concrete di reciproca riconoscibilità e che rappresenta il risvolto pratico e concreto del precedente fattore metodologico. Nella procedura di delibazione, infatti, il momento della comparazione tecnico-giuridica delle fattispecie della nullità matrimoniale del diritto canonico con le fattispecie della nullità del diritto civile è un momento risolutivo. Esso si ricollega, da un lato, alla problematica di selezione degli elementi fattuali tipizzanti delle singole fattispecie e, dall'altro, al problema della loro formulazione giuridica e della loro corrispondenza o difformità a prescindere dal rispettivo *nomen iuris* e dalla tecnica legislativa impiegata per elaborarle nella loro propria e compiuta forma positiva.

I cinque fattori che abbiamo indicato contribuiscono a spiegare l'indeterminatezza del sistema della delibazione delle nullità matrimoniali canoniche.

Se dunque manteniamo una visione d'insieme sulla legislazione e sulla giurisprudenza, possiamo ricomporre le incertezze giuridiche che dominano la disciplina della delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale in due grandi categorie.

La prima è costituita dalle incertezze macroscopiche che affliggono il

meno di una "disparità di trattamento" delle sentenze ecclesiastiche – ammesso che vi sia – può essere riconsiderata da un punto di vista, per così dire, "sostanziale" e cioè dal presupposto della specificità giuridica del diritto canonico, e soprattutto del diritto canonico matrimoniale. È una prospettiva in cui si tiene conto del carattere "confessionale" dell'ordinamento e della giustizia della Chiesa cattolica e che prende spunto dall'osservazione di F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, a cura di G. Lo Castro e A. Bettetini, 10^o ed., Giappichelli, Torino 2009, p. 500, secondo cui «le uniche ipotesi in cui una sentenza ecclesiastica possa essere in contrasto con l'ordine pubblico italiano sembrano quelle in cui la nullità dipende da motivi tipicamente confessionali [...]».

sistema giuridico generale della delibazione, cioè i suoi riferimenti giuridici distintivi e le sue dinamiche fondamentali. Esse dipendono principalmente dai silenzi o dalle ambiguità della legge in questo campo. Le incertezze che possiamo riferire a questa prima tipologia risalgono:

a) all'art. 8, n. 2 della legge 121/1985 e all'assenza/omissione di una indicazione espressa e definitiva sul carattere esclusivo o concorrenziale della riserva di giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale;

b) alla questione del "diritto applicabile" in sede di delibazione successiva alla riforma del diritto internazionale privato.

La seconda categoria di incertezze comprende le incertezze microscopiche correlate in gran parte alla formulazione dell'art. 8, n. 2, lett. *b*) e *c*) dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense, all'art. 4, lett. *b*) del Protocollo addizionale ai nuovi accordi di Villa Madama e, *de relato*, alla formulazione dei nn. 5, 6 e 7 dell'art. 797 del codice di procedura civile. Si tratta, in definitiva, di tutte quelle incertezze che riguardano la disciplina specifica della delibazione, la definizione delle categorie giuridiche che essa richiama e i suoi aspetti più tecnici: solo per fare alcuni esempi, si pensi alla genericità del richiamo alla "specificità dell'ordinamento canonico", all'indeterminabile ampiezza della nozione di "ordine pubblico", alla complessità dei rapporti tra la decisione ecclesiastica di nullità matrimoniale e le pronunce civili di separazione dei coniugi o di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, alla disciplina dei provvedimenti economici provvisori e all'armonizzazione delle singole fattispecie di nullità⁷.

⁷ Ammesso che ve ne sia una, non è facile stabilire la relazione tra il primo e il secondo dato: non è facile, cioè, valutare se la scelta del Legislatore di astenersi dall'intervenire sugli aspetti microscopici "interni" al giudizio di delibazione si è resa giuridicamente necessaria o se è dipesa, e in che misura, dalla precedente scelta di astenersi sull'aspetto macroscopico "esterno" dell'esclusività o della concorrenzialità della riserva e dalla questione del "diritto applicabile" che si è aperta dopo la legge di riforma del diritto internazionale privato. Con specifico riferimento alla dottrina in materia, possiamo soltanto osservare che l'incertezza macroscopica sulla questione della riserva è stata subito rilevata o contestata esplicitamente all'indomani degli accordi di revisione del Concordato: P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo concordato con la Santa Sede*, in *Dir. fam.*, 1984, II, pp. 1205-1220 riconosceva il carattere "discutibile e controverso" del tema della riserva osservando che «non a caso essa non è espressamente formulata nel testo dell'accordo, ma la si deve ricavare dalle linee generali del sistema e da alcune specifiche disposizioni del codice di procedura civile» (p. 1213); con toni molto diversi M. CONDORELLI, *"Scherz und Ernst" sul nuovo concordato*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, pp. 363-377, affermava: «questa mancanza di chiarezza, che poteva certamente essere evitata senza troppa fatica, è talmente sbalorditiva, vertendo su una questione di primaria importanza, da far sorgere il dubbio

2) Ordine pubblico e «coscienza sociale»: indeterminatezza normativa e giurisprudenza creativa

Alcune scelte convenzionali si sono rese necessarie sia per la rappresentazione dell'insieme dei fattori di incertezza che interessano il sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche, sia soprattutto per la distinzione tra incertezze di tipo macroscopico e di tipo microscopico.

Come tutte le classificazioni, anche quest'ultima implica un punto di vista e paga il prezzo di qualche generalizzazione e approssimazione. Tuttavia, è una scelta che può servire a riportare un po' d'ordine tra le tante questioni irrisolte della procedura di riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale e a ristabilire tra loro un ordine in termini di importanza e complessità. A patto, naturalmente, di specificare il punto di vista.

Nel nostro caso, la distinzione in macro e micro incertezze ricava una sua iniziale e parziale plausibilità in una prospettiva giuridica formalistica. In quest'ottica, per l'ampiezza teorica delle categorie giuridiche coinvolte e per la loro astratta complessità è quasi obbligatorio includere tra le macro-incertezze le grandi questioni del carattere esclusivo o concorrenziale della riserva di giurisdizione e del "diritto applicabile". Nella stessa visuale formalistica del diritto, costituiscono micro-incertezze tutte le questioni che non presentano lo stesso grado teorico di complessità, e cioè tutte le altre.

Però, se il punto di vista cambia, il quadro complessivo delle macro e delle micro incertezze correlate alla procedura di delibazione della nullità matrimoniale canonica si presta facilmente a letture anche molto diverse da quella giuridico-formalistica.

Quando caliamo la delibazione nella quotidianità della prassi forense, quando consideriamo le ricadute giuridiche concrete dei concetti, degli istituti e delle norme che ne oggettivano la procedura, e la natura, il numero e la consistenza effettiva delle loro conseguenze sulla dinamica processuale, ci rendiamo conto che il rapporto tra macro e micro incertezze può rapidamente sovvertirsi. Può accadere, cioè, che alcune delle incer-

che non sia casuale e determinata dalla fretta dell'ultimo momento, ma invece perfettamente consapevole e voluta» (p. 376);

Invece, il dato attinente alle incertezze che abbiamo (impropriamente) definito microscopiche si deve trarre per lo più come implicazione implicita e indiretta dalla problematicità con cui dottrina e giurisprudenza affrontano singoli aspetti della delibazione delle pronunce ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

tezze che è possibile considerate “minori” sul piano giuridico-teorico prendano sul piano giuridico-pratico giurisprudenziale o puramente procedurale un’importanza superiore a quella assegnata o attribuibile alle questioni che astrattamente dovrebbero ritenersi preliminari, o più ampie, o più decisive.

È il caso, per esempio, delle incertezze legate all’indeterminatezza del concetto di ordine pubblico richiamato per la delibazione delle sentenze straniere dal n. 7 dell’art. 797 del Codice di procedura civile fino al 31 maggio 1996⁸. Abbiamo già visto come la norma sia poi stata abrogata per effetto della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218/1995, e perchè resti tuttavia ancora vigente per la procedura di riconoscimento degli effetti civili delle sentenze di nullità matrimoniale canonica in ragione del rinvio espresso di cui alla lett. b), art. 4 del Protocollo addizionale ai nuovi accordi concordatari di Villa Madama. Essa dispone che ai fini della delibazione la pronuncia non contenga «disposizioni contrarie all’ordine pubblico italiano».

È noto come il concetto di “ordine pubblico” sia un concetto semanticamente e giuridicamente “liquido”, soggetto alla sensibilità culturale collettiva in un determinato intervallo storico-culturale e contemporaneamente anche a quella personale dell’interprete.

Ma la difficoltà di pervenire ad una connotazione giuridica definitiva di “ordine pubblico” è un problema che, almeno inizialmente, sembrava poter incidere sulla fisionomia essenziale, sulle dinamiche fondamentali e sugli esiti stessi della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale assai meno delle questioni della riserva e del “diritto applicabile”. Infatti, se non altro su un piano giuridico astratto e concettuale, tali ultime questioni presentavano un’attinenza giuridica specifica con l’ambito della delibazione che in apparenza la questione dell’indeterminatezza della nozione di ordine pubblico non poteva avere.

A prima vista, la definizione giuridica del concetto di ordine pubblico è un problema che sembra riguardare più l’articolazione e gli equilibri generali dell’ordinamento che un ambito giuridico particolare. Esso può apparire privo di significative e specifiche ricadute nell’ordinaria amministrazione della giustizia pur presentando una criticità teorica molto rilevante.

D’altra parte, il legislatore sembra aver voluto destinare alla norma

⁸ Gli artt. dal 796 al 805 del codice di procedura civile sono stati abrogati dall’art. 73 della L. 31 maggio del 1995 n. 218, con decorrenza dal 31 dicembre 1996.

che enuncia il principio della non contrarietà della sentenza (ecclesiastica) all'ordine pubblico interno (italiano) una posizione piuttosto defilata anche da un punto di vista sistematico.

In primo luogo, infatti, la norma *de quo* si colloca internamente alla disciplina che regola la delibazione delle sentenze straniere in generale: libro IV “Dei procedimenti speciali”, titolo VII “Dell’efficacia delle sentenze straniere e della esecuzione di altri atti di autorità straniera”.

In secondo luogo, la sua stessa costruzione legislativa induce a considerare la non contrarietà all'ordine pubblico italiano come una delle tante condizioni di delibabilità della sentenza ecclesiastica: essa infatti si trova esplicitata in coda alle altre dell’art. 797 c.p.c., preceduta dalle condizioni relative a: la competenza del giudice della sentenza delibanda; la notificazione della citazione; la costituzione in giudizio delle parti o la loro contumacia; il giudicato della sentenza delibanda; l’eventuale contrasto di giudicati; l’eventuale litispendenza.

Forse anche a causa di questa sua formale, apparente, marginalità, la “questione dell’ordine pubblico” è stata meno visibile e non si è imposta da subito a un dibattito scientifico che negli anni successivi alla stipula del nuovo Concordato è stato invece dominato dalle questioni della riserva e del “diritto applicabile”.

Tuttavia, per i pratici, la contrarietà o non contrarietà della sentenza ecclesiastica matrimoniale all'ordine pubblico italiano è diventata già col tempo la vera macro-questione del sistema della delibazione.

I giudici hanno compreso l’efficacia e le potenzialità della norma. La disposizione di cui al n. 7 dell’art. 797 c.p.c. è stata quindi tradotta ed esplicitata dalla giurisprudenza nel principio dell’ordine pubblico italiano come «soglia limite» per il riconoscimento dell’efficacia civile delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale.

Secondo tale principio, perché la nullità matrimoniale canonica possa essere riconosciuta efficace anche nell’ordinamento civile, la decisione del giudice ecclesiastico deve aver rispettato la “soglia limite” dell’ordine pubblico interno⁹. Quando invece la decisione del giudice canonico ol-

⁹ L’ultrattività dell’art. 797 c.p.c., (in luogo dell’art. 64 della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218/1995) determina importanti conseguenze pratiche. La conseguenza più rilevante riguarda il concetto di ordine pubblico rispetto al quale il giudice italiano è chiamato a valutare la compatibilità/delibabilità della singola sentenza ecclesiastica. La Cassazione (sent. n. 19809/2008, cf. nt. 11) ha infatti precisato che «il giudice della delibazione deve valutare il contrasto delle disposizioni contenute nella sentenza ecclesiastica con l’ordine pubblico che, per l’art. 797 c.p.c., n. 7, è solo quello

trepassa questa soglia non c'è modo di rivendicarne gli effetti (anche) all'interno dello Stato¹⁰.

Si deve comprendere, allora, che la questione dell'ordine pubblico in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche implica due differenti e connessi ordini di incertezze.

Il primo ordine di incertezze riguarda il carattere indefinito del concetto stesso di ordine pubblico.

Il secondo ordine di incertezze concerne, invece, la verifica del rispetto o del mancato rispetto della "soglia limite" dell'ordine pubblico da parte del giudice canonico.

Va da sé che la valutazione della rispondenza della nullità canonica all'ordine pubblico italiano sarà tanto più facile e attendibile quanto più precisa sarà l'idea giuridica di ordine pubblico che i giuristi saranno stati in grado di formulare. In proposito, la recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 19809 del 18 luglio 2008 stimola una più approfondita riflessione sotto tre punti di vista¹¹.

"italiano" e non anche quello "internazionale", al quale implicitamente si rifà la L. n. 218 del 1995, art. 64 che non limita a quello interno il parametro a cui rapportare le pronunce da riconoscere».

¹⁰ Un altro corollario giuridico immediato del carattere ultrattivo degli artt. 796 e 797 c.p.c. definisce l'elemento rispetto al quale il giudice deve verificare la contrarietà della sentenza con l'ordine pubblico italiano. Infatti, mentre per effetto dell'art. 797, n. 7 c.p.c. la delibazione della sentenza canonica prevede che la verifica di conformità all'ordine pubblico si svolga ancora sulle *disposizioni* della sentenza stessa, diversamente, per il riconoscimento della sentenza straniera, l'art. 64 lett. g) della legge di riforma del diritto internazionale privato stabilisce che tale verifica si compia rispetto ai suoi *effetti*. Difatti, la Cassazione afferma che «pur essendo in parte sovrapponibili gli artt. 796 e 797 c.p.c., da un canto e la L. 218/1995, art. 64, dall'altro, sussistono significative differenze tra le due norme» (sent. n. 19809/2008, cf. nt. 11).

¹¹ Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 220, con nota di N. MARCHEI, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche ed il limite dell'ordine pubblico: i precedenti giurisprudenziali*; e in *Fam. dir.*, 2009, p. 5, con nota di S. LA ROSA, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulle qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*; e in *Dir. fam.*, 2008, I, p. 1874, con studio di M. CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*, (pp. 1585-1931); e in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 619, con nota di F. FRANCESCHI, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte*. Si vedano anche gli studi di P. DI MARZIO, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. fam.*, 2009, II, pp. 542-577, e il commento di N. BARTONE, *Il pronunciamento incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione a sez. un. civ. del 18 luglio 2008 n. 19809*, *ivi*, p. 577. Sotto il titolo: *Non delibabile la sentenza di annulla-*

In primo luogo è possibile ricostruire attraverso i riscontri testuali della sentenza l'interpretazione dell'ordine pubblico in chiave di «coscienza sociale»; in secondo luogo la sentenza consente di sottolineare come l'incertezza del concetto di ordine pubblico abbia favorito il potenziamento del ruolo suppletivo/creativo della giurisprudenza in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale; in terzo luogo la sentenza è paradigmatica dei paradossi giurisprudenziali che tale incertezza e questo ruolo possono determinare.

L'«ordine pubblico» si presenta come un'idea giuridica «mobile», in costante e infinitesimale aggiornamento nel tempo, che da un lato rappresenta e dall'altro sostanzia l'impianto giuridico-valoriale dell'ordinamento ridefinendolo progressivamente.

Nell'ultima pronuncia a Sezioni unite in materia di delibazione, la citata sentenza n. 19809 del luglio 2008, i giudici della Corte Suprema rendono bene l'idea dell'ampiezza e della complessità che caratterizza la dimensione semantica della nozione giuridica di ordine pubblico. Vi si legge infatti che l'ordine pubblico interno: a) è l'insieme dei «valori irrinunciabili per lo Stato» e «costitutivi della stessa identità dell'ordinamento interno»; b) «non è assimilabile alla disciplina delle specifiche norme che regolano i singoli istituti cui inerisce»; c) però non è neppure «un insieme di valori generici e indistinti»; d) identifica «“il sistema interno” che, per ciascun istituto, fa emergere gli elementi essenziali e irrinunciabili della sua regolamentazione in Italia il cui superamento è vietato perché lesivo dei caratteri qualificanti e della stessa identità giuridica di ogni fattispecie su cui incide la pronuncia da delibare»; e) che «dall'ordine pubblico interno sono individuati i limiti esterni di tali caratteri qualificanti degli istituti che rilevano nel matrimonio in una certa fase storica»; f) «esprime i valori cogenti del comune sentire»; in definitiva, «nessuna pronuncia di altro ordinamento può avere efficacia in Italia se le sue statuizioni e i suoi effetti siano contrari, nella materia in cui decide e in riferimento agli istituti che applica, a valori irrinunciabili per lo Stato a cui si chiede il riconoscimento della sentenza».

In merito al primo aspetto, quello del rapporto tra ordine pubblico e

mento se l'infedeltà è precedente al matrimonio, si veda anche il commento A.M. DE TULLIO, *Guida al dir.*, 2008, 39, p. 66. La sentenza o la sua massima sono state pubblicate anche in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1354, in *Foro it.*, 2008, I, col. 3130 e in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 1172.

«coscienza sociale» intesa come l'*idem sentire* di una comunità politica e sociale in una data fase storica, va detto che, avuto riguardo alla materia ecclesiasticistica, il rapporto tra ordine pubblico e «coscienza sociale» era già stato definito con chiarezza nel 1982 dalla Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 18, come il complesso delle «regole fondanti poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici, in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo adeguarsi all'evoluzione della società»¹².

Quasi trent'anni più tardi, la relazione tra ordine pubblico e «coscienza sociale» è stata ribadita dalla citata Sezione unite n. 19809/2008 in ben quattro passaggi dove l'ordine pubblico è stato associato:

- 1) ai «valori cogenti del comune sentire»;
- 2) alle «modificazioni normative che [...] esprimono i mutamenti nel tempo della coscienza sociale»;
- 3) ancora una volta, citando la Corte Costituzionale, alle *regole fondanti poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici, in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo adeguarsi all'evoluzione della società*;
- 4) e infine, circoscritto alla materia matrimoniale, ai «limiti esterni [...] che rilevano nel matrimonio in una certa fase storica»:

La Corte Suprema spiega dunque che nel momento in cui richiama il concetto di ordine pubblico, l'art. 797, n. 7 c.p.c. implica – non solo, ma anche – una valutazione di conformità o contrarietà della sentenza matrimoniale ecclesiastica alla coscienza e alla sensibilità collettiva che caratterizza il contesto storico-sociale in cui ricadrebbero gli effetti della delibazione. Allo scopo di mantenere quanto più possibile armonici i rapporti tra l'ordinamento canonico e l'ordinamento civile il sistema della delibazione tenderebbe, opportunamente, a recepire nell'ordinamento

¹² Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18 in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 138, con nota di R. NANIA, *Il Concordato, i giudici, la Corte*; in *Foro it.*, 1982, I, p. 934 con nota di S. LARICCIA, *Qualcosa di nuovo, anzi d'antico nella giurisprudenza costituzionale sul matrimonio concordatario*; in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 874 con nota di F. UCCELLA, *Prime osservazioni sulle sentenze nn. 16 e 18 del 1982 della Corte costituzionale in materia di diritto matrimoniale concordatario* e p. 1448 di C. CARDIA, *Una ridefinizione del matrimonio concordatario*; in *Giur. it.*, 1982, I, p. 965, con nota di F. FINOCCHIARO, *I patti lateranensi e i "principi supremi dell'ordinamento costituzionale"*; in *Dir. fam.*, 1982, I, p. 328 con note di F. DALL'ONGARO, *Sulle modifiche introdotte nella legislazione matrimoniale concordataria dalla Corte costituzionale, con le sentenze nn. 16, 17 e 18 del 1982*, e di G. BALDISSE-ROTTI, *Infradiciottenni, ordine pubblico, matrimonio rato e non consumato* e, a p. 742, di G. CASSANDRO, *Dispensa canonica dal matrimonio non consumato e principi costituzionali*.

dello Stato le sole sentenze ecclesiastiche in sintonia con il sentire comune di una data comunità sociale e politica.

Non c'è dubbio che la "compatibilità" della sentenza ecclesiastica con la «coscienza sociale» sia una condizione essenziale di riconoscibilità agli effetti civili costituendo un indice importante – non l'unico – per valutare la compatibilità della sentenza con l'ordinamento giuridico espressione dalla stessa società.

E non è tutto. Non bisogna dimenticare che allo stato attuale della normativa il riferimento all'ordine pubblico è ancora l'unico strumento attraverso il quale il giudice dello Stato può recuperare una sua propria autonomia decisionale rispetto al giudice canonico sottraendo la sentenza ecclesiastica ad un meccanismo che sarebbe di fatto, almeno per i profili di merito, di riconoscimento automatico o quasi-automatico.

Tuttavia, interpretare l'ordine pubblico alla luce della coscienza sociale significa inevitabilmente condizionare l'efficacia civile della nullità matrimoniale canonica a una quanto mai arbitraria percezione dello "spirito del tempo".

Per questi motivi, il sistema giuridico-normativo della delibazione delle sentenze ecclesiastiche, già così sfuggente da un punto di vista teorico, si dimostra non meno incerto sotto il profilo pratico.

In questo quadro, non è difficile immaginare di quali margini di apprezzamento disponga la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, nel valutare il rispetto o il superamento della "soglia limite" dell'ordine pubblico da parte della pronuncia canonica sotto l'aspetto specifico della conformità o difformità rispetto ad una «coscienza sociale» condivisa.

D'altra parte, il "ruolo forte" della giurisprudenza è un effetto fisiologico in tutti quei settori dell'ordinamento le cui coordinate normative sono scarse, o ambigue, o troppo generiche.

In particolare, soprattutto dopo le riforme della Cassazione civile del 2006 e del 2009, il potenziamento della funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità può considerarsi un dato certo e acquisito¹³. Eppure, nell'ambito del diritto matrimoniale, il giudice della delibazione,

¹³ Con riferimento alla riforma del 2006, cf. G.F. RICCI, *La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 571-601 (p. 572, in particolare). La riforma della Cassazione civile del 2006 è stata introdotta dal D. Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006. La riforma della Cassazione civile del 2006 è stata introdotta dal D. Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006. La riforma del processo civile del 2009 è stata introdotta dalla L. 69 del 18 giugno 2009.

sia esso del merito o della legittimità, sembra poter esprimere un ruolo anche più incisivo di natura “creativa” e di supplenza legislativa¹⁴.

¹⁴ Il quadro di macro e micro incertezze in cui si colloca la disciplina specifica della delibazione, come quelle sull'esclusività della riserva, sul diritto applicabile e sull'ordine pubblico matrimoniale, porterebbe addirittura a teorizzare una funzione creativa delle pronunce delle Corti Superiori in questo campo, un “diritto giurisprudenziale”.

Alle condizioni indicate, la funzione nomopoietica/nomotetica della giurisprudenza costituirebbe l'effetto di una dinamica di sussidiarietà o di supplenza tra poteri rispondente a principi di completezza e di non contraddizione dell'ordinamento. Precisiamo che in questo contesto il termine “sussidiarietà” viene utilizzato e deve essere inteso nel suo significato etimologico e non in quello tecnico-giuridico. La teorizzazione di una funzione di supplenza in senso proprio del potere legislativo da parte del potere giurisdizionale compariva già in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1973.

In senso più ampio è stato dimostrato che tutti gli argomenti a sostegno dell'ipotesi di una funzione nomopoietica o nomotetica della giurisprudenza prendono l'avvio e si costruiscono a partire da un problema originario di interpretazione, il quale, a propria volta, rappresenta una implicazione necessaria di una situazione di incertezza, dubbio, di non-ovvietà, di oscurità (sul punto si vedano, per esempio, F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 105 ss.; U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano 1990; C. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Giuffrè, Milano 1994).

Sul ruolo e sulla funzione creativa della giurisprudenza, costituzionale, di legittimità e di merito, e sul “diritto giurisprudenziale” si veda P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto* 2004, Giappichelli, Torino 2005, e qui, anzitutto, l'analisi di M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, pp. 1-21, secondo la quale bisogna distinguere tre differenti prospettive di *giusrealismo interpretativo*: la prima, «che dovrebbe piuttosto chiamarsi *giusliberismo*, è la dottrina (normativa) secondo cui è opportuno, auspicabile o, a dirla tutta, giusto che i giudici producano diritto»; la seconda, «che dovrebbe chiamarsi piuttosto *giusrealismo radicale*, è la teoria (conoscitiva) che, in realtà, tutto il diritto sia prodotto dai giudici», la terza, «che dovrebbe chiamarsi piuttosto *giusrealismo moderato*, è la teoria (conoscitiva) che i giudici partecipino necessariamente alla creazione del diritto: non però nel senso che tutto il diritto sia creato dai giudici, come per il giusrealismo radicale, ma nel senso che in ultima istanza sono gli organi dell'applicazione a scegliere fra diversi significati attribuiti agli enunciati del legislatore» (pp. 9-13). Sulla nomopoiesi giurisprudenziale si vedano anche: L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967; A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1983, cap. XI; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori? Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pekelis*, Giuffrè, Milano 1984; G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988, qui, in particolare si vedano *Tecniche interpretative e referendum popolare* (pp. 329-347) e *La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura* (pp. 361-368); G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari 1996, cap. I; Id., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 91 ss.; Id., *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in

Si tratta, infatti, di un ambito che tocca temi eticamente sensibili, i cui riferimenti ideologici all'interno di uno stesso *habitat* socio-culturale

Ragion pratica, 2001, 17, pp. 43-52; A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino 1999; AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova 2004; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale scientifica, Napoli 2007; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, anche in *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino 2009, con il medesimo titolo qui si tratta del cap. XIV; ID., *Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale*, in AA.VV., *Diritto costituzionale*, cit., pp. 67-98.

Per quanto riguarda il ruolo specifico giocato dalla giurisprudenza costituzionale nel diritto ecclesiastico (anche se non con esclusivo riferimento all'ambito della delibazione delle nullità matrimoniali canoniche) si vedano recentemente: A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 4° ed., Giuffrè, Milano 2010 (il cap. II e il cap. III, in particolare, ma non solo). Per gli apporti concreti della giurisprudenza costituzionale al diritto ecclesiastico si veda anche R. BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma 2006; M. CANONICO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino 2005.

Per quanto riguarda in particolare la parte avuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in quest'ambito, segnaliamo, soltanto a titolo esemplificativo, F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza innovatrice della Cassazione in tema di efficacia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Giur. it.*, 1978, I, col. 1699-1705, nota a Cass., 27 novembre 1977, n. 5188, *ivi*, p. 1698 e, undici anni dopo, ID., *Il procedimento per l'esecuzione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: inerzia del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 1157-1160, nota a Cass., 1 marzo 1988, n. 2164, *ivi*, p. 1141. Si è quindi arrivati a parlare, anche in questo specifico settore, di "diritto giurisprudenziale": cf. P. DI MARZIO, *Diritto giurisprudenziale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 2004, II, pp. 167-207, nota a Cass., 30 maggio 2003, n. 8764, *ivi*, p. 157. Evidenzia una «irrinunciabile funzione "creatrice" del "diritto vivente"» della Corte Suprema anche R. BOTTA, *Il diritto ecclesiastico "vivente" nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2010, p. 1. Si veda anche ID., *I limiti degli sforzi interpretativi compiuti dalla Cassazione*, in *Gli effetti economici*, cit., pp. 35-59. Dobbiamo tuttavia aggiungere una considerazione di ordine giuridico. L'ipotesi di una funzione nomopoietica della giurisprudenza della Corte di Cassazione (parzialmente diverso il discorso per la Corte costituzionale che è organo costituzionale e non giurisdizionale), sembra giustificabile soltanto nei fatti. Diversamente, dal punto di vista strettamente giuridico l'eventualità di indicazioni a carattere normativo e quindi vincolanti della giurisprudenza di Cassazione sarebbe incostituzionale per radicale contrasto con l'art. 101, 2° comma (che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge intesa nel senso formale e positivo del termine) e con l'art. 107, 3° comma (che distingue i magistrati per funzioni ma non per potere) della Costituzione.

È meno facile trovare contributi scientifici specialistici sulla funzione nomotetica della giurisprudenza rotale rispetto all'ordinamento canonico. Rimandiamo più genericamen-

possono essere anche molto diversi e conflittuali e rispetto ai quali la «coscienza sociale» si divide. Sono conflittualità e divisioni tanto più accentuate quanto più è controversa, come in Italia, la presenza della religione nella società e l'influenza che essa può avere sul diritto sia come fattore di condizionamento culturale, sia come fattore di pressione politica¹⁵.

Tuttavia, come si è visto, la «coscienza sociale» è uno dei parametri al quale il giudice della delibazione deve rifarsi per verificare la contrarietà o la non contrarietà della nullità canonica all'ordine pubblico interno.

In questi casi il convincimento e la decisione del giudice devono fare i conti oltre che con la povertà e l'ambiguità del dato giuridico anche con le diverse tendenze socio-culturali, con le loro oscillazioni e con i loro condizionamenti.

Derivano da qui alcuni paradossi giurisprudenziali partoriti dal sistema della delibazione.

2.1) Fallimenti fisiologici e non fisiologici del sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche

Abbiamo detto come il sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche risenta dell'incertezza di alcune sue coordinate giuridiche strut-

te agli studi intorno al can. 19 del vigente Codice di Diritto Canonico in cui si dispone che «se su una determinata materia manca una espressa disposizione di legge sia universale sia particolare o una consuetudine, la causa, se non è penale, è da dirimersi tenute presenti le leggi date per casi simili, i principi generali del diritto applicati con equità canonica, la *giurisprudenza* e la prassi della Curia Romana, il modo di sentire comune e costante dei giuristi» (il corsivo è nostro).

Infine, per risalire alle radici storico-filologiche del potenziale creativo insito nella giurisprudenza a partire dal suo originale significato etimologico di *ius dicere* si vedano le varie occorrenze nel *Lexicon Forcellini*, v. *Sententia*, VI, pp. 313-314.

¹⁵ Per una interpretazione della religione come fattore di influenza politica e culturale sul diritto rimandiamo alle riflessioni di M. VENTURA, *Law, Religion and Gender. The Intellectual and Political Challenge*, in *Gender, Religion, Human Rights in Europe*, Roma, Herder 2006, pp. 149-162. In particolare si veda il passaggio a p. 151: «Religion can influence the law mainly in two ways: as a cultural factor (*the general ideas of family, equality, democracy, property, etc. founding on the one hand the legal system and on the other the specific regulation of the different areas*), or as a political factor through the political role played by the religious authorities (pressure on religion based political parties, opposition to specific acts, parliamentary lobbying)». Nostro il corsivo.

turali tra cui il principio della non contrarietà della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico interno.

In proposito si è visto che all'indeterminatezza del riferimento giuridico normativo all'ordine pubblico dell'art. 797 c.p.c. si somma l'indeterminatezza del riferimento giuridico giurisprudenziale alla «coscienza sociale». Questo secondo riferimento, che doveva servire per sciogliere il primo ed esplicitarlo, sembra renderlo ancora più complesso e indefinito.

Queste incertezze rendono il sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche estremamente debole e fallibile.

Tuttavia, mentre in molti casi il fallimento può essere considerato “fisiologico”, in altri casi il fallimento sembra eccedere la prevedibile e fisiologica fallibilità di un sistema giuridico in quanto tale.

Rispetto alla valutazione di conformità della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico italiano e alla «coscienza sociale» si possono verificare due ipotesi di fallimento del sistema giuridico della delibazione.

La prima ipotesi si verifica quando viene deliberata una sentenza canonica che invece andrebbe respinta perché ha superato la «soglia limite» dell'ordine pubblico. In questa ipotesi il fallimento del sistema è un fallimento fisiologico.

La seconda ipotesi, opposta, si verifica quando viene respinta una sentenza canonica che andrebbe accolta perché coerente con l'ordine pubblico. Riteniamo che in questa seconda ipotesi il fallimento debba considerarsi non-fisiologico¹⁶.

¹⁶ Precisiamo che, pur avendo una sua fondatezza giuridica, la distinzione tra ipotesi fisiologiche e non fisiologiche di fallimento del sistema della delibazione è priva di connotazioni sul piano sostanziale. I casi di fallimento non-fisiologico non sono – in quanto tali – più gravi dei casi di fallimento fisiologico. In altre parole, per lo Stato le conseguenze di un indebito sconfinamento della sentenza canonica che supera la «soglia limite» dell'ordine pubblico (fallimento fisiologico) nell'ordinamento civile non sono meno importanti di ciò che l'ordinamento civile “perde” quando il giudice della delibazione non riconosce gli effetti civili di una sentenza ecclesiastica coerente con questa «soglia limite» (fallimento non fisiologico). Basti pensare, ad esempio, alla recente sentenza di Cassazione n. 814/2009 (Cass., 15 gennaio 2009, n. 814, in *Foro it.*, 2009, I, col. 702 e in *Guida al dir.*, 2009, 7, p. 26, e in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 59 e in *Dir. fam.*, 2009, I, p. 629 e in *Giust. civ.*, 2010, p. 1239 e in *Quest. dir. fam.*, 2009, I, p. 140). Con la sua decisione la Corte Suprema ha ritenuto compatibile (o meglio, solo relativamente incompatibile e quindi delibabile) con il nostro ordinamento civile la nullità matrimoniale canonica per esclusione bilaterale del *bonum prolis* ritenendo irrilevante, ai fini del riconoscimento degli effetti civili della sentenza ecclesiastica, il motivo che aveva determinato entrambi i coniugi a escludere la prole e di cui si dava atto nella sentenza canonica, ovvero, la grave

La distinzione tra ipotesi di fallimento fisiologico e non fisiologico del sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche può essere fondata su alcune ragioni di ordine giuridico.

Le ragioni risalgono alla disposizione della lettera *b*), art. 4 del Protocollo addizionale agli accordi di Villa Madama secondo cui ai fini dell'applicazione degli artt. 796 e 797 del Codice di procedura civile «si dovrà tenere conto della specificità dell'ordinamento canonico»¹⁷.

Con questa norma lo Stato italiano riconosce alle sentenze dei tribunali ecclesiastici un margine di disponibilità maggiore rispetto a quello concesso alle sentenze straniere¹⁸.

malattia «trasmissibile sia alla moglie sia all'eventuale feto». Secondo la ricorrente, giusto il principio dell'inderogabile tutela della salute (della moglie, nel caso di specie) di cui all'art. 32 della Costituzione, la sentenza canonica sarebbe infatti stata non delibabile per radicale e assoluto contrasto con l'ordine pubblico interno. La Corte Suprema ha respinto il ricorso. Richiamando espressamente la distinzione tra incompatibilità assolute e relative di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 19809/2008, la Cassazione ha ricordato anzitutto che «la non menzione della procreazione tra i doveri nascenti dal matrimonio (art. 143 c.c.) non significa che, se un diverso ordinamento valorizzi questa circostanza, si verifichi un radicale contrasto con qualche principio dell'ordinamento statuale». D'altra parte, è stato ricordato come l'ordinamento italiano non preveda un opposto principio di «non procreazione» e che anche per il diritto italiano il matrimonio si configura come il «fondamento della famiglia» «finalizzato, cioè, alla formazione di quella società comprendente anche i figli, quale normale, anche se non essenziale sviluppo dell'unione coniugale (artt. 29, 30, 31 Cost.)».

Quanto alla malattia trasmissibile del marito, i giudici della Cassazione hanno ribadito che la compatibilità della sentenza ecclesiastica con l'ordine pubblico italiano «deve essere verificata con riferimento alla causa per la quale viene dichiarata la nullità del matrimonio». Rimane dunque esclusa anche l'ipotesi dell'incompatibilità relativa tutte le volte che la circostanza addotta in sede di delibazione non abbia avuto alcun rilievo causale ai fini della declaratoria di nullità matrimoniale canonica. Nel caso in esame, per esempio, il giudice canonico aveva motivato la nullità matrimoniale facendo riferimento solo alla concorde esclusione da parte dei coniugi del *bonum prolis*. La Corte Suprema ha così ritenuto di dover escludere a priori la malattia contagiosa del marito come elemento rilevante ai fini della valutazione della compatibilità della sentenza ecclesiastica con l'ordine pubblico italiano.

¹⁷ Coerentemente, lo stesso art. 4, lett. *b*), n. 3 dispone che nel corso della procedura della delibazione «si intende che in ogni caso non si procederà al riesame del merito» della sentenza canonica.

¹⁸ Infatti, come ha spiegato la stessa sentenza n. 19809/2008 della Corte Suprema «Mentre per le sentenze degli altri Stati della U.E., [...] il riconoscimento di efficacia delle sentenze in materia di invalidità del matrimonio è da negarsi in Italia per ogni contrasto con l'ordine pubblico interno, per quelle ecclesiastiche, detta incompatibilità è invece da considerare in rapporto alla «specificità» dell'ordinamento canonico». Motivo per cui i

Possiamo quindi affermare che la fisiologia del sistema della delibazione delle nullità matrimoniali canoniche si contraddistingue per il *favor* con cui il giudice dello Stato si dispone a valutarne l'efficacia civile.

Nella prima ipotesi questa fisiologia viene rispettata. Il giudice della delibazione commette un errore di valutazione quando riconosce agli effetti civili una sentenza ecclesiastica che supera la «soglia limite» dell'ordine pubblico, ma non c'è dubbio che il principio osservato sia quello del *favor*. Si può parlare, semmai, di un eccesso di favore.

Nella seconda ipotesi, al contrario, il giudice capovolge la fisiologia del sistema. Negando gli effetti civili ad una nullità canonica coerente con l'ordine pubblico interno, egli – di fatto – applica alla sentenza ecclesiastica un trattamento di sfavore o comunque di non-favore.

Le ragioni giuridiche della distinzione tra fallimenti fisiologici e non fisiologici del sistema della delibazione appaiono dunque piuttosto evidenti¹⁹.

Con queste premesse passiamo alla parte conclusiva della nostra riflessione.

giudici della Cassazione, dopo aver distinto le incompatibilità delle sentenze con l'ordine pubblico italiano in incompatibilità assolute e incompatibilità relative, hanno affermato che «tali incompatibilità, di regola, ostano all'esecuzione in Italia delle sentenze di altri ordinamenti» mentre invece «impediscono l'esecutività in Italia della sentenza "ecclesiastica" solo le incompatibilità assolute, potendosi superare quelle relative».

¹⁹ Da un altro punto di vista, non propriamente giuridico, distinguere le ipotesi fisiologiche e le ipotesi non fisiologiche di fallimento del sistema della delibazione può non essere così agevole. Per valutare la conformità o la difformità della decisione canonica all'ordine pubblico, è richiesta al giudice della delibazione, oltre alla competenza civilistica, anche una sensibilità canonistica. Con la prima il giudice fissa nello «spazio» dell'ordinamento statuale i confini giuridici dell'ordine pubblico mentre, con la seconda, calcola l'ampiezza e la natura degli effetti della decisione del giudice canonico e accerta se tali confini sono stati superati oppure no. Generalmente l'errore del giudice nel valutare la contrarietà o la non contrarietà della sentenza canonica all'ordine pubblico interno dipende da un difetto di entrambe, cioè dalla somma di due errori, uno relativo alla «soglia limite» dell'ordine pubblico matrimoniale in relazione ai principi cogenti dell'ordinamento e alla «coscienza sociale», l'altro concernente gli effetti della sentenza canonica.

I due tipi di errore, però, non si equivalgono. L'errore che ricade sulla portata della sentenza canonica è fisiologico se consideriamo la formazione civilistica (e laica) del giudice della delibazione. La stessa cosa non può dirsi per l'errore che interessa la definizione di ordine pubblico in relazione ai principi cogenti dell'ordinamento interno e alla «coscienza sociale» poiché in tal caso l'errore ricade nei suoi ambiti di competenza. In questa diversa prospettiva, quindi, si possono considerare fisiologici solo i fallimenti del sistema della delibazione che dipendono esclusivamente o principalmente da errori del primo tipo.

3) I paradossi della delibazione: l'esempio dell'infedeltà prematrimoniale nella visione "tradizionalista" del giudice civile e nella visione "progressista" del giudice canonico

Nell'ambito della delibazione delle sentenze ecclesiastiche il riferimento all'ordine pubblico del citato art. 797 c.p.c. dev'essere opportunamente specificato in termini di "ordine pubblico matrimoniale".

Si tratta di un concetto meno generico, ma sotto certi aspetti ancora più difficile e "sensibile" di quello di "ordine pubblico" per la molteplicità e l'inconciliabilità degli orientamenti ideologici che agitano la «coscienza sociale» sui temi di morale familiare/matrimoniale/sessuale.

La filosofia giuridica e dunque la fisiologia stessa del sistema della delibazione ha previsto e riconosciuto un trattamento di favore alle pronunce dei tribunali della Chiesa cattolica.

Tale filosofia/fisiologia giuridica viene contraddetta quando il giudice dello Stato nega efficacia civile ad una sentenza ecclesiastica che è conforme all'ordine pubblico interno. Mentre infatti in questo caso la sentenza ecclesiastica sembra subire un trattamento di sfavore, nel caso opposto del riconoscimento di una sentenza canonica i cui effetti superano la «soglia limite» dell'ordine pubblico si può ravvisare al massimo un "eccesso di favore".

Quando il sistema smentisce la sua stessa *ratio* e fallisce, il fallimento non può essere ricondotto e ridimensionato all'interno del margine ineliminabile di fallibilità tipico di tutti i sistemi giuridici. Il fallimento, cioè, è un fallimento non-fisiologico.

In tale ultima eventualità il procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche può dare esiti che possono anche apparire paradossali a seconda di come viene intesa la «coscienza sociale» e dell'altezza alla quale si ripositiona – in base a questa – la «soglia» dell'ordine pubblico matrimoniale.

Prendiamo, ad esempio, il diverso atteggiarsi della giustizia canonica e della giustizia civile rispetto alla fattispecie dell'infedeltà prematrimoniale.

3.1) La coerenza giuridica della giurisprudenza canonica e civile

È ormai nota l'ultima sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio n. 19809/2008. Essa è diventata un riferimento essenziale

della giurisprudenza per aver distinto le incompatibilità delle nullità matrimoniali canoniche con l'ordine pubblico italiano in assolute e relative e per aver precisato che soltanto le incompatibilità assolute impediscono di riconoscere l'efficacia civile della nullità canonica.

Nel merito, si è trattato di un caso di infedeltà prematrimoniale prima dolosamente taciuta, poi negata, dal coniuge infedele all'altro coniuge il quale aveva scoperto il tradimento solo dopo la celebrazione del matrimonio.

Pur nella diversità delle rispettive competenze e funzioni, la *questio iuris* si era presentata sostanzialmente identica al giudice canonico e al giudice civile della delibazione. Per entrambi si è trattato di valutare se l'infedeltà prematrimoniale realizzasse una fattispecie giuridicamente rilevante ai fini della validità del vincolo coniugale; per ciascun giudice, com'è ovvio, con riguardo al proprio ordinamento²⁰.

Tuttavia la considerazione ricevuta dall'infedeltà prematrimoniale nell'ordinamento canonico è stata sostanzialmente diversa da quella ottenuta nell'ordinamento civile e il ricorrente si è visto negare gli effetti civili della nullità matrimoniale conquistata nella causa canonica.

La fondatezza strettamente giuridica delle decisione canonica e della sentenza civile non è in discussione. Va anzi riconosciuta e premessa la coerenza dell'una e dell'altra con il complesso dei principi che strutturano il diritto matrimoniale nei rispettivi ordinamenti giuridici.

Il giudice canonico (il Tribunale ecclesiastico del Triveneto la cui decisione era poi stata confermata con decreto dal Tribunale ecclesiastico regionale lombardo) aveva dichiarato la nullità del vincolo coniugale ai sensi del canone 1098 del Codice di diritto canonico, cioè per dolo (o meglio, errore dolosamente indotto), poiché «chi celebra matrimonio raggirato con dolo per ottenere il consenso circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, *contrae invalidamente*».

La sentenza canonica di nullità recepiva e utilizzava la categoria dell'errore sulle qualità personali nell'accezione personalista e integrale del Concilio in cui agli aspetti identitari (anagrafico-somatici) della persona si

²⁰ Da un punto di vista propriamente giuridico-processuale le cose non stanno esattamente così. Precisiamo, allora, che il giudice civile ha dovuto valutare la compatibilità con l'ordinamento italiano dell'infedeltà prematrimoniale come causa *canonica* di nullità matrimoniale. Fatta questa precisazione, riteniamo tuttavia che essa sia sostanzialmente irrilevante nell'economia generale della nostra riflessione.

aggiungono i profili soggettivi della personalità²¹. Secondo tale concezione dell'*error in qualitate personae* e fermo restando il carattere determinante del dolo, l'infedeltà prematrimoniale, se ignorata, è stata ritenuta oggettivamente sintomatologica di una qualità personale-morale giuridicamente rilevante e incisiva sulla validità del consenso e sul vincolo coniugale.

Le valutazioni del giudice civile della delibazione (la Corte di Appello di Trieste) e poi delle Sezioni unite della Corte Suprema sono state di segno opposto e hanno respinto la nullità matrimoniale concessa dal giudice canonico.

La Cassazione si è infatti correttamente attenuta al principio della tipicità, dell'oggettività, della stabilità/permanenza dell'errore sulla persona civilisticamente rilevante ai sensi del combinato disposto degli artt. 122 e 1429 del Codice civile. La sentenza ha spiegato che «non basta accertare che l'errante non avrebbe prestato il consenso senza tale indotta rappresentazione della realtà di fatto, ma occorre, per la delibazione, che questa riguardi casi comparabili con quelli oggettivi, permanenti e tassativi» indicati dal legislatore. La Cassazione ha quindi sostenuto che le valutazioni di merito del giudice canonico «non rilevano se prima non risulta che la falsa rappresentazione della realtà ha riguardato fatti oggettivi e ha inciso sulla ignoranza di caratteristiche o connotati stabili costituenti qualità permanenti dell'altro nubendo»²². Secondo la Cassazione, all'infedeltà

²¹ L'errore dolosamente indotto è stato introdotto e disciplinato come autonomo capo di nullità al can. 1098 del Codice di Diritto canonico del 1983. Ad esso il diritto canonico assegna una generale efficacia invalidante alle seguenti condizioni: l'inganno (la *deceptio*) finalizzato a carpire il consenso matrimoniale, la qualità personale come oggetto dell'inganno e la natura non «frivola» né «banale» della stessa (cf. il can. 1098 CIC: «Chi celebra il matrimonio raggirato con dolo, ordito per ottenere il consenso, circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, contrae invalidamente»). Il §1 del can. 1097 CIC, che parla di «errore di persona» è invece riferito all'identità fisica della persona e non, secondo la concezione proposta da alcune interpretazioni estensive, all'identità della personalità. Sul punto cf. GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, in AAS 85 (1993), pp. 1258-1260, nn. 5-7; E. VITALI-S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, 3° ed., Giuffrè, Milano 2007, pp. 76-82 e 98-103 (in particolare pp. 79-82) e *ivi* bibliografia e giurisprudenza.

²² La Corte Suprema ha poi esemplificato citando due casi di errore rilevante: «solo se la condotta prematrimoniale avesse indotto in un errore su connotati stabili e permanenti del nubendo, poteva riconoscersi il rilievo di esso per l'annullamento del matrimonio anche in Italia, come è accaduto ad es. nel matrimonio con errore sulla transessualità o omosessualità dell'altro nubendo, la cui nullità canonica è stata esattamente riconosciuta

prematrimoniale non può essere attribuita alcuna rilevanza in ordine alla validità del vincolo coniugale concretizzando una condotta temporanea e occasionale e «non riguardando un fatto assimilabile a quelli oggettivi e tipici» previsti dalla legge.

3.2) Un'altra ipotesi di «coscienza sociale» matrimoniale: il paradosso gius-sociologico

La sentenza canonica e la sentenza civile presentano una loro incontestabile coerenza giuridica.

Tuttavia, come si è visto, il richiamo all'ordine pubblico interno dell'art. 797 n. 7 c.p.c. suggerisce una ulteriore prospettiva di analisi che pone la giurisprudenza a confronto con il dato gius-sociologico, cioè con l'ordine pubblico matrimoniale interpretato alla luce della «coscienza sociale».

Va ricordato naturalmente che la «coscienza sociale» non identifica l'ordine pubblico costituendone soltanto una delle tante dimensioni di significato e, da un punto di vista propriamente giuridico, non quella principale. È, tuttavia, un parametro giuridico-sociologico necessario a difendere il contatto tra l'astrazione giuridica e la realtà sociale e per mantenere la categoria giuridica dell'ordine pubblico in sintonia con l'evoluzione dei tempi.

Come si è detto, però, il metro della «coscienza sociale» rende ancora più incerto e controverso il riferimento normativo all'ordine pubblico (matrimoniale).

conforme all'ordine pubblico italiano». In relazione agli esempi del transessualismo e dell'omosessualità intesi come tratti identitari della personalità a carattere oggettivo è interessante valutare come la concezione di qualità oggettiva muti nel diritto canonico. Il problema del carattere soggettivo o oggettivo dell'errore rilevante in diritto canonico e della sua evoluzione storica è stato affrontato da M. VENTURA, *Errore e dolo. Oggettività e soggettività nell'evoluzione del diritto matrimoniale canonico*, in *Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana*, Atti del Congresso Nazionale, a cura di R. Coppola, Università di Bari, Bari 2003, pp. 187-197. Qui l'Autore sottolinea come il diritto canonico attuale, successivo al Codice di Diritto canonico del 1983, abbia superato la concezione graziana dell'errore «oggettivo perché invalidante solo quando il suo oggetto è misurabile, determinabile [...], indipendente dal gioco di specchi della volontà, delle aspettative e delle percezioni (p. 190)» per valorizzare l'elemento soggettivo «suggerendo soluzioni meno certe, ma più in sintonia con col bisogno di flessibilità espresso dall'odierna società ecclesiale».

D'altra parte, nel caso in commento dell'infedeltà prematrimoniale si tratta di una prospettiva che la stessa Cassazione ha dimostrato di considerare strumentale e complementare a quella puramente giuridica.

La Cassazione ha infatti voluto evidenziare come la propria decisione abbia tenuto conto della sensibilità culturale contemporanea stabilendo che sono riconoscibili in Italia le nullità matrimoniali canoniche «fondate su errori riguardanti fatti oggettivi, anche diversi da quelli di cui all'art. 122 c.c., purchè incidenti su connotati o "qualità" ritenute significative *in base ai valori usuali e secondo la coscienza sociale comune*»²³.

Ma esiste una comune «coscienza sociale» matrimoniale? E dove si colloca rispetto al pre-matrimonio e alla fattispecie dell'infedeltà prematrimoniale in particolare?

In effetti, la stessa vicenda processuale in esame sembra dimostrare l'impossibilità di riferirsi ad una concezione della relazione a carattere affettivo coniugale e pre-coniugale socialmente condivisa. Bisogna sapere, infatti, che la Sezione civile, alla quale la causa era stata funzionalmente assegnata, aveva riscontrato la divergenza dei precedenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità. La causa era stata quindi rimessa al Primo Presidente per questo motivo, e dallo stesso successivamente assegnata alle Sezioni unite per il medesimo motivo²⁴.

La discordanza degli indirizzi giurisprudenziali prova il coesistere di diverse "coscienze sociali" o, semmai, di diverse percezioni di un'unica coscienza sociale. Si tratta evidentemente di un'alternativa priva di riflessi sul piano pratico, cioè sia ai fini della determinazione della «soglia» dell'ordine pubblico matrimoniale, sia, di conseguenza, agli effetti del riconoscimento della nullità matrimoniale canonica. Tanto nell'uno come nell'altro caso, infatti, la decisione viene influenzata dalla «coscienza sociale» che il giudice "applica" al caso concreto.

L'analisi strettamente giuridica e processuale non è, dunque, l'unica possibile. Su questo piano, la correttezza della sentenza del giudice della delibazione dipende dalla rispondenza della stessa alle norme, tra cui anche la norma sulla non contrarietà della sentenza ecclesiastica all'ordine

²³ Cf. anche Cass., 16 novembre 2005, n. 23073, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 278. Nostro il corsivo.

²⁴ Ai sensi del combinato disposto dell'art. 376 c.p.c. (sull'assegnazione dei ricorsi alle sezioni) e dell'art. 374, comma 2 c.p.c.: «[...] il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima della particolare importanza».

pubblico matrimoniale qui inteso nel suo senso giuridico più stretto e compiuto²⁵.

Se invece ci poniamo sul piano dell'ordine pubblico gius-sociologico della «coscienza sociale», la coerenza della decisione può facilmente essere rimessa in discussione quando ci si affida ad una concezione di «coscienza sociale» piuttosto che ad un'altra.

Questa prospettiva può mostrare la vulnerabilità del sistema della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e può far ipotizzare alcune incongruenze della giurisprudenza su questi temi.

A tal proposito il caso dell'infedeltà prematrimoniale è emblematico.

Il modello di «coscienza sociale» utilizzato dai giudici della delibazione per definire la «soglia» insuperabile dell'ordine pubblico matrimoniale presuppone e conferma implicitamente, attraverso un riferimento alle «istanze etiche» del diritto canonico, la visione tipica delle diverse appartenenze «ideologiche» in materia: «tradizionalista» quella della giustizia canonica, «progressista» quella della giustizia civile²⁶.

I giudici della Corte Suprema hanno infatti dichiarato l'incompatibilità assoluta dell'infedeltà prematrimoniale come causa di nullità con l'ordine pubblico italiano per l'irrilevanza delle «istanze etiche che sottostanno al matrimonio religioso e alla specificità del diritto canonico», «in attuazione» delle quali è invece «certa» la rilevanza dell'infedeltà prematrimoniale nell'ordinamento della Chiesa cattolica.

Ma se prendiamo la nozione di «coscienza sociale» di cui si sono av-

²⁵ Come ha affermato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 18 del 2 febbraio 1982 (parzialmente preceduta dalla sentenza n. 30 del 24 febbraio 1971) il principale parametro di ordine pubblico è, naturalmente, di carattere squisitamente giuridico: è costituito dai principi supremi dell'ordinamento giuridico desumibili dagli artt. 2, 3, 7, 24, 25, 29, 31, 101, e 102 della Costituzione e dalle «leggi poste a base degli istituti giuridici», tra cui ovviamente gli istituti giuridici in ambito matrimoniale.

²⁶ Nella prospettiva assunta ci è sembrato più corretto parlare di giudice «tradizionalista» e di giudice «progressista» anziché di giudice «cattolico» o «laico». D'altra parte è stato osservato che negli anni si è verificata «una crescente divaricazione tra esperienza giuridica statutale e insegnamento della Chiesa» e come «questa divaricazione non appare riconducibile, se non al costo di un'indebita forzatura ideologica, alla pretesa contrapposizione tra un modello «laico» e un modello «cattolico», ma rappresenta piuttosto il riflesso di una tensione dialettica fra diverse concezioni dei diritti, egualmente argomentate su un piano «laico» e razionale, che nell'età contemporanea tende a investire ormai tutti i principali temi eticamente sensibili», cf. V. MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Giuffrè, Milano 2005, p. 159.

valsi i giudici della Cassazione e la sostituiamo con una diversa, ma altrettanto accreditata, si può arrivare al paradosso di capovolgere i ruoli tradizionali, con il giudice dello Stato nella veste del giudice “tradizionalista” e il giudice della Chiesa cattolica in quella del giudice “progressista”. Vediamo perché.

Alcuni esponenti delle discipline giuridiche e sociali osservano da tempo come la nostra società valorizzi (per alcuni fin troppo) la dimensione privata della relazione tra l'uomo e la donna, attribuendole un rilievo quasi esclusivo a discapito dei profili formali e pubblicistici²⁷.

Nella «coscienza sociale», la relazione tra un uomo e una donna diventa così un *continuum* affettivo-relazionale rispetto al quale il matrimonio e quindi la costituzione di un vincolo coniugale a carattere giuridico non rappresenta né offre alcun valore aggiunto²⁸. Concettualmente, la coppia coniugale è sempre più isolata/indipendente dal contesto giuridico in cui si forma e vive. Secondo la «coscienza sociale» la costituzione, i mutamenti, la crisi, l'autonomia e l'esistenza stessa di una coppia dipendono sempre meno da ciò che il diritto può riconoscere, concedere o negare, affermandosi invece come realtà che precedono la legge e che dalla legge attendono di essere formalizzate²⁹. È una visione in cui la di-

²⁷ *Ex plurimis*, cf. ancora V. MARANO, *op. cit.*. Sviluppati in un'ottica propriamente sociologica, gli stessi temi, rilievi e riscontri si trovano ampiamente anche in M. BARBAGLI-C. SARACENO (a cura di), *Lo stato delle famiglie in Italia*, Il Mulino, Bologna 1997.

²⁸ Carlo Cardia ha giustamente osservato come il fenomeno delle famiglie di fatto, ad esempio, ponga in discussione direttamente «il principio e il valore della formalizzazione del vincolo coniugale e del matrimonio come suo atto fondativo». Tuttavia, come sottolinea l'Autore, si tratta di una considerazione che vale in ugual misura anche per le convivenze successivamente destinate a ufficializzarsi: «Si può aggiungere che la famiglia di fatto è per sua natura suscettibile di divenire, in qualsiasi momento ed in modo repentino, famiglia legittima, poiché solo l'assenza della celebrazione del matrimonio (cioè di un atto formale, sia pure a certi effetti decisivo) la distingue dalla seconda, mentre la sostanza affettiva, comportamentale, sociale, delle relazioni coniugali e familiari vi sono presenti pienamente», cf. C. CARDIA, *Matrimonio, famiglia, vita privata. Spunti di analisi ricostruttiva*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, 1, p. 34. A nostro avviso, la sostanza di tali considerazioni è estendibile, oggi, a quasi tutte le relazioni pre-coniugali, che soprattutto sotto gli aspetti affettivo/erotico/comportamentale sempre più si atteggiano a relazioni coniugali. Ciò anche a prescindere da una effettiva convivenza, che tuttavia spesso si realizza comunque per periodi più o meno limitati nel tempo.

²⁹ A tal proposito, non a caso BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007, in *AAS* 99 (2007), p. 88, ha contestato l'idea generale del diritto come «formalizzazione delle pretese soggettive».

mensione duale e introflessa della coppia prevale nettamente sulla sua proiezione e sulla sua responsabilizzazione verso l'esterno.

La «coscienza sociale» contemporanea sembra dunque avere superato una relazione che il diritto continua a spezzare in una fase pre-matrimoniale e in una fase matrimoniale.

In questa prospettiva, l'infedeltà, molto prima di costituire la violazione di un dovere giuridico (coniugale) rappresenta il tradimento di un patto relazionale, cioè un disvalore che riceve dalla società un uguale giudizio di riprovevolezza sociale ed etica nel periodo coniugale e nel periodo pre-coniugale.

Non c'è dubbio, allora, che rispetto a questa differente visione della sensibilità contemporanea in materia, la sentenza canonica si avvicini all'attuale «coscienza sociale» più della sentenza civile, mostrandosi addirittura più aggiornata di quest'ultima.

Mentre infatti nel caso specifico della condotta infedele la giustizia civile sembra attenersi rigidamente ad uno schema in cui la relazione o è coniugale o non è e il pre-matrimonio è irrilevante, per la giustizia canonica il pre-matrimonio può avere una rilevanza giuridica che ricade sul momento consensuale e che si estende alla relazione coniugale fino a determinarne la nullità.

Il paradosso consiste nel fatto che la «coscienza sociale» è un parametro socio-giuridico del diritto civile, e non lo è, invece, del diritto canonico che, anzi, si pretenderebbe ancorato a principi di antropologia cristiana impermeabili ai mutamenti delle dinamiche relazionali.

Vista dunque l'importanza che la giurisprudenza civile stessa riconosce alla «coscienza sociale» nella costruzione della categoria dell'ordine pubblico, c'era da aspettarsi che il giudice della delibazione tenesse conto degli orientamenti culturali e sociali che hanno rivoluzionato il mondo delle relazioni a carattere affettivo.

Si immaginava, invece, che il diritto matrimoniale canonico e i suoi valori antropologico-teologico-giuridici fondativi dovessero allontanare fatalmente la sentenza ecclesiastica dalla «coscienza sociale».

Al contrario, questo succede soltanto rispetto ad alcuni modelli di «coscienza sociale» matrimoniale e quando cambia il modello di riferimento può accadere, come nel caso in esame, che la giustizia ecclesiastica risulti più attuale di quella civile.

Il paradosso inevitabilmente coinvolge entrambe le decisioni e scopre alcune loro incoerenze e contraddizioni.

Le perplessità relative alla nullità canonica sono più di tipo logico che

di natura giuridica in senso stretto e chiaramente riconducibili al conflitto tra l'«ideale dell'indissolubilità» e la «pratica della nullità»³⁰.

Se, da un lato, la giurisprudenza canonica dimostra tutta la dinamicità dell'ordinamento della Chiesa cattolica avvicinandosi – di fatto – alla «coscienza sociale» contemporanea, dall'altro, invece, essa avvalora in sede giuridica una mentalità (prima che una prassi) che il Magistero cattolico stigmatizza severamente. Di fatto, cioè, è stato consentito che una condotta illecita risalente al periodo pre-coniugale travolgesse la validità e gli effetti del vincolo sacramentale.

Da un punto di vista logico, infatti, non è facile spiegarsi come si possa attribuire all'infedeltà pre-matrimoniale un'efficacia invalidante che per il Magistero pontificio pre e post-codicile e per la stessa giurisprudenza rotale è dubbia perfino nel caso di una infedeltà realizzata all'interno del matrimonio³¹.

Quanto alla sentenza della Cassazione, il confronto con lo schema di «coscienza sociale» proposto ne mette a nudo la contraddizione gius-sociologica. Da un lato essa afferma l'importanza della «coscienza sociale» nella costruzione giuridica della nozione di ordine pubblico, e dall'altro nega efficacia civile ad una sentenza canonica che appare perfettamente rispondente all'attuale sensibilità e alle attuali esigenze relazionali.

Se guardiamo alla realtà delle relazioni a carattere erotico-affettivo uomo-donna del mondo contemporaneo occidentale, la decisione non appare soltanto dissonante con l'attuale «coscienza sociale», ma sembra addirittura contrapporsi ad essa.

³⁰ Cf. M. VENTURA, *Sullo squilibrio tra ideali e pratiche nel diritto matrimoniale canonico di fine millennio*, in *El matrimonio y sua expresión canónica ante el III milenio*, X Congreso Internacional de Derecho canónico, Euns, Pamplona 2000, pp. 821-831. Segnaliamo in particolare i due passaggi che rappresentano la chiave della riflessione dell'Autore. Il primo (p. 823) riguarda la contrapposizione sull'ideale dell'indissolubilità e la pratica della nullità: «È indubbio che la prima sensibile reazione del diritto canonico alla crescente patologia matrimoniale consiste nel ricorso sistematico a procedure di nullità prima riservate a casi eccezionali [...]». Coerentemente, il secondo passaggio (p. 830) svela la «*sotterranea mobilità*» del diritto matrimoniale canonico davanti al momento patologico della relazione coniugale (cioè la sua crisi e rottura) a fronte di una sua pretesa e dichiarata staticità «intesa come fermezza, come non cedimento alla mode culturali, alla mentalità secolare, alla corruzione etica».

³¹ Per esempio, nell'allocuzione alla Rota del 1982 il Pontefice ammetteva che «senza dubbio il problema della fedeltà costituisce spesso la croce degli sposi», ma affermava che «sarebbe inconcepibile che il consenso in quanto tale fosse respinto per sopravvenuta mancanza di fedeltà», cf. GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 28 gennaio 1982, in *AAS* 74 (1982), p. 452, n. 7.

Nella pronuncia della Corte di Cassazione n. 19809/2008, infatti, i giudici sembrano confondere la libertà sessuale pre-matrimoniale del singolo individuo, tipica della società occidentale contemporanea, con l'infedeltà pre-matrimoniale della persona nella coppia, come se dal punto di vista relazionale e affettivo la «coscienza sociale» del nostro tempo ammettesse ancora una distinzione così netta tra la fase pre-matrimoniale del rapporto e quella post-matrimoniale³².

Qui, dunque, la Cassazione prende le distanze da una «coscienza sociale» che appare sempre meno rassegnata di fronte ai condizionamenti e alle regole con cui il diritto tenta di ristabilire il proprio ordine nelle relazioni socio-affettive.

La Corte Suprema sembra dunque esprimere una concezione del rapporto uomo-donna che era in via di superamento già nella prima metà del secolo trascorso e che la «coscienza sociale» contemporanea dimostra di avere definitivamente abbandonato.

³² Dice infatti la sentenza: «la menzogna [del coniuge infedele, *n.d.a.*] ha dato luogo ad un errore riguardante una condotta temporanea di infedeltà prematrimoniale dell'altro nubendo, nel rapporto di fatto precedente all'atto di matrimonio, quale la regola è quella della libertà e non è previsto alcun obbligo di fedeltà».

VITTORIO PARLATO

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA LAICITÀ DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO

SOMMARIO. 1. Una laicità ai confini del laicismo. – 2. San Marino e la Santa Sede. – 3. L'Accordo del 1992 con la Santa Sede: le finalità. – 3.1. I contenuti normativi.

1. Una laicità ai confini del laicismo.

Possiamo ritenere che Stato ad indirizzo politico laico sia quello che non faccia una scelta di fondo religiosa o anti-religiosa¹, che non si faccia portatore di una propria concezione metafisica, né implichi alcuna affermazione negatrice di una verità rivelata, né alcuna opposizione ai valori spirituali e alle confessioni religiose in genere, ma, proprio prescindendo da una valutazione positiva o negativa della religione, farà propri quei valori religiosi di cui i cittadini si fanno portatori, nella misura in cui saranno recepiti dalla comunità nazionale e dai suoi organi di governo².

Siamo di fronte ad uno Stato che si presenta come autonomo da qualsiasi sistema oggettivo ed assoluto di norme religiose ed etiche di derivazione esterna rispetto all'ambito statale stesso³. La qualifica della laicità non può impedire l'esistenza di valori religiosi nell'ordinamento in difesa e garanzia (spesso maggioritaria) dei suoi componenti.

Gli ordinamenti laici possono essere diversi, in concreto, tra di loro a seconda che si indirizzino o verso l'una o verso l'altra situazione-limite (confessionismo, laicismo), ma il dato qualificante sarà la non predeterminazione ideologica, confessionista o laicista dell'ordinamento stesso.

¹ Stato che secondo la dottrina tedesca si può meglio qualificare come Stato con indirizzo politico neutro.

² Rinvio a V. PARLATO, *Legislazione statuale in materia religiosa e normativa pattizia*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1983, I, p. 592 s.; e V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche: i contenuti*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 1996, p. 162-163.

³ L. GUERZONI, *Note preliminari per lo studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico*, in *Archivio giuridico*, 1967, p. 79 s.

Si avrà così una legislazione più o meno corrispondente all'etica religiosa, alla tutela dei comportamenti religiosamente motivati, non come richieste di una confessione religiosa o impegni concordatari, ma come scelte politiche, determinate da un libero convincimento e confronto di idee. Oggi l'attività statale, non più limitata a garantire condizioni normali d'ordine pubblico, indispensabili allo svolgersi spontaneo delle autonomie e libertà dei privati, si rivolge ad ogni aspetto della vita civile e determina una necessaria combinazione di due realtà, da un lato la laicità, o meglio la neutralità dello Stato, dall'altro la difesa che esso Stato deve accordare ad istituti e valori sociali, informati a principî religiosi; combinazione che viene auspicata con l'avvento di una società laica nella struttura giuridica, ma dove tutti portino in sé un alto afflato religioso.

Lo Stato non dovrà imporre ai cittadini l'osservanza di norme rispecchianti principî etico-religiosi se non nella misura in cui essi sono accettati e posti come principî di etica civile, come scelte consapevoli e libere da parte di chi esercita la funzione legislativa; ma non dovrà neppure, in nome di un astratto principio di aconfessionalità o laicità, che in questo caso sarebbe vero laicismo, considerare meritevoli di una doverosa modifica quelle leggi che hanno fondamento in un costume o in una morale più religiosa che civile, quasi fosse oggettivo progresso, non dico la liberazione dell'ordinamento dai condizionamenti religiosi, ma l'allontanamento della normativa statale dai precetti etico-religiosi.

Non c'è dubbio che lo Stato moderno si orienti verso una legislazione *laica*, nel senso che la normativa non sarà improntata alla morale della religione fatta propria, che porrà su di un medesimo piano di valenza ogni credo religioso, ogni opzione fideistica e non fideistica e che, pertanto, verranno meno tutte quelle norme proprie di uno Stato confessionista e giurisdizionalista, volte da un lato, a proteggere la religione dai dissidenti interni ed esterni, dall'altro a difendere lo Stato stesso, e la sua sovranità, dalla giurisdizione ecclesiastica; una legislazione, in sintesi, che da un lato escluderà ingerenze delle autorità politiche nella vita interna, organizzazione ed azione pastorale delle confessioni religiose, e, dall'altro non darà rilevanza nell'ordinamento civile alle attività religiose, in quanto tali, se non come manifestazioni individuali e collettive dell'esercizio della libertà religiosa.

Questa legislazione, in riferimento al primo aspetto, si configura nell'attribuzione di garanzie di spazi di libertà; in relazione alla seconda prospettiva si traduce in impegni più o meno specifici, da parte dello Stato-apparato, di apprestare i mezzi che possano facilitare il soddisfacimento delle esigenze religiose delle singole confessioni.

Si può qualificare Stato ad indirizzo politico laicista, invece, quello Stato che si farà portatore, nel suo ordinamento, di una propria etica anti-religiosa o solo areligiosa. Ne consegue che negli ordinamenti di tali Stati – si propongano o no il pieno affrancamento dei cittadini da ogni sorta di legame fideistico alienante – la normativa cercherà di ridurre il fattore religioso ad un fatto meramente privato, di non dare rilievo alla fede professata anche dalla maggioranza della popolazione, ma anzi di prevedere norme che pongano limiti all'attività religiosa di qualunque credo.

* * *

Nella Repubblica di San Marino, all'articolo 6, I comma, della *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'Ordinamento sammarinese*, approvata con legge 8 luglio 1974, n. 59, e successive modifiche, si garantisce la libertà di manifestazione del pensiero, di coscienza e di culto⁴.

Partendo da questo principio costituzionale si può affermare che San Marino è certamente uno Stato laico, anche se si sono notate alcune punte di laicismo, specie nella legge di riforma del diritto di famiglia del 1986⁵, con la voluta ignoranza dell'organizzazione ecclesiastica cattolica, religione della quasi totalità degli abitanti, a scapito della certezza del diritto, o anche con applicazione del diritto comune alle organizzazioni confessionali, non qualificabili come enti ecclesiastici, con controlli sulle loro attività e sui loro esponenti, ed infine con altre disposizioni restrittive che meglio verranno evidenziate nell'esame dell'Accordo con la Santa Sede, del 1992.

Il principio base che ha ispirato in questi ultimi tempi, ed ancor oggi, la regolamentazione del fenomeno religioso nella Repubblica è stato quello della netta separazione ideologica ed anche giuridica tra l'ordinamento sammarinese e le confessioni religiose.

La volontà di non dare rilevanza particolare alla Chiesa cattolica ed ai

⁴ “La Repubblica riconosce a tutti le libertà civili e politiche. In particolare, sono garantite le libertà della persona, del domicilio, di dimora e di espatrio, di riunione e di associazione di manifestazione del pensiero, di coscienza e di culto[...] La legge potrà limitare l'esercizio di tali diritti solo in casi eccezionali per gravi motivi di ordine pubblico e interesse pubblico”. Sul valore di questa Dichiarazione e sui principî e garanzie da sempre considerati come imprescindibili cfr. G. GUIDI, *Le fonti scritte nella Repubblica di San Marino*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 19 s.

⁵ Legge 26 aprile 1986, n. 49, *Riforma del diritto di famiglia*; entrata in vigore il 1° luglio 1986. Sulla disciplina matrimoniale che ne deriva rinvio a V. PARLATO, *Il matrimonio nel diritto di famiglia sammarinese*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1996, I, 467-488.

sui istituti traspare, come accennato, dalla legge di riforma del diritto di famiglia; il combinato disposto degli articoli 3⁶ e 21⁷ di questa prevede che gli effetti civili del matrimonio nascono anche da una celebrazione religiosa di **qualsiasi** culto. Si può ritenere che, ai sensi delle citate disposizioni, l'ordinamento sammarinese accetti in linea di massima il principio della pluralità delle forme di celebrazione del matrimonio, ma gli elementi essenziali della forma vengono regolati per tutti, e per tutte le forme di celebrazione, dalla legge⁸. L'aver previsto la trascrizione per i matrimoni celebrati con qualsiasi rito ha aperto il problema della necessità di individuare, o meno, il ministro di culto abilitato a celebrare matrimoni trascrivibili nei registri dello Stato civile. Nella prassi la normativa è stata integrata dalla realtà basata sulla consuetudine, così si è ritenuto che i parroci cattolici siano i celebranti dei matrimoni canonici⁹, mentre sarebbe difficile l'individuazione di altri soggetti abilitati per gli altri culti se, anche in questo caso, non ci si riferisse ad una norma consuetudinaria che riteneva ministri di culto, con facoltà di celebrare siffatti

⁶ L'art. 3 afferma infatti che "gli effetti civili del matrimonio conseguono al matrimonio religioso, contratto con qualsiasi rito e celebrato nell'osservanza delle leggi dello Stato.

La trascrizione dell'avvenuto matrimonio deve essere richiesta da entrambi i coniugi, mediante apposito modulo, presentato presso l'ufficio di Stato Civile da almeno uno dei coniugi o da persona dagli stessi espressamente delegata entro il terzo giorno non festivo dalla data di celebrazione del matrimonio.

Gli effetti civili decorrono dal giorno della celebrazione del matrimonio".

⁷ L'art. 21 della predetta legge nel disciplinare le forme della celebrazione parla genericamente di celebrante quando si riferisce sia alla forma civile che religiosa.

⁸ La legge nel riconoscere gli effetti civili al matrimonio religioso, contratto con qualsiasi rito e celebrato nell'osservanza delle leggi dello Stato, non fa alcun cenno all'esistenza o meno dell'istituto matrimoniale nelle confessioni religiose.

Stando alla lettura della legge si dovrebbe ritenere che l'ordinamento sammarinese non prende in considerazione il matrimonio nato in un ordinamento confessionale – quando questo si realizzi, come ad es. per il matrimonio cattolico, ortodosso, come anche per quello ebraico e islamico – bensì solamente la forma di celebrazione che avviene secondo le disposizioni liturgiche proprie di ciascun rito o culto.

⁹ Scrive S. Di GRAZIA, *I rapporti tra matrimonio religioso e matrimonio civile nel diritto sammarinese*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1988, p. 97, "Nonostante l'introduzione del matrimonio civile con la legge n. 37 del 1953 il matrimonio cattolico è stato sempre, ed è tuttora, il matrimonio dei sammarinesi, ovvero il matrimonio scelto dalla quasi totalità del popolo. Per contro il diritto sammarinese non prevedeva la possibilità di contrarre il matrimonio religioso acattolico con effetti civili. Tuttavia, secondo la consuetudine, era accordata alla Reggenza la facoltà di autorizzare caso per caso, la celebrazione di siffatti matrimoni".

matrimoni, quelli designati, con speciale autorizzazione, da parte della Reggenza¹⁰.

Di fatto, oltre a matrimoni celebrati con rito cattolico si hanno matrimoni celebrati con rito della Confessione Testimoni di Geova, che celebra matrimoni nelle proprie sedi con propri ministri di culto i cui nominativi sono stati comunicati, a mezzo lettera, al Segretario di Stato agli Affari Interni e all'Ufficiale di Stato civile¹¹.

Il matrimonio celebrato in forma religiosa diviene civilmente rilevante tramite la trascrizione. La domanda di trascrizione deve essere presentata sempre a norma dell'art. 3, II comma, della legge di *Riforma del diritto di famiglia*, da almeno uno dei coniugi o da persona da essi espressamente delegata, che nella prassi, almeno per i matrimoni cattolici, è il parroco del luogo dove è stato celebrato il matrimonio.

Se l'antica e tradizionale presenza del cattolicesimo nella vita e nella storia di quello Stato¹² ha fatto sì che la normativa dovesse tener presente questa realtà, diverso è l'approccio nei confronti degli altri credo, peraltro numericamente quasi irrilevanti, così le confessioni acattoliche non possono essere riconosciute come enti ecclesiastici, ma solo come associazioni regolate dal diritto comune. Attualmente le uniche confessioni riconosciute come associazioni sono: l'*Associazione Cooperativa Studenti Biblici*, espressione della confessione Testimoni di Geova¹³, riconosciuta con Decreto del Commissario della Legge del 22 febbraio 1983 e la *Comunità Bahai*¹⁴, riconosciuta da un Decreto del Commissario della Legge del 20 maggio 1993.

¹⁰ Cfr. S. DI GRAZIA, *I rapporti cit.*, p. 101.

¹¹ Si legge nella lettera che l'Associazione comunica i nominativi dei due rappresentanti quali ministri di culto preposti alla celebrazione di matrimoni religiosi secondo il rito dei Testimoni di Geova e valido agli effetti civili.

¹² Per una bibliografia si segnala: ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, *La tutela del minore nel nuovo diritto di famiglia, Osservazioni di diritto comparato*, San Marino, 1989.

¹³ All'art. 2 dello Statuto si legge: "La associazione Cooperativa Studenti Biblici che si ispira all'Organizzazione mondiale dei Testimoni di Geova, impegnata a predicare su tutta la terra il Vangelo del Regno di Dio, retto da Gesù Cristo, si propone[...]". Sui Testimoni di Geova cfr. A. G. CHIZZONITI, *I Testimoni di Geova: da Chiesa congregazionalista a organizzazione teocratica*, in *Normativa e organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, a cura di V. PARLATO e G. B. VARNIER, Torino, Giappichelli, 1992, p. 249 s.

¹⁴ Il credo di questa religione (più correttamente denominata Bahá'í) è basato su di un sincretismo religioso, un filantropismo e pacifismo universale. Sui Bahá'í cfr. *L'assemblea nazionale dei Bahá'í d'Italia*, in *Normativa cit.*, p. 313 s.

2. San Marino e la Santa Sede.

Tra i due soggetti esistono le normali relazioni diplomatiche con un ambasciatore presso la Santa Sede ed un nunzio presso la Repubblica.

Prima dell'Accordo del 1992 la Repubblica del Titano era ancora gelosa della propria sovranità e memore dei difficili rapporti con la Santa Sede, che aveva esercitato la sovranità temporale su un vasto territorio entro il quale San Marino era un'*enclave*¹⁵; i rapporti tra i due soggetti non erano stati facili, anche per le ideologie laiciste fortemente presenti nel territorio italiano confinante.

Sul piano giuridico, ad esempio, la sentenza del 14 novembre 1990, n. 264/90¹⁶ con cui si delibera una dichiarazione giudiziaria di nullità di un matrimonio canonico, è importante perché richiama una Decisione

¹⁵ Per San Marino si può applicare la concezione di Bartolo da Sassoferrato secondo cui esisteva una vasta gamma di *iurisdictiones*: c'era *iurisdiction* limitata esercitata dalla autorità comunale sammarinese e una *iurisdiction maxima* esercitata dal Romano Pontefice. Anche in questo caso si può dire che entro l'ambito di ciascuna di esse, e relativamente ai bisogni di ognuna, questa *iurisdiction* è piena, e trova in se medesima la sua realizzazione. Parlare di una Repubblica indipendente già nel Medio Evo non può che significare l'antichità di una *iurisdiction*, tipica di altri comuni, riconosciuta da papi e imperatori.

Scrive Buscarini che, nel 1740, a chiusura delle controversie in merito al rapporto di soggezione di San Marino nei confronti della Santa Sede, si riconosce alla Santa Sede stessa la condizione di Protettrice su San Marino e nello stesso periodo si cercherà di dimostrare che San Marino non è un feudo imperiale e non fa parte quindi del Regno Italico. Cfr. C. BUSCARINI, *Dal Comune allo stato: note sulla formazione della soggettività internazionale di S. Marino*, in *Storia e Ordinamento*, San Marino, 1983, p. 87-88. Un primo riconoscimento della sovranità avvenne da parte di Napoleone Buonaparte, che durante la campagna d'Italia riconobbe alla Repubblica una soggettività e capacità di porre atti di diritto internazionale (C. BUSCARINI, *Dal Comune allo stato* cit., p. 69: trattati tra la Repubblica di San Marino e la Repubblica Romana del 1798, tra la Repubblica di San Marino e la Repubblica Cisalpina sempre 1798 e tra la Repubblica di San Marino e la Repubblica italiana di 1802). "Unica tra le città del nostro Rinascimento medievale, San Marino conservò sostanzialmente intatti gli ordinamenti tipici dell'autonomia comunale [...] i componenti della piccola città del Titano [...] ebbero la ventura e il merito di conservare [...] una costante, effettiva indipendenza" di fatto (*Relazione della commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese*, a cura di G. ASTUTI, Roma, Tip. ed. Cavour, 1972, p. 9).

Anche in questo caso siamo in presenza di uno Stato che diviene sovrano in senso moderno dopo il Congresso di Vienna che sanzionerà la fine delle *iurisdictiones* elaborate dal Bartolo da Sassoferrato a favore del principio di sovranità esclusiva in un dato territorio.

¹⁶ In *Giurisprudenza sammarinese dal 1981 al 1990*, a cura dell'ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, Rimini, 1993., p. 1655 s.

del Consiglio dei XII, del 3 gennaio 1900, dove si rileva che “*le decisioni in materia civile pronunciate da una Autorità Giudiziaria di un Paese o di un ordinamento straniero, con il quale non sono state stipulate particolari convenzioni per antica pronuncia possono ottenere esecutorietà escludendo qualsiasi riesame nel merito*”, ma valutando solo i requisiti formali di legittimità, di autenticità, e del rispetto dei principî dell’ordine pubblico interno; e continua affermando che la “*giustificazione di ciò sta nei vincoli di solidarietà che, sul piano della giurisdizione, uniscono gli Stati e gli Ordinamenti appartenenti alla comunità internazionale*”. Di qui un riconoscimento dell’Ordinamento canonico come ordinamento primario, esterno a quello sammarinese con il quale non c’è alcuna convenzione, (siamo nel 1900, due anni prima della stipula dell’Accordo) in quanto ordinamento appartenente alla comunità internazionale di cui sia San Marino sia la Santa Sede sono membri.

3. L’Accordo del 1992 con la Santa Sede: le finalità.

Il 2 aprile 1992 si addivenne alla stipula dell’Accordo tra San Marino e Santa Sede, *Conventio inter Apostolicam Sedem et Rem Publicam Sancti Marini*, ratificato dal Consiglio Grande e Generale con Decreto del 30 giugno 1992, n. 47¹⁷.

Nel Preambolo dell’Accordo si legge: “Desiderando la Chiesa cattolica e lo Stato, nel reciproco rispetto della indipendenza e sovranità che ciascuno di essi ha nel proprio ordine, perseguire la leale e proficua collaborazione nelle materie di comune interesse e specialmente in quelle concernenti i valori fondamentali della persona umana, per il bene dell’uomo e della società di San Marino hanno stipulato il presente Accordo”.

Su questa premessa iniziale si possono fare queste considerazioni.

a) Sul significato di *ordine* – parola presente anche nell’art. 7, I comma, della Costituzione italiana – secondo molti si deve far riferimento alla teoria canonistica della distinzione delle sue *societates* (*Ecclesia et Status*) basata sulle finalità che perseguono; finalità spirituale l’una, finalità temporale l’altro, l’una la salvezza eterna delle anime, l’altro il bene comune terreno: da ciò *ordine* spirituale, proprio della Chiesa, e *ordine*

¹⁷ Il testo è reperibile in www.libertas.sm/diocesi/San_Marino_Vaticano/rs e in A.A.S. 1993, p. 324-334.

temporale, proprio dello Stato. Altri ritengono¹⁸, invece, che *ordine* voglia dire ordinamento e tutto ciò che attiene ai compiti di ciascuno in modo tale però che la competenza della Chiesa, e delle confessioni in genere, non intacchi quanto riguarda i compiti dello Stato, il che è ricavabile da un esame complessivo di tutte quelle norme e principî che concretamente realizzano la sovranità dello Stato, precisandone funzioni, limiti e poteri.

b) Il richiamo all'auspicata leale e proficua collaborazione; esso sembra manifestare lo spirito che ha animato le parti contraenti e rappresentare la premessa di carattere generale delle norme che indicano la linea pratica di condotta nello svolgimento dei rapporti Stato-Chiesa nella Repubblica di San Marino e fornire, così, una chiave di lettura delle successive disposizioni normative. L'anzidetta proposizione si presenta come un patto operativo fra due parti che asseriscono di avere in comune una funzione da svolgere. I due ordini, in linea di principio reciprocamente autonomi e indipendenti, in concreto si intersecherebbero per raggiungere finalità comuni: la promozione dell'uomo e il bene del Paese.

Si deve ritenere che la collaborazione abbia per oggetto un fine ampio e non predeterminabile (promozione dell'uomo e della società di San Marino); si potrebbe legittimamente pensare che le parti si siano ispirate ad una visione unitaria dei due ordini, tesi questa però contraddittoria o quanto meno non consona con la distinzione o la separazione degli stessi derivante dal principio della reciproca indipendenza e sovranità, per i quali la norma richiede un impegno di rispetto. Sarà compito dell'interprete far coincidere il principio della distinzione degli ordini con quello della collaborazione tra gli stessi; principi entrambi solennemente affermati.

Il richiamo alla collaborazione potrebbe indicare il principio guida tanto nella interpretazione del testo concordatario, quanto nello sviluppo dei rapporti fra Stato e Chiesa: collaborazione rispettosa della reciproca indipendenza che si sviluppa in materie socialmente rilevanti, anche se non rientrano nell'ambito della disciplina bilaterale convenuta, sino a caratterizzare non solo l'intero contesto dei rapporti fra istituzioni statali ed ecclesiastiche, ma lo stesso intreccio fra società civile e società religiosa.

¹⁸ G. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, Milano, 1974, p. 16 e 54; V. PARLATO, *Legislazione statuale in materia religiosa* cit., p. 599 s.; S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Digesto* 4^a ed., Torino, 1993, n. 5 e n. 18 in particolare.

Sembra opportuno rilevare che il richiamo alla cooperazione per la promozione del bene comune, di cui nel Preambolo, ha la sua ragion d'essere nella giustificazione della regolamentazione dei rapporti tra Stato e Chiesa, funzionale non tanto alla reciproca salvaguardia della sovranità nel proprio ordine, quanto alla promozione dell'uomo e al raggiungimento del bene del Paese¹⁹.

3.1. I contenuti normativi.

L'Accordo consta di 12 articoli, cui si aggiunge un Protocollo addizionale di 10 punti, redatti al fine di migliorare l'applicazione dello stesso Accordo e ad integrazione di esso.

Questo è un Concordato che tratta solo alcuni dei temi affrontati solitamente negli accordi tra Santa Sede e Stati, in più è caratterizzato dal prevedere ulteriori intese tra organi dello Stato e organi periferici della Chiesa; come è avvenuto nel caso dell'*Accordo* del 7 febbraio 1994 tra Dicastero della Pubblica Istruzione e Vicario Generale della Diocesi San Marino-Montefeltro in tema di insegnamento religioso nelle scuole²⁰.

Non è questa la sede per analizzare i 12 articoli, ma solo per riscontrare gli elementi di laicità, di collaborazione e valorizzazione della tradizione religiosa della popolazione sammarinese, come anche della tutela dei bisogni religiosi e delle attività sociali della Chiesa sammarinese. Queste tematiche rientrano nell'azione dello Stato che, come ho detto sopra, si rivolge ad ogni aspetto della vita civile e determina una necessaria combinazione della neutralità e della difesa che esso Stato deve accordare ad istituti e valori sociali, informati a principî religiosi anche al fine di apprestare mezzi utili al soddisfacimento delle esigenze religiose delle confessioni.

Alcune norme sono predisposte a fine di garantire la **collaborazione** tra le Parti, così nel 1° articolo dell'Accordo si prevede che la nomina dei titolari degli uffici ecclesiastici è liberamente effettuata dall'autorità eccle-

¹⁹ Per una valutazione circa la reciproca collaborazione negli accordi di Villa Madama, cfr. A. BOMPIREZZI, *Sana collaborazione tra Chiesa e Stato e bene comune*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1994, I, p. 945-961 e bibl. ivi citata.

²⁰ Nell'*Accordo* del 7 febbraio 1994 tra Dicastero della Pubblica Istruzione e Vicario Generale della Diocesi San Marino-Montefeltro viene garantito l'insegnamento catechistico della religione cattolica da docenti nominati dall'autorità civile su proposta dell'autorità ecclesiastica, quest'ultima indica i testi e controlla la didattica.

siastica. Quest'ultima comunica alla autorità civile le nomine di rilevanza per l'ordinamento della Repubblica. Sono abrogate disposizioni normative o consuetudinarie che prevedevano, a qualunque titolo e sotto qualunque forma, un intervento dello Stato in materia di conferimento di benefici ecclesiastici e semplici uffici ecclesiastici. Ai titolari di uffici, privi della cittadinanza sammarinese, che in ragione della loro attività debbono risiedere nella Repubblica, l'autorità civile concede la residenza per il periodo in cui ricoprono l'ufficio; la residenza è concessa anche a collaboratori pastorali e familiari conviventi.

Altre norme tutelano le **esigenze religiose** della popolazione; l'art. 2 garantisce l'assistenza religiosa nell'Ospedale e nella Casa di riposo; l'art. 3 prevede l'assistenza religiosa ai carcerati²¹.

Sempre a motivo delle *“esigenze religiose della popolazione – art. 9, I comma – riconoscendo la funzione morale e di servizio sociale svolta dalla Chiesa mediante l'attività pastorale, considerando che parte degli edifici di culto appartengono al patrimonio storico, culturale ed artistico della società sammarinese, lo Stato corrisponderà un congruo contributo per le spese di manutenzione straordinaria degli edifici di culto [...] che abbiano un riconosciuto valore artistico, storico, culturale ed architettonico”*; al II comma si prevede anche un contributo per la costruzione di nuovi edifici destinati a soddisfare le esigenze religiose della popolazione”. Questi edifici sono tassativamente elencati al punto 4 del Protocollo addizionale.

L'art. 5 assicura la personalità giuridica civile delle parrocchie stesse. Ai fini del **riconoscimento degli enti** occorre il decreto canonico di erezione in persona giuridica o di approvazione (n. 1, lett. A); il riconoscimento è effettuato dal tribunale commissariale, il quale ne ordina la pubblicazione sul *Bollettino Ufficiale della Repubblica di San Marino* e l'iscrizione in apposito registro presso la cancelleria del Tribunale commissariale. L'art. 5 equipara tali enti ed associazioni senza fini di lucro agli enti civili di analoga finalità e pertanto soggetti alle medesime norme di legge; questi enti sono individuati al punto 2, lett. B, del Protocollo addizionale.

Altre norme valorizzano e tutelano i **valori religiosi tradizionali** della popolazione.

L'art. 6 tratta della Basilica del Santo, luogo anche di interesse statale,

²¹ In questa logica si pongono anche quelle norme che garantiscono il soddisfacimento dei bisogni religiosi in San Marino da parte di soggetti stranieri, ma chiamati dal vescovo a svolgere l'attività religiosa nello Stato (articolo 1, II comma).

e della custodia delle reliquie. La basilica è esente dalla giurisdizione della parrocchia di San Marino-Città; essa è affidata ad un sacerdote *Rettore della Basilica*; in essa si svolgono speciali cerimonie liturgiche e civili legate ai momenti salienti della vita politico-istituzionale e religiosa della Repubblica.

L'art. 6, comma VI, lett. H, recita: "*In segno di considerazione per le tradizioni religiose e civili più elevate della Repubblica ed anche in applicazione di quanto stabilito all'art. 3 dell'Accordo dell'11 luglio 1989 tra la Santa Sede e la Repubblica di San Marino sul riconoscimento civile delle feste religiose [...] sarà disposto perché siano evitate altre manifestazioni di carattere pubblico*" nelle ricorrenze di San Marino, Sant'Agata, santi patroni della Repubblica, e del Ss.mo Corpo e Sangue di Cristo.

Si trovano, poi, norme atte a limitare gli **obblighi economici** della Repubblica nei confronti dell'istituzione ecclesiastica, come l'abolizione dell'"*assegno speciale di cui alla legge 29 settembre 1965, n. 31*", istituendo un "*fondo per interventi a sostegno di attività a carattere umanitario, solidaristico e sociale*" costituito da scelte espresse dai contribuenti pari al tre per mille dei redditi dichiarati per l'imposizione sulle persone fisiche (art. 7, II comma) con la precisazione che l'impiego del fondo saranno utilizzati dalla Chiesa cattolica di San Marino per i propri fini istituzionali e per il sostentamento del clero operante nella Repubblica per incarico del Vescovi diocesano (V comma). Peraltro, a differenza di quanto previsto nella normativa italiana, non sono previsti rendiconti all'amministrazione statale sull'impiego delle somme percepite²².

Norme a garanzia degli **interessi statali** possono essere invece quella che prevedono la nomina dei *massari* (fabbricieri) della Basilica da parte del governo della Repubblica, massari che collaboreranno con l'autorità ecclesiastica per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della Basilica stessa (art. 6, VI comma, lett. D), come anche quella che prevede la nomina da parte dell'autorità statale di un sacerdote per l'assistenza spirituale nelle carceri, sacerdote designato comunque dall'autorità ecclesiastica (art. 3).

Interessante è il dettato dell'art. 10 che "*in considerazione della funzione svolta dallo Stato per il **bene comune** dei cittadini*", la Chiesa ga-

²² Sul rendiconto previsto dalla normativa italiana relativo alla Chiesa cattolica cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 6^a ed., Bologna, Zanichelli, 1997, p. 356, e su quelli relativi alle confessioni acattoliche cfr. V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche: i contenuti*, 2^a edizione, Torino, Giappichelli, 1996, p. 147-147.

rantisce allo Stato il diritto di prelazione in caso di alienazione “*a persone o enti non ecclesiastici*” di beni di cui è proprietaria. Il riconoscimento e valorizzazione di questa attività statale è un *quid novum* nei concordati e si inserisce nella proclamata reciproca cooperazione per il bene comune sottolineata nel Preambolo.

* * *

In questo sta, direi, la laicità di San Marino: da un lato rivendicazione di sovranità e competenza esclusiva nelle materie di propria pertinenza, riconoscimento della piena competenza dell'autorità ecclesiastica nella propria sfera, collaborazione dettata dal soddisfacimento dei bisogni religiosi dei cittadini, anche con un limitato impegno economico; attenzione alle tradizioni religiose connesse alla stessa storia della Repubblica, nessun coinvolgimento ideologico.

UGO ROSSI MERIGHI

AUTORITÀ INDIPENDENTI
TRA CRISI ECONOMICHE E REGOLAZIONE

SOMMARIO. I. *Crisi economiche e autorità indipendenti* II. *Certezze e incertezze sul genus autorità indipendenti*. III. *Autorità indipendenti in funzione di garanzia*.

I. *Crisi economiche e autorità indipendenti*

PREMESSA

Nell'affrontare il tema delle autorità indipendenti non si può prescindere da un sia pur breve riferimento alla crisi economica che ha coinvolto il nostro, i paesi europei (la crisi greca è apparsa per ultima)¹ e le nazioni extraeuropee.

In realtà le crisi si sono succedute in due fasi distinte nel decennio.

Gli scandali negli ambiti del risparmio, del credito e dell'intermediazione finanziaria nei primi anni del secolo hanno messo a dura prova le considerazioni dei regolatori italiani.

Proprio all'indomani della attenuazione delle sanzioni penali per il falso in bilancio, vi sono state occasioni in cui i risparmiatori sono stati gravemente danneggiati: si ricordino i bonds argentini, le obbligazioni della Cirio e le vicende della Parmalat.

Mentre, all'interno la propensione al risparmio era aumentata (2003), nei paesi esteri si era avviato un mercato sovranazionale delle obbligazio-

¹ Nel dicembre 1009 le agenzie di rating declassarono la Grecia. Atene approvò per il 2010 due successivi piani di austerità. Le misure adottate provocarono scioperi e moti di piazza. Di fronte a nuovi declassamenti la Grecia firmò con 16 paesi dell'Unione europea un'intesa per 110 milioni di euro di aiuti, ma si rese infine necessaria la partecipazione del Fondo monetario internazionale con il varo di una "rete" da 750 miliardi per impedire che la crisi greca raggiungesse l'euro e per sostenere i mercati finanziari e eventuali altri paesi in difficoltà", nel proposito di avviare una "cultura della stabilità", ma è seguita la crisi irlandese.

ni societarie con la frequente emissione di titoli obbligazionari privi di garanzie per i risparmiatori.

Le obbligazioni venivano in parte acquistate da nuclei familiari presso le banche senza alcuna informativa circa i possibili rischi. Il tracollo della Cirio coinvolse circa 30.000 risparmiatori: i titoli emessi in Lussemburgo erano collocati nell'euromercato e acquistati dai piccoli risparmiatori, sui quali si riversava parte dei notevoli debiti del gruppo. Peraltro sin dalla fine degli anni novanta le maggiori imprese industriali in Italia avevano mutato la composizione dei loro debiti finanziari, preferendo ricorrere alle emissioni obbligazionarie piuttosto che accrescere l'esposizione verso le banche.

La Parmalat subì la sua crisi per l'aumento dell'indebitamento a fronte dell'acquisizione di altre società, con scarsi margini di profitto, operazioni in parte proposte come "favore da alcuni banchieri".

I titoli (azioni e poi obbligazioni) per 7 miliardi di euro coinvolsero oltre 80.000 risparmiatori. Si aggirò sui 14 miliardi il debito dell'azienda.

La tutela del risparmio era in notevole sofferenza, tanto che ad un dato momento in sede governativa si espresse l'esigenza di promuovere la creazione di un'autorità a tutela del risparmio.

Sotto il profilo della responsabilità il governo (Tremonti) sosteneva che l'operato della Consob "oggettivamente" inefficiente si era poi intensificato. Il governatore della Banca d'Italia sostenne che nelle sue competenze non rientravano i bilanci delle imprese, nè le obbligazioni quotate, essendo sotto la vigilanza della Consob². Seguì la legge 262/2005 sulla tutela del risparmio che ha incrementato i poteri della Consob, rivisto struttura e funzioni della Banca d'Italia, dettando norme sui reati societari³.

L'ulteriore fase della crisi economica data dal finire dell'anno 2008. E nuovamente i problemi hanno riguardato il risparmio e in particolare l'accensione di mutui.

Sulle esposizioni bancarie ha influito l'accensione di mutui a tasso va-

² Le due Camere promossero un'indagine conoscitiva sulla tutela del risparmio, svolta dalle commissioni finanze e industria del Senato, congiuntamente alle commissioni finanze e attività produttive della Camera (XIV legislatura, 2003-2004).

³ V. F. CAPRIGLIONE (a cura di), *La nuova legge sul risparmio*. Padova, 2006; MILANI, *La riforma del risparmio: aspetti penalistici*, in www.dircomni.it febbraio 2006.

riabile⁴; come è noto, i mutui a tasso variabile hanno sortito nel tempo effetti deleteri per il risparmiatore in quanto l'incremento costante dei tassi d'interesse ha condotto i bilanci familiari ad una situazione costantemente "in rosso"; ed è a questo punto che la normativa bancaria (e sostanzialmente l'aspetto del diritto) ha posto in minoranza la componente economica⁵.

Si è trattato di un fattore inatteso, in quanto i dati ufficiali offerti dalla Banca d'Italia nella relazione al Parlamento per il 2007, ma relativi al periodo 2006, contemplavano dati ottimistici anche sotto l'aspetto della produzione di risparmio nell'ambito dei bilanci delle famiglie italiane.

Si ridusse, pertanto, la quota del reddito e del risparmio destinata al consumo. Conseguenziale è stata la riduzione dell'offerta di beni e servizi, stante la contrazione della domanda.

Le statistiche hanno rilevato che nel periodo delle festività 2008/2009 si è verificata una riduzione dei consumi del 25%. Più pesante la congiuntura per l'impresa.

È tuttavia convinzione concreta che vi siano fattori trainanti esterni all'economia nazionale. Negli USA la congiuntura economica negli ultimi mesi della Presidenza Bush è stata pesantissima. Alcune banche fallirono, altre riuscirono a superare la congiuntura in virtù di interventi della mano pubblica.

Le maggiori industrie automobilistiche furono in situazioni fallimentare. La Chrysler ebbe l'ausilio del gruppo Fiat⁶.

In Germania gravissima la situazione della Opel, che aveva investito per estendere la produzione a fronte di un calo della domanda. Il cancel-

⁴ Nei mutui a tasso variabile è stato determinante in negativo il tasso *euribor* (acronimo di euro Int Bank of Rate), un tasso di riferimento, che si calcola giornalmente e che indica il tasso d'interesse medio delle transazioni finanziarie in euro tra le principali banche europee; attualmente il tasso *euribor* viene fissato dalla ERG (European Banking Federation) come media dei tassi di deposito interbancario tra un insieme di banche; ed è usato come tasso base per calcolare interessi variabili; come quello dei mutui, nei quali al valore *euribor*, si aggiunge lo *spread*; è evidente che la fissazione della misura dell'*euribor* è soggetta a fluttuazione che determinano una rilevante variazione dei tassi.

⁵ Quando gli esiti dei conflitti sfociano in contenuti di norme si parla di "pangiuridicismo"; vedi IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Diritto ed Economia*, Padova, 1999, 296, ss. Vedi anche CAPOGROSSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940.

⁶ Si deve distinguere la "New Chrysler" e la "old Chrysler". Quest'ultima aveva ricevuto dall'amministrazione Bush crediti-tampone e da Obama, anch'egli per la linea interventista, prestiti "ricambiati" da azioni.

liere Merkel intervenne preoccupata delle conseguenze sull'occupazione e dei temuti fenomeni di recessione.

In Italia la Fiat, di fatto detentore del monopolio nella produzione dell'auto, mise in cassa integrazione ben 50.000 dipendenti.

Gli auspicati (Confindustria) interventi dello Stato seppure opportuni, se reali conducono ad un allontanamento dei valori del libero mercato, che dovrebbe essere oggetto di tutela (authority) ed all'affermarsi di un marcato interventismo di Stato.

“La crisi economica mondiale ha indebolito la fiducia nella concorrenza, quale fattore indispensabile per favorire la crescita della produttività, dell'occupazione [...]”.

La recessione ha, infatti, aumentato la richiesta di intervento pubblico per sostenere le imprese in crisi, per fronteggiare la disoccupazione. Le politiche di tutela e sostegno alla concorrenza, destinate a produrre i loro effetti migliori nel medio e lungo periodo, non sono affrontate nelle fasi di recessione, in cui vengono invocate politiche pubbliche che producono effetti rapidi sul sistema economico⁷.”

Nell'export le notevoli riduzioni hanno mortificato le attese delle industrie, specie del Nord. A gennaio 2009 l'importazione verso i Paesi fuori dell'area euro scesero del 29,9 per cento rispetto all'anno precedente⁸.

In una situazione di crisi così articolata fu evocata la grande depressione del 1929⁹. Oggi alla richiesta dell'industria di un patto a tre: governo, banche, imprese, si alterna l'esigenza che le banche mantengano le operazioni creditizie, con un fondo di garanzia contro i rischi.

II. *Certezze e incertezze sul genus autorità indipendenti*

L'espressione “autorità indipendenti” non ha un significato preciso. Singole leggi nel tempo hanno istituito strutture dotate di varia denomi-

⁷ Il vircolato riprende la relazione 2009 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, XVI legislatura Camera dei Deputati, doc. XLV, n. 3, 12 ss.

⁸ È vero però che dal marzo 2010 il commercio estero italiano ha segnato un rilancio. L'export è aumentato del 17,19. L'incremento è più forte verso i Paesi dell'unione europea (+20,5%); mentre per i Paesi esterni è più 12,5%.

⁹ In quella congiuntura negli Stati Uniti, dopo le esitazioni del Presidente Hoover, il Presidente Roosevelt con l'autorevole ausilio tecnico di John Maynard Keynes, avviò una coraggiosa politica della “spesa pubblica”.

nazione (autorità, garante, commissioni, istituto) e di difficile concretizzazione a giudicare dalla titolazione¹⁰.

La caratteristica comune è la nomina a diverso titolo e con distinte procedure di “esperti” (o saggi) di indiscussa indipendenza e dotati di riconosciuta professionalità. Pur se questi scarsi elementi inducano già a ritenere le autorità di diversa natura rispetto ad altre organizzazioni (dicasteri, enti pubblici), pur tuttavia le rilevate incertezze hanno indotto a ritenere la vicenda delle autorità di sapore “pirandelliano”, discutendosi sul come sono nate, sui compiti di ognuna¹¹, sui rapporti fra loro, con il Parlamento. Si aggiungono nuovi temi di discussione mutuati dalla Unione Europea¹².

È stato il sopravvenire degli scandali finanziari dell'Occidente sviluppato a richiedere un chiarimento sui motivi di fondo dell'istituzione di nuovi modelli (quali le autorità indipendenti). Si è presa in esame la natura giuridica delle autorità indipendenti, individuando *authoritys* di vigilanza e di garanzia¹³.

A ben vedere se si esamina l'espressione “autorità indipendenti”¹⁴ si argomenta che “autorità” designa un potere, una fonte imperativa, eteronoma. Autorità sembra indissociabile da statalità, solo che lo Stato, ri-

¹⁰ Sulle autorità indipendenti, sviluppatasi in Italia negli anni novanta la bibliografia è vasta. Vedasi TIMSIT (a cura di) *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988; BASSI-NERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; AMATO, *La cultura della concorrenza in Italia dagli anni '80 al 2000*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust*. Un bilancio a dieci anni dalla legge in 'Atti del convegno, Presidenza Consiglio', Roma 2000; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998; ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano 2005; TESAURIO, D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2005; ROSSI MERIGHI, *Diritto pubblico dell'economia*, lezioni universitarie, Pavia, 2009; numerose anche le indagini conoscitive promosse dalle due Camere (che verranno citate *ultra*).

¹¹ Il Predieri (nel corso dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti) definì il tema “complesso, difficile”, manifestatosi, con una straordinarietà di forme e di tipologie”, v. I Commissione della Camera, XIII legislatura, seduta del 12 maggio 1999, 14 ss.

¹² La Commissione europea ha predisposto proposte di regolamento concernenti l'istituzione di nuove *autorità di vigilanza “europee”* per i rischi in materia finanziaria, V. l'audizione del Presidente della Consob Cardia, nell'ambito dell'esame della comunicazione di quella commissione (COM (2009) 252). V. Commissione Finanze della Camera dei Deputati XVI legislatura, seduta del 16 settembre 2009.

¹³ AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 658 ss.

¹⁴ Osserva N. IRTI che la formula “suscita curiosità e sospetto già nella combinazione linguistica” (*L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998).

traendosi dalla titolarità di proprietà ed aziende, non può tornare sotto la specie di autorità. L'altro termine "indipendente" designerebbe il "non dipendere" dall'autorità, nè dai privati, nè dal potere esecutivo. Non dai privati, cosicché i "vincoli" statuiti dall'Autorità e dal Garante sono *regole* (e non hanno carattere negoziale); non dal potere esecutivo, per cui la cd. autorità non sarebbe organo dell'amministrazione, ma un'istituzione¹⁵ chiamata ad attuare la legge, in un ambito specifico dell'economia¹⁶.

Quali i modi per individuare i titolari dell'autorità? Si è prescelto il sistema della nomina (governativa o parlamentare) che comporta una responsabilità "indiretta", neppure verso i soggetti votanti, poiché la fiducia politica "si esaurirebbe" con la nomina iniziale. Le autorità sarebbero provviste di "indipendenza irresponsabile" giustificata dalla "neutralità".

Il significato politico della neutralità sarebbe riconosciuto in spregio dello Stato pluralistico dei partiti¹⁷.

Nè si sottovaluti che l'autonomia delle autorità consente loro di farsi diretta espressione della tutela dell'imprenditore, del risparmiatore, dell'investitore, del contraente debole nel settore assicurativo, del consumatore.

Circa la natura giuridica delle *authoritys* prevale la tesi della natura amministrativa; ma vi si contrappone la teorica che riconduce le amministrazioni indipendenti alla giurisdizione, avendo "tratti" della loro azione.¹⁸

Suggestiva è la configurazione delle autorità indipendenti come un "tentativo per affrontare il problema dell'efficienza nella pubblica amministrazione"¹⁹.

¹⁵ Sulle "istituzioni" fondamentale il contributo di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945. Ed ancora BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1955.

¹⁶ L'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti affrontò il tema dei rapporti delle autorità con gli altri soggetti istituzionali, escludendo la totale 'franchigia' dall'indirizzo politico governativo. In taluni casi la legge prevede l'osservanza di indirizzi governativi di politica generale. Il Parlamento rivendica un potere di controllo sulle Autorità, peraltro tenute alla presentazione alle Camere di una relazione annuale sull'attività svolta, cit., 209 ss.

¹⁷ B. SCHMITT, *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it., Milano, 1981, p. 175.

¹⁸ Tuttavia, non essendo i poteri quelli del giudice, si parla di natura quasi-giurisdizionale.

¹⁹ PERRUCCI-SCHIATTARELLA, *Le autorità indipendenti*, in *Istituzioni tra mercato e Stato*, a cura di N. Acocella, Roma 1999. 79, nonchè E. GRAZIANI, *Il mercato tra diritto, economia e politica*, Torino, 2005, 116 s.

Quali in concreto i poteri delle autorità?

I poteri normativi rivestono i caratteri della normazione secondaria quindi subordinata alla normazione primaria, poteri esercitati con larghezza²⁰.

Talora gli atti disciplinari sono adottati con decreti del Capo dello Stato²¹; ma avviene che i regolamenti delle autorità intervengano in materia non disciplinata dalla legge: in queste ipotesi al criterio della gerarchia si sovrappone il diverso principio della “competenza”²².

L'istituzione delle autorità è materia di legge ordinaria: quindi vi è soggezione delle istituzioni di tale natura alla legge, come forse in virtù di una riserva di legge che non è fissata in Costituzione, ma ne è desumibile.

Il problema non adeguatamente sviluppato riguarda il fondamento costituzionale.

Se è vero che “le libertà costituzionali necessitano di garanzie” non esaurite dai vincoli imposti alla legge dalle norme della Costituzione che le prevedono ed evocano “istituzioni della libertà”, proprio su questa traccia sembrano collocarsi le autorità indipendenti, cosicché la loro ragione legittimamente deve essere reperita nella Costituzione²³.

Le autorità indipendenti sono manifestazione di un'esigenza ricorrente, che consiste nella gestione pubblica di determinati settori, ma svolta a una certa distanza dal potere politico.

Tra i settori considerati molto conflittuali e che la dottrina francese definisce settori sensibili rientra la concorrenza, tanto rilevante nell'ambiente comunitario, e la protezione dei dati personali.

Inoltre nel nostro ordinamento è considerata sensibile la materia dei

²⁰ La CONSOB ha emanato regolamenti sul funzionamento (1994); sui documenti sottratti all'accesso (1995); sui procedimenti interni (2000).

²¹ Così il Regolamento recante “norme sulle procedure istruttorie dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole”: DPR 10 ottobre 1996, n. 627.

²² La distinzione fu elaborata, come è noto, da CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960. V. ora CARDI-VALENTINO, *L'istituzione Consob, Funzioni e struttura*, Milano 1993, p. 51 ss.: “Al di sotto della linea di demarcazione orizzontale fra fonti primarie e fonti secondarie, la relazione di gerarchia viene meno come carattere indefettibile. Nella ripartizione per competenza le serie normative si pongono come subsistemi di norme in parallelo”.

²³ V. il commento di Barbera all'art. 2 della Costituzione, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Branca, Bologna 1975; AMATO, *Autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 658 ss.

rapporti tra datori di lavoro e lavoratori nell'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, ove facilmente l'intervento pubblico potrebbe essere accusato di favorire l'una o l'altra parte. Così il settore radiotelevisivo, sempre oggetto di tensioni che si vorrebbero appianare con l'intervento dell'autorità di garanzia.

Anche le ragioni dell'operare delle autorità sono talora oggetto di dibattito.

Secondo alcuni la disciplina "antitrust" è solo intesa a tutelare la libertà economica delle imprese, per altri è un modo per dare adeguato riconoscimento alle esigenze di consumatori.

Per fare un po' di storia, le autorità sono nate negli Stati Uniti un secolo fa con il nome di "Independent Regulatory Commissions". La prima (1887) fu la Interstate commerce commission sorta a causa delle proteste degli agricoltori fortemente danneggiati dai prezzi fissati dalle imprese ferroviarie per il trasporto dei prodotti. La Commissione fu incaricata di calmierare le tariffe e di assicurare lo svolgimento del servizio anche nelle tratte "economicamente" poco convenienti.

Garanzie furono poi fissate (1946) con l'Administrative Procedure Act: i provvedimenti dell'autorità dovevano essere emanati nel rispetto di criteri del processo giurisdizionale (istruttoria assegnata ad uffici distinti da quelli preposti alla decisione; contraddittorio con le parti private, ricorso al giudice contro gli atti della Commissione). Quindi le Commissioni americane hanno caratteri simili agli organi giurisdizionali.

Avvengono negoziazioni informali tra le Commissioni e gli organi parlamentari, ma non è ammessa alcuna forma di annullamento delle delibere da parte del Congresso.

Nel nostro ordinamento le disposizioni legislative sono vaghe, ma prevedono che gli atti delle autorità debbano sottostare alla sindacabilità del giudice e dispongono l'obbligo delle autorità di riferire al Parlamento e al governo.

Legislazione e giurisprudenza hanno tracciato a un tempo le linee delle autorità indipendenti.

La Cassazione, con sentenza 7341/2002, 1 Sezione, ha ritenuto che le autorità indipendenti devono qualificarsi come autorità amministrative e non giurisdizionali. Alle autorità allora deve applicarsi lo statuto della pubblica amministrazione (Morbidelli).

Ed il Consiglio di Stato (parere 25 maggio 1998) ha ritenuto che il ricorso straordinario al Capo dello Stato sia esperibile anche avverso gli atti delle autorità indipendenti.

La Corte Costituzionale ha affermato che le autorità non si collocano

al livello dei poteri dello Stato, non essendo “contemplate dalla Costituzione” (ord. 226/1995).

Non essendo poteri dello Stato non possono tutelare le proprie attribuzioni presso la Corte Costituzionale. L'interpretazione appare abnorme e riduttiva.

Altro principio riconosciuto dall'ordinamento è quello della partecipazione dei cittadini all'organizzazione economica e sociale del Paese, fissato dalla Costituzione (art. 3) e ritenuto valido dalla Corte Costituzionale per le autorità indipendenti, precisando a proposito della commissione sul diritto di sciopero, che il coinvolgimento dei soggetti interessati e la loro partecipazione sono fasi ineludibili del procedimento (C. Cost. 59/1995).

La Corte di Cassazione (SU. 2207/2005) inoltre ha riconosciuto la legittimazione dei consumatori a far valere la nullità dei contratti predisposti sulla base di “intese restrittive della concorrenza” dichiarate illegittime dall'Autorità antitrust. Con ciò ha precisato che la legge sulla tutela della concorrenza non è solo legge degli imprenditori, ma è invece legge dei soggetti del mercato, mentre precedentemente la Cassazione ammetteva a!l'azione di nullità solo gli imprenditori lesi da intese illecite.

Per tracciare un consuntivo ad oggi si deve riconoscere che alcune autorità hanno operato positivamente con (indipendenza e) acuta sensibilità nelle questioni di loro competenza. In particolare, l'autorità garante della concorrenza e del mercato e l'autorità per l'energia elettrica.

Quanto alla autoregolamentazione le autorità indipendenti sono titolari di autonomia organizzativa quanto ad articolazione della pianta organica e modi di funzionamento, avendo il potere di emanare atti normativi di natura regolamentare. Godono di autonomia contabile e disciplinano la gestione del bilancio con regole proprie.

L'autonomia finanziaria, cioè la disponibilità di proprie entrate è assicurata oltretutto dai contributi, dalle sanzioni irrogate dalle autorità.

III. *Autorità indipendenti in funzione di garanzia*

L'autorità garante della concorrenza e del mercato adempie tre funzioni: 1) la tutela della concorrenza in tutti i mercati, compreso quello creditizio, non più di competenza della Banca d'Italia; 2) la difesa contro la pubblicità ingannevole; 3) la valutazione del “conflitto d'interesse”.

Quanto alla tutela della concorrenza, le regole impediscono le intese restrittive (della concorrenza), analogamente a quanto prescrivono le nor-

me dei trattati comunitari (accordi tra imprese assicurative per mantenere alte senza giustificazione le tariffe in tema di responsabilità civile auto). Inoltre le norme dell'autorità combattono l'abuso di posizione dominante (quando cioè si giunga a sfruttare la preferenza acquisita presso gli acquirenti per imporre prezzi troppo alti o comunque prestazioni che le altre imprese offrono a condizioni meno onerose)²⁴.

Le intese restrittive della libertà di concorrenza vietate (quando sono dirette a restringere il gioco della concorrenza: ripartire i mercati, fissare i prezzi, limitare la produzione) sono nulle.

L'autorità può irrogare o sospendere temporaneamente l'attività d'impresa, salvo autorizzazioni in deroga²⁵.

Gli "sconti fidelizzanti" sono comportamenti tali da impedire l'accesso al mercato di altri concorrenti per vincolare l'acquirente ad un unico fornitore.

Altra figura classica è quella della "concentrazione" che produce una modifica duratura nella struttura delle imprese, con la "fusione" di due o più imprese o la costituzione di una "struttura comune" da parte di due o più imprese, con la conseguenza di acquisire un rilevante potere di mercato che si rivolge all'aumento dei prezzi con un calo delle condizioni di concorrenza.

Le concentrazioni restrittive della libertà di concorrenza devono essere preventivamente comunicate all'Autorità (le concentrazioni riguardanti banche devono essere autorizzate anche dalla Banca d'Italia), che se ravvisa le condizioni ostative (rafforzamento di una "posizione dominan-

²⁴ L'autorità ha aperto un'istruttoria (maggio 2010) su una singolare vicenda: Fastweb ha denunciato la "Telecom" per presunto abuso di posizione dominante. La Consip, incaricata di gestire gare per enti a natura pubblicistica, aveva pubblicato un bando per gestire servizi di telefonia per uffici pubblici (1,3 miliardi). Entro il mese di maggio le compagnie telefoniche avrebbero dovuto presentare le offerte. Fastweb ha eccepito che Telecom non avrebbe fornito informazioni tecnico-economiche necessarie per presentare offerte concorrenti si da concretare un'asimmetria informativa" tra gli altri concorrenti e Telecom, anch'essa in gara, che beneficerebbe di dati privilegiati. BROGLI, *Consip, una novità nella Pubblica Amministrazione*, Milano 2006, e C. ESCOLI, *Profili economico giuridici degli appalti nella Pubblica Amministrazione e relative responsabilità*, tesi di laurea (non ancora pubblicata) sostenuta all'Università di Pavia, relatore lo scrivente.

²⁵ Ciò se il Garante accerti che l'intesa determini un sostanziale miglioramento del prezzo dei beni a vantaggio dei consumatori; o un miglioramento qualitativo della produzione; non elimina la concorrenza in una considerevole quota di mercato (L. 287/1990, art. 4).

La norma potrebbe consentire intese se volte a migliorare l'acquisto di beni essenziali in periodi di crisi.

te” sul mercato nazionale, costituzione di “barriere” all’ingresso sul mercato di imprese concorrenti), vieta la concentrazione²⁶.

Ulteriori attribuzioni dell’Autorità riguardano i “poteri di segnalazione”²⁷ e consultivi (su iniziative legislative e regolamentari rilevanti) e d’indagine. Le “indagini conoscitive” sempre dirette a settori dove si presumono esistenti ostacoli alla concorrenza, spaziano in una pluralità di direzioni²⁸.

Tutti i provvedimenti dell’antitrust sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo (elemento questo che gioca in favore della natura amministrativa dell’Autorità); nonché del giudice ordinario (Corte d’appello) per il risarcimento del danno e per ottenere provvedimenti d’urgenza (così tesi sulla natura amministrativa decadono).

Le funzioni dell’antitrust sono state ampliate al settore pubblicitario in attuazione della direttiva comunitaria sulla “pubblicità ingannevole”; l’Autorità è anche stata chiamata a giudicare delle controversie in materia di “pubblicità comparativa”, essendo vietato il ricorso a messaggi promozionali che possono indurre in errore il pubblico o ledere la concorrenza²⁹; “la pubblicità comparativa non deve dare discredito ai prodotti offerti dai concorrenti o trarre in inganno il consumatore con offerte assai vaghe.

Sussiste il potere di inibitoria; l’Autorità dispone che sia data pubblicità alla dichiarazione rettificativa del messaggio.

L’Autorità infine svolge funzioni di vigilanza e controllo sulle situazioni di incompatibilità e “conflitto di interessi” in cui dovessero trovarsi titolari di incarichi di governo nello svolgimento delle funzioni³⁰ ed ha ora, invece, il potere d’infliggere sanzioni a componenti e rappresentanti

²⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 8/4/2000 n. 2036, Autorità garante della concorrenza e del mercato/c STET.

²⁷ L’Autorità segnala al Parlamento, al Governo e alle Amministrazioni i fenomeni che introducono restrizioni alla concorrenza.

²⁸ L’Autorità ha svolto un’indagine sull’editoria quotidiana e periodica sia ai fini della tutela del pluralismo dell’informazione che della possibile distorsione della concorrenza conseguente ai sussidi pubblici (provvedimento IC 35/2007).

Altre indagini hanno avuto ad oggetto gli ordini professionali, il trasporto pubblico locale ed infine la *corporate governance* di banche e assicurazioni, a tutela della concorrenza, tenuto conto di note precedenti operazioni di concentrazione (IC 36/2007).

²⁹ I messaggi pubblicitari possono essere a mezzo stampa, con servizio postale, la televisione o attraverso Internet.

³⁰ Legge 215/2004 “Norme in materia di risoluzione di conflitti di interesse” e successive modificazioni.

del governo, stabilendo se atti o partecipazioni a deliberazioni collegiali sino state compiute in situazioni di incompatibilità³¹. Molti hanno segnalato il pericolo o il rischio di “politicizzazione” dell’Autorità garante della concorrenza.

Pare che l’attribuzione ad un’authority di funzioni di giustizia politica rappresenti, in sostanza, una garanzia. La novità potrebbe allora avere “effetti negativi” sulla percezione dell’essere e dell’opera dell’Autorità per attribuirle un carattere politico che non ha³².

A parte ogni altra considerazione attribuire all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, dopo oltre un decennio dall’istituzione, compiti sostanzialmente estranei alla sua figura istituzionale, per motivi contingenti, appare singolare.

Questo quanto alla competenza a giudicare; parte delle norme in materia di conflitto di interessi, introducono per la prima volta nell’ordinamento giuridico l’istituto delle incompatibilità per esponenti del Governo.

Uno sguardo rivolto al passato conferma che le incompatibilità in sede politica erano previste solo per i parlamentari. Ed allora la legge 215/2004 contiene norme “sostanziali” relative alla individuazione di attività che l’uomo di governo non può porre in essere. Tali il Presidente del Consiglio, i singoli ministri, i sottosegretari di Stato e i commissari straordinari del governo, figura cui in passato si era fatto ricorso senza eccessi³³.

L’authority giudica anche del comportamento dei Sottosegretari di

³¹ Trattasi di funzioni che sarebbero proprie del giudice quanto a posizioni di terzità ed a poteri di indagine, per evitare fenomeni di controllore/controlato (l’Autorità antitrust è di nomina parlamentare e quindi politica).

³² Così si esprime il Presidente dell’Autorità Tesauro: *Il conflitto di interessi. Un rischio per l’Antitrust*, “La Stampa”, 6 marzo 2005.

³³ Per i commissari straordinari di Governo è dettata una disciplina “contenitore”; nominati dal Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio e delibera del Consiglio dei Ministri, non hanno una competenza prestabilita per materia, ma volta a volta svolgono i compiti loro assegnati dal decreto presidenziale che li ha nominati (legge 400/1988, art. II); dice la norma con espressione molto generica che hanno il fine di realizzare “specifici obiettivi” deliberati in sede governativa o parlamentare o per esigenze di coordinamento tra amministrazioni statali.

La straordinarietà comporta la temporaneità dell’incarico e presuppone la straordinarietà dei motivi della nomina del Commissario (es. eventi sismici). Oggi la figura del commissario di governo, preposto alla Protezione civile, sottosegretario all’emergenza dei rifiuti in Campania, Guido Bertolaso, ha assunto un rilievo ed un potere ampio, in quanto con il ricorso all’“emergenza” si sono accantonati controlli sugli appalti e procedure consentite per predisporre convegni internazionali di notevole peso (G8 all’Aquila).

Stato, che non fanno parte del governo. Tanto che nella prassi e nei dibattiti parlamentari sono indicati come rappresentanti del Governo.

Una valutazione globale delle authority non può non considerarle nei loro rapporti.

Dall'esame delle relazioni, tema meno valutato, ci si accorge che argomenti in via di principio prima di competenza "specificata" riguardano tematiche di interesse plurimo.

Emerge dalla relazione AGCOM 2010 che nel settore televisivo nel nostro Paese vi è maggior resistenza a reagire alla crisi economica.

Altri temi si sono diversificati come oggetto di esame (la protezione del diritto d'autore che oggi è differenziata nel tempo fra Paese e Paese).

Negli interventi si segnalano varietà di provvedimenti (la pubblicità, la comunicazione, il catasto delle frequenze radio – televisive).

Temi di primario rilievo sono le indagini conoscitive e la tutela giurisdizionale.

Sarebbe auspicabile che nell'esaminare un argomento dopo l'altro si potesse avviare qualche tema ad una miglioria.

SALVATORE SCALIA

NOTE IN TEMA DI CITTADINANZA EUROPEA

SOMMARIO. 1. Concezioni storico-giuridiche sulla cittadinanza. 2. (Segue). La cittadinanza rapportata alla nazionalità. 3. Aspetti storici della cittadinanza europea. 4. L'inquadramento normativo della cittadinanza europea. 5. I diritti correlati alla cittadinanza europea nella Carta dei diritti fondamentali. 6. I doveri correlati alla cittadinanza europea. 7. Rilevanza della cittadinanza dell'Unione: il diritto di circolazione e di soggiorno all'interno della Comunità Europea. 8. (Segue). L'incidenza della cittadinanza europea sul diritto di circolazione e soggiorno. 9. L'ampliamento da parte della Corte di Giustizia della prospettiva in materia di cittadinanza. 10. Prospettive per la cittadinanza europea e l'Europa.

1. *Concezioni storico-giuridiche sulla cittadinanza.*

Ogni ordinamento ha norme proprie sulla cittadinanza, tanto che solo empiricamente e in maniera indiretta si può avere una definizione di cittadinanza valida per tutti gli ordinamenti ¹.

Negli ordinamenti nazionali vi è una molteplicità di situazioni giuridiche che caratterizzano la figura di cittadino nei diversi momenti storici. Al concetto di cittadinanza si possono riferire due principi: uno attinente alla soggezione, per lo più stabile e permanente, all'autorità statale; l'altro relativo alla partecipazione ad una comunità politica statualmente organizzata, attraverso la quale si attribuiscono diritti e doveri ².

Tali qualificazioni determinano, in maniera mutevole, la qualifica di cittadino. Nel periodo delle città greche e di Roma repubblicana, la cittadinanza, trasmessa solo per filiazione, secondo un rigido principio gentilizio presente nelle comunità antiche, costituisce il presupposto per la par-

¹ Cfr. R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*⁴ (XV voll.), III, UTET, TORINO 1989, pp. 112-142.

² Vedi T. MARTINES, *Diritto costituzionale*⁴, Giuffrè, Milano 1986, pp. 169 ss.; inoltre, VIRGA, *Diritto costituzionale*⁹, Giuffrè, Milano 1979, pp. 39 ss.

tecipazione alla vita politica e ai diritti ad essa inerenti (nonché la fonte, sia pure non esclusiva, della capacità giuridica). Con la "Constitutio Antoniniana" del 212 d.C. la cittadinanza venne elargita a coloro i quali facevano parte dell'impero. In questo momento la cittadinanza divenne sudditanza³.

Successivamente a questo periodo, e in particolar modo nel periodo feudale, gli obblighi di soggezione divennero molteplici. Il sovrapporsi di gerarchie, avute per via dei rapporti di «protezione» con i numerosi centri di potere pubblico, giunge soventemente a prevalere sul vincolo di sudditanza che lega pur sempre i signori, e i loro sottoposti, all'autorità regia o imperiale⁴.

La cittadinanza ritorna a coincidere con la sudditanza, per via della visione patrimonialistica dello Stato, nel periodo delle monarchie assolute. Si riduce, ma non scompare, la differenza tra la condizione giuridica del cittadino e quella dello straniero, tutti e due sottoposti al sovrano territoriale in base al medesimo titolo («quisquis in territorio meo est, meus subditus est»)⁵.

Con la rivoluzione francese vi è un radicale mutamento del significato e della materia della cittadinanza. Avendosi un passaggio dallo Stato patrimoniale a quello personale e di diritto, ai cittadini vengono attribuiti sia diritti civili sia diritti politici. Il popolo si vede investito della partecipazione alla vita dello Stato. Attraverso questo passaggio si cominciarono a codificare le norme inerenti alla cittadinanza. Da evidenziarsi come in quel periodo, tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX, i cittadini vennero chiamati per la coscrizione obbligatoria.

Dalla rivoluzione francese si ricominciano quindi a delineare i due principi caratteristici della cittadinanza – quello della soggezione ad un'autorità statale e quello della partecipazione ad una comunità politica statualmente organizzata – quali «minimo comune» della definizione ad essa relativa. In questa concezione, la qualifica di cittadino corrisponde ad un potere fondamentale degli Stati nella relativa attribuzione. Peraltro sorge così la difficoltà di inquadrare la cittadinanza nella categoria dei

³ Cfr. G. CRIFÒ, *Cittadinanza (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto* (XLVI voll.), VII, Giuffrè, Milano 1961, pp. 127 ss.

⁴ E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Cedam, Padova 1931.

⁵ Vedi R. QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Cedam, Padova 1935, p. 140 s. Per la differente condizione giuridica del cittadino e dello straniero, vedi B. NASCIMBENE, *Premesse allo studio delle norme internazionali sul trattamento dello straniero*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, II, Milano 1980, spec. p. 1287 s.

rapporti giuridici o in quella relativa agli *status*. Relativamente ai primi, la cittadinanza può essere considerata un rapporto di natura contrattuale oppure un rapporto di soggezione; a questo ultimo senso ci si riferisce implicitamente quando si allude al «vincolo» tra cittadini e lo Stato⁶.

L'opportunità di configurare la definizione di cittadinanza come contratto si scontra però con i dati positivi delle legislazioni nazionali. Gli Stati, infatti, delimitano la sfera dei propri cittadini secondo canoni indipendenti della volontà degli individui⁷, anche se, per l'acquisto della cittadinanza diversamente dalla filiazione, si cerca di attribuire maggiore rilievo alla volontà degli individui. Va inoltre sottolineato che la visione della cittadinanza come rapporto giuridico non risulta esauriente. Infatti la pretesa configurazione di un rapporto di soggezione non coglie pienamente il concetto di cittadinanza, in quanto ne smarrisce la cosiddetta dimensione orizzontale⁸.

Si comprende, dunque, come sia maggiormente diffusa l'idea di far intendere la cittadinanza come uno «status», vale a dire come appartenenza di un soggetto a una determinata categoria, caratterizzata da una particolare sfera di capacità, a cui sono connessi particolari diritti e doveri.

2. (Segue). La cittadinanza rapportata alla nazionalità.

L'obbligo di rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, sanciti in numerosi testi internazionali, si riferisce a tutti gli esseri umani in quanto tali. A questo punto sorge dunque spontaneo chiedersi, poiché sono inerenti alla qualità di persona umana, quali siano le ragioni e le caratteristiche della differenza tra lo *status* di cittadino e quello di persona.

⁶ Vedi H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*² (2 voll.), I, L.G.D.J., Paris 1981, p. 66 s. Inoltre vedi F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*⁴, Giuffrè, Milano 1959, p. 400, secondo il quale la cittadinanza si presenta come una relazione fra lo Stato, quale popolo, e l'ordinamento giuridico. Infine, un tentativo di superare la tradizionale dicotomia tra cittadinanza-rapporto e cittadinanza-*status* è stato compiuto da A.F. PANZERA, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, Jovene, Napoli 1984, p. 30 s.

⁷ I criteri fondamentali per l'attribuzione della cittadinanza sono quelli per la nascita, cioè lo *ius sanguinis* e lo *ius soli*, entrambi automatici. Inoltre, l'attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione avviene in seguito ad un atto discrezionale dello Stato. Vedi H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, *Ibidem*.

⁸ Tale dimensione comporta la partecipazione alla comunità politica statualmente organizzata.

Come si è detto, il termine “cittadinanza” può avere una pluralità di significati; può, prima di tutto, rappresentare la condizione di chi fa parte di uno Stato, essendo quindi soggetto alle leggi con annessi diritti ed obblighi (cittadinanza-appartenenza), e poi indicare il complesso di diritti che fanno di un soggetto un “vero” cittadino (cittadinanza-partecipazione)⁹.

Differentemente dall'italiano, in altre lingue come l'inglese, il francese e il tedesco, per esprimere le due accezioni di cittadinanza, cittadinanza – appartenenza e cittadinanza – partecipazione, si usano termini differenti. Infatti, in inglese possono essere utilizzati i termini “nationality” e “citizenship”, nella lingua francese, “nationalité” e “citoyenneté” e, infine, in tedesco, “Staatsangehörigkeit” e “Bürgerschaft”. In senso conforme a tale duplicità alcuni autori italiani suggeriscono di differenziare la “cittadinanza formale” dalla “cittadinanza sostanziale”¹⁰.

⁹ Allo stesso tempo la cittadinanza rimane il presupposto per l'applicazione di diverse regole internazionali, consuetudinarie o pattizie. Occorre quindi verificare se la qualifica di cittadino, attribuita agli individui dai singoli Stati, sia assunta in ogni caso come tale dall'ordinamento internazionale. Nella sentenza relativa al caso Nottebohm del 1955, la Corte internazionale di Giustizia ha sottolineato che uno Stato non può pretendere di esercitare, a favore di un proprio cittadino, la protezione diplomatica (eventualmente intentando un'azione giudiziaria internazionale) qualora la cittadinanza stessa non sia effettiva: non rappresenti, cioè, un vincolo giuridico fondato su un fatto sociale di collegamento con lo Stato medesimo. Con questa sentenza la Corte ha voluto utilizzare il criterio della cittadinanza effettiva per decidere sulla rilevanza dell'unica cittadinanza che un individuo possiede: e non per stabilire soltanto quale, fra diverse cittadinanze concorrenti, deve considerarsi prevalente ai fini dell'ordinamento internazionale. Nel caso Nottebohm, Court internazionale de Justice, 6 aprile 1955, CIJ, *Recueil*, 1955, pp. 22 ss., veniva trattato un reclamo proposto dal Liechtenstein contro i provvedimenti presi in Guatemala nei confronti della persona e dei beni di Friederich Nottebohm, un tedesco emigrato nel Guatemala. Questo, in Guatemala, aveva accumulato una notevole fortuna e poi si era naturalizzato cittadino del Liechtenstein nel 1939. Le misure del Guatemala erano state adottate sul presupposto della cittadinanza tedesca del Nottebohm, a seguito dell'insorgenza dello stato di guerra con la Germania (11 dicembre 1941). La Corte dichiarò irricevibile il ricorso del Liechtenstein perché il Nottebohm non aveva alcun legame effettivo con quel Paese: la protezione diplomatica presuppone, infatti, una cittadinanza effettiva (cfr. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova 1982, p. 276. Sul caso Nottebohm v. anche F. RIGAUX, *Le droit international privé face au droit international*, in *Revue critique de droit international privé*, 1976, pp. 261-299). È interessante notare che alla luce della legge 218 del 1995 (articolo 19 comma 2) se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge dello Stato con il quale essa presenta il collegamento più stretto. Questa soluzione si ispira al principio del legame effettivo.

¹⁰ Vedi G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2000, p. 765.

In inglese, nonostante i due termini siano accomunati dal fatto di riuscire a rappresentare differenti profili della stessa relazione di appartenenza ad una comunità (membership), restano distinti i due concetti.

Nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'articolo 15 primo comma si statuisce che «Everyone has the right to a nationality». Il termine "nationality" assurge quindi ad indicare, come in tanti altri strumenti del diritto internazionale, la relazione tra un soggetto ed uno Stato in base alla quale il primo (national of the State) ha un legame significativo e permanente con il secondo, relazione dalla quale discendono i caratteristici diritti di ingresso e permanenza nel territorio, la titolarità dei diritti politici, il diritto alla protezione diplomatica da parte dello Stato, ed alcuni doveri in termini di prestazioni personali e patrimoniali.

L'appartenenza ad uno Stato, e quindi la sua cittadinanza, è fondamentale per ogni singolo, ma non si deve dimenticare che la sua attribuzione e i diritti ad essa annessi sono disciplinati da ogni ordinamento nazionale.

Una classificazione dei modi di acquisto della cittadinanza non esiste in dottrina, anche se alcuni autori, procedendo al riguardo in modo empirico, contrappongono i modi originari, detti anche "per nascita", ai modi non originari, detti "di acquisto". In realtà, il contrapporre la cittadinanza per nascita alla cittadinanza per acquisto è fuorviante poiché non è il momento dell'acquisto, ma la ragione o il titolo dell'acquisto ciò che importa¹¹. Di fondamentale importanza al riguardo è la volontà dello Stato, il quale detiene il primato per determinare i modi di acquisto della cittadinanza, non bastando la semplice volontà dell'individuo.

Nell'ordinamento italiano il criterio cardine di acquisto della cittadinanza è per discendenza o filiazione, detto anche *iure sanguinis*. In questo modo di acquisto della cittadinanza la filiazione paterna risulta decisiva, mentre quella materna acquisisce importanza quando e fino a quando non sia stabilita la prima o soltanto quando la cittadinanza straniera del padre non si trasmetta al figlio o addirittura il padre non abbia cittadinanza. Questo modello, tipicamente tedesco, presuppone una concezione oggettiva della cittadinanza, basata sul sangue, sull'etnia, sulla lingua. L'altro modo di acquisto della cittadinanza, detto anche *iure soli*, si ha al momento della nascita nel territorio dello Stato. Questo modo di acqui-

¹¹ Cfr. R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, UTET, Torino 1959, p. 324 s., che rileva come si cade in errore quando si parla di acquisto per nascita, dato che la venuta in vita è presupposto dell'acquisto.

sto, che risale alla tradizione francese, e riprende una concezione soggettiva della cittadinanza, completa quello per filiazione, dato che la filiazione può non risultare legalmente stabilita, ad esempio quando i genitori sono ignoti. Nella stragrande maggioranza dei casi filiazione e nascita sul territorio camminano di pari passo¹².

¹² Per ulteriori approfondimenti vedi M.R. MAURO, *Immigrati e cittadinanza: alcune riflessioni alla luce del diritto internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, n. 2, 2007, p. 362 s.; S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana* (2 voll.), II, Giuffrè, Milano 1996; R. QUADRI, *Cittadinanza cit.*, *Ibidem*. Altra modalità di acquisto della cittadinanza è per beneficio di legge o, anche detta, per dichiarazione. Questo modo di acquisto dipende da una dichiarazione di volontà da parte dello straniero che desidera diventare cittadino di uno Stato. In Italia si ottiene attraverso una richiesta con una apposita dichiarazione presso l'ufficiale di Stato civile del comune in cui si risiede. I casi in cui si può chiedere sono quando lo straniero o l'apolide, che sono discendenti da un genitore o un nonno, che sono stati cittadini italiani per nascita, diviene cittadino se, dichiarando anticipatamente che vuole acquistare la cittadinanza italiana, presta servizio militare presso lo Stato italiano, oppure, sempre con apposita dichiarazione anticipata, se assume pubblico impiego per lo Stato italiano, o, per concludere, se al compimento del diciottesimo anno di età, risiede legalmente in Italia da minimo due anni e dichiara, entro un anno dal compimento della maggiore età, di voler acquistare la cittadinanza italiana. Un altro caso di acquisto di cittadinanza per beneficio di legge è quando uno straniero, che nasce in Italia e trascorre la sua vita, senza interruzione, sino al compimento della maggiore età in Italia, diverrà cittadino se dichiara di volerlo diventare prima del compimento del diciannovesimo anno di età.

Un altro modo di acquisto della cittadinanza rientra sotto l'aspetto della naturalizzazione, con la quale si attribuisce la cittadinanza attraverso un atto *ad hoc*, detto di concessione, che può essere un decreto presidenziale od una legge speciale o attraverso il matrimonio con un soggetto che sia cittadino italiano. La cittadinanza per matrimonio si ha quando un soggetto, la cui nazionalità non è quella italiana, risiede, in modo legale, minimo per sei mesi in Italia, oppure dopo tre anni dal matrimonio senza che vi sia stata separazione legale o scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili. Ci sono delle accezioni che impediscono l'acquisto della cittadinanza da parte del coniuge straniero, e cioè quando questo abbia delle condanne per aver commesso dei gravi delitti o sia pericoloso per la sicurezza della Repubblica. Questo è uno dei modi maggiormente utilizzati per acquistare la cittadinanza da parte di uno straniero o un apolide.

Sempre per naturalizzazione si può ottenere la cittadinanza attraverso una concessione ordinaria, che è concessa dal Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro degli Interni. In casi speciali si richiede che il soggetto sia in possesso di un reddito sufficiente e non abbia dei pendenti penali.

I casi sono: quando lo straniero, i cui genitori o uno dei nonni siano stati cittadini italiani per nascita, risiede legalmente sul territorio nazionale da almeno tre anni; altro caso quando lo straniero, che è nato in Italia, vi risiede almeno da tre anni, oppure un cittadino italiano adotta uno straniero maggiorenne che risiederà in Italia per un periodo non inferiore ai cinque anni dopo l'adozione, mentre se uno straniero è affiliato a un

In una comparazione con gli altri Stati si nota, ad esempio, che Paesi come Stati Uniti, Brasile, Argentina, Canada applicano il principio dello *ius soli*. L'analisi dell'ambiente sociale di questi Stati, che presentano un alto tasso di immigrati accolti come residenti, spiega a sufficienza l'adozione del criterio dello *ius soli*.

In definitiva, le divergenze nei modi di acquisto della cittadinanza ci rivelano la natura politica dell'istituzione, la sua qualità di elemento costitutivo dello Stato. Volendo quindi dare una definizione di cittadinanza, intesa come *citizenship*, si può dire che è cittadino colui il quale, possedendo la nazionalità di un certo Stato, beneficia di tutti i diritti politici, civili ed economici che essa attribuisce.

Tra *nationality* e *citizenship* sembra allora esservi un rapporto di *genus ad speciem*, per quanto, dal punto di vista positivo, le due situazioni vengano per lo più a coincidere: gli Stati, infatti, attribuiscono la pienezza dei diritti solo ai soggetti che posseggono la nazionalità del medesimo paese. In maniera astratta potremmo quindi affermare che se tutti i cittadini intesi nel senso di *citizens* sono cittadini nell'accezione di *nationals*, lo stesso non si può dire per l'inverso. Un esempio lampante è quello degli Stati Uniti d'America dove, sino al 1917, i cittadini di Portorico erano considerati cittadini statunitensi, ma non godevano del diritto di voto.

Si può quindi dire che la cittadinanza intesa come *nationality* rappresenta l'appartenenza, mentre la cittadinanza nel senso di *citizenship* configura i diritti annessi a questa. Tale distinzione non sempre è facile da individuare nell'analisi delle legislazioni dei vari Stati. Per l'Italia si nota

cittadino italiano, per ottenere la cittadinanza, bisognerà che questi risieda sul suolo italiano per almeno sette anni; altro caso quando lo straniero presta servizio presso lo Stato italiano, anche se all'estero, per un periodo non inferiore ai cinque anni, o un cittadino membro della Comunità europea risiede in Italia da almeno quattro anni, o l'apolide o il rifugiato risiede stabilmente in Italia da almeno cinque anni e, infine, lo straniero risiede, sempre legalmente, in Italia da almeno dieci anni.

L'ultimo modo per acquisire la cittadinanza è quello della concessione in casi eccezionali. Per questo modo di acquisizione bisogna che lo straniero o l'apolide si sia contraddistinto in gesti meritori e di alta valenza nei confronti dello Stato italiano. Chiunque, sia esso cittadino italiano o straniero, attraverso la prefettura, può chiedere al Ministro degli Interni di conferire questo riconoscimento attraverso il Presidente della Repubblica.

Negli ordinamenti statali la scelta è basata sull'orientamento dello *ius sanguinis* o dello *ius soli*, dato che gli altri istituti sopra elencati hanno una funzione complementare.

come si utilizzi indistintamente la voce cittadinanza. Unica distinzione possibile è quella tra la cittadinanza in senso formale, che nell'ottica già vista potrebbe configurarsi con la *nationality*, fondata sulla coincidenza tra *status* giuridico di cittadino e l'appartenenza alla comunità nazionale, e la cittadinanza in senso sostanziale, intesa come *citizenship*, in cui il cittadino è visto come titolare di diritti e obblighi¹³.

Nei vari periodi storici i due significati hanno teso a combaciare. Nell'antica Grecia, e più specificatamente nella *polis*, il cittadino era colui che partecipava al governo democratico della comunità, in quanto ne aveva il diritto e il dovere, differenziandosi così dagli schiavi, dalle donne e dagli stranieri. Venivano così a combaciare nel termine di cittadinanza sia la partecipazione che l'interessamento alla *res publica*.

Con il tempo, l'attribuzione della cittadinanza e i diritti ad essa annessi vengono conferiti ai soggetti che si trovano su un territorio, identificati come popolo, i quali hanno la medesima identità, tradizione e cultura. La rivoluzione francese collegherà la sovranità nazionale e la cittadinanza: la sovranità nazionale è la palese manifestazione della volontà popolare in base alla quale tutti i soggetti della Nazione godono di un eguale trattamento. La cittadinanza, viene così concepita in maniera egualitaria e si identifica con la sovranità popolare.

Tutto ciò, inevitabilmente, ha portato a una identificazione dei termini *nationality* e *citizenship*. Però, per via della globalizzazione e dei flussi migranti, i due termini tendono ora a contrapporsi, mentre si affaccia una terza fattispecie, quella di *denizenship*, che rappresenta secondo parte della dottrina¹⁴ la condizione dei migranti residenti di lungo periodo in un certo Stato, i quali godono di quasi tutti i diritti dei cittadini ad esclusione di quelli politici.

¹³ Cfr. D. ZOLO, *Cittadinanza. Storia Cittadinanza: storia di un concetto teorico-politico*, in *Filosofia politica*, n. 1, il Mulino, Bologna 2000, pp. 5 ss.

¹⁴ Cfr. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford 1997, pp. 370 ss.; D. ZOLO, *Cittadinanza. Storia Cittadinanza cit.*, *Ibidem*; S. O'LEARY, *The Evolving Concept of Community Citizenship, From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, The Hague 1997, p. 8, e S. HALL, *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1995, pp. 1 ss.; infine Z. LAYTON-HENRY, *Citizenship or Denizenship for Migrant Workers?*, in *Id.* (a cura di), *The Political Rights of Migrant Workers in Western Europe*, Sage Publications, London 1990, pp. 188 ss.

3. *Aspetti storici della cittadinanza europea.*

Con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992¹⁵ venne introdotta la cittadinanza dell'Unione, di fondamentale importanza per tutto il contesto europeo. Alla «Cittadinanza dell'Unione», il Trattato CE dedica tutta la Seconda Parte, inserita subito dopo i Principi e prima delle Politiche della Comunità. Con l'introduzione di questa Seconda Parte sono stati individuati nuovi diritti dei cittadini degli Stati facente parte la Comunità europea¹⁶.

L'introduzione della cittadinanza dell'Unione è frutto di una proposta del governo spagnolo, presentata nell'ambito della conferenza intergovernativa che poi ha portato alla stesura del Trattato di Maastricht. Ma tale proposta è stata preceduta, prima dell'entrata in vigore del Trattato sull'Unione, da una lunga discussione, nella quale sono emersi diversi progetti.

Seguendo un ordine temporale si nota come il primo di questi progetti sia stato di iniziativa italiana durante il vertice europeo di Parigi del 1972. Il progetto italiano fu poi ripreso nel vertice del 1974 e diede impulso a due gruppi di lavoro, uno incentrato sullo studio dell'attuazione di una unione dei passaporti, con l'introduzione di un iniziale passaporto uniforme¹⁷, l'altro, finalizzato a elaborare una proposta per l'identificazione, nonché l'attribuzione, di "diritti speciali" in capo ai singoli soggetti degli Stati dell'Unione¹⁸.

Di particolare rilevanza per la futura cittadinanza europea, tanto da condizionarne la configurazione, fu la scelta, sempre nel vertice parigino del 1974, di analizzare la questione sotto il profilo di "diritti speciali" dei cittadini dell'Unione, o meglio dei diritti da riconoscere, da parte degli

¹⁵ Trattato che ha dato origine all'Unione europea, in vigore dal 1° novembre 1993 (GUCE, C 191 del 29 luglio 1992, reso esecutivo in Italia con l. 3 novembre 1992, n. 454, in *G.U. Rep. it.*, n. 227 del 24 novembre 1992, suppl. ord.

¹⁶ Cfr. M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia Giuridica*, Aggiornamenti 1995, Treccani, Roma 1995.

¹⁷ Di questi progetti la realizzazione più concreta è stata finora il passaporto europeo, realizzatosi attraverso due risoluzioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri delle Comunità europee riuniti in sede di Consiglio, la prima del 23 giugno 1981, in *G.U.C.E.*, 19 settembre 1981, C 241, pp. 1 ss., e la seconda del 30 giugno 1982, in *G.U.C.E.*, 16 luglio 1982, C 179, 1 ss.

¹⁸ In *Boll.*, n. 12, 1974, pp. 8 ss.

Stati che facessero parte dell'Unione europea, agli stranieri che erano cittadini di un'altro paese comunitario. Questi "diritti speciali", invece di manifestarsi come *status* dei cittadini europei nel contesto della legislazione comunitaria, vennero intesi come forma di trattamento di favore degli stranieri-cittadini dell'Unione da parte degli Stati dell'Unione.

Da notarsi come il Parlamento europeo, con una risoluzione del dicembre 1977¹⁹, e, prima la Commissione, con una relazione del giugno 1975²⁰, avessero insistito nella possibilità di riconoscere alcuni diritti speciali ai cittadini europei all'interno degli Stati membri, tra i quali spiccano certi "diritti politici", come la possibilità di accesso all'elettorato attivo e passivo nelle elezioni locali e regionali, nonché, con certi limiti, nazionali, come anche l'accesso alle pubbliche funzioni e la libertà di associazione sia essa sindacale che politica.

Dal vertice di Parigi del 1974 si ebbe il rapporto Tindemans del 1975, nato nell'ottica di creare un'Unione europea fondata su una forte coesione tra i suoi popoli, così come anche precisato nel preambolo del trattato di Roma. Questo rapporto del 1975 aveva il preciso intento di porre le basi di una Europa dei cittadini. Da notare come contemporaneamente il Parlamento europeo richiedesse l'elaborazione di una «carta dei diritti del cittadino della Comunità europea», proprio per creare una sensibilità comunitaria europea²¹.

Il rapporto Tindemans del 1975 era solo uno dei tanti progetti, ma da non sottovalutare per la sua articolazione è il progetto di trattato sull'Unione europea, risalente al 1984, adottato dal Parlamento europeo. In questo progetto di trattato, e specificamente nell'articolo 3, si volevano attribuire, ai soggetti membri degli Stati facente parte l'Unione europea, dei diritti di partecipazione alla vita politica dell'Unione, oltrepassando così la visione dei "diritti speciali" dei cittadini europei²².

Il progetto di trattato non ebbe un lieto fine e ne prese il posto l'Atto unico europeo del 1986, che accenna alla cittadinanza solo nel preambo-

¹⁹ In *G.U.C.E.*, 12 dicembre 1977, C 299, pp. 25 ss.

²⁰ Cfr. la relazione in COM (75) 321 def.

²¹ Risoluzione 6 agosto 1975 sull'Unione europea, in *G.U.C.E.*, 6 agosto 1975, C 179, p. 28.

²² Cfr. F. CAPOTORTI, *Art. 3 – Citoyenneté de l'Union*, in M. Hilf, F. Jacobs, J.P. Jacqué (a cura di), *Le Traité d'Union Européenne. Commentaire du projet adopté par le Parlement européen, le 14 février 1984*, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles 1985, pp. 33 ss.

lo, abbandonando così tutte le novità, previste nel progetto elaborato dal Parlamento europeo e sviluppate da uno specifico comitato sull'«Europa dei cittadini», detto comitato Adonnino, istituito dal Consiglio di Fontainebleau del giugno 1984 e nel quale, peraltro, si riproponeva la cittadinanza europea sotto forma di “diritti speciali” dei cittadini nell’ambito degli Stati membri.

Nei Consigli europei²³, prima in quello di Madrid, del giugno del 1989, e poi in quello di Dublino, dell’aprile del 1990, si ripresenta l’idea di cittadinanza europea, senza peraltro conseguire effetti concreti, durante il processo di revisione dei trattati istitutivi delle Comunità europee che portano al Trattato di Maastricht, creando un’Unione europea.

Nel dicembre del 1990, al Consiglio europeo di Roma, si affidò alla conferenza intergovernativa sull’Unione politica la creazione dell’istituto della cittadinanza europea.

Con il Trattato CE, specificamente nell’articolo 8²⁴, il Parlamento europeo si è sforzato di creare una cittadinanza europea che si avvicinasse alla cittadinanza come intesa negli Stati nazionali, altresì dotando l’Unione europea del potere di determinare le regole per l’acquisto e la perdita della cittadinanza, e stabilendo che il concetto di cittadinanza si vada evolvendo contemporaneamente con l’evoluzione dell’Unione e, inoltre, assicurando la partecipazione politica dei soggetti negli Stati membri e dell’Unione²⁵. Ma tutto ciò non è servito ad allontanare il concetto di cittadinanza europea dall’iniziale concezione, emersa nel 1974, come complesso di “diritti speciali”.

Così, grazie a queste norme, si vengono a creare per il cittadino europeo, una serie di diritti, sia nei confronti delle istituzioni comunitarie, quali il diritto di petizione al Parlamento europeo e il diritto di rivolgersi al Mediatore europeo – diritti che possono essere invocati oltre che dai cittadini dell’Unione anche da cittadini di paesi terzi che abbiano la residenza in uno Stato membro – sia dei diritti che equiparano i cittadini di tutti gli Stati membri a quelli dello Stato di residenza, quali la piena libertà di circolazione e di soggiorno, il diritto di voto e di eleggibilità nel-

²³ Consiglio europeo di Madrid del 25 e 26 giugno 1989, il *Boll.*, n. 6-89, pp. 1 ss., e quello di Dublino del 28 aprile 1990, in *Boll.*, n. 4-90, pp. 7 ss.

²⁴ Oggi articolo 17.

²⁵ Risoluzione sulla cittadinanza dell’Unione del 21 novembre 1991, in *G.U.C.E.*, 16 dicembre 1991, C 326, p. 205.

le elezioni comunali e nelle elezioni per il Parlamento europeo nello Stato di residenza, il diritto alla protezione diplomatica.

4. *L'inquadramento normativo della cittadinanza europea.*

Come si è accennato, il Trattato CE disciplina la «Cittadinanza dell'Unione»²⁶ quale complesso di diritti e dei doveri, facendo supporre, in tal modo, che il contenuto della disciplina della cittadinanza dell'Unione è da ricercare in norme che si trovano nel diritto comunitario. Attualmente²⁷, oltre al fatto che Unione e Comunità non sono certo nozioni coincidenti²⁸, la disciplina della cittadinanza dell'Unione non è contenuta esclusivamente in norme comunitarie.

Proprio le norme dell'Unione collocano la cittadinanza in un quadro di più largo respiro e la intendono finalizzata a «rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini dei suoi Stati membri»²⁹. Si può pertanto accettare il rilievo secondo cui ragioni di coerenza avrebbero voluto una cittadinanza dell'Unione disciplinata da norme dell'Unione, come è successo per i diritti fondamentali, collocata nelle «Disposizioni comuni» al Trattato sull'Unione e ai trattati comunitari³⁰.

²⁶ Per maggiori approfondimenti cfr. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*², Giuffrè, Milano 2006, pp. 3 ss.

²⁷ I lavori della «Convenzione sul futuro dell'Unione europea», prevista dal Consiglio europeo di Laeken del 14-15 dicembre 2001, hanno permesso di sottoscrivere, il 29 ottobre 2004, il «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», in *G.U.U.E*, C 310 del 16 dicembre 2004. Il testo della Costituzione europea (mai entrata in vigore) prevedeva che fossero soppresses la Comunità europea e l'Unione europea istituita dal Trattato sull'Unione europea e che le relative competenze fossero attribuite all'Unione istituita dalla Costituzione europea chiamata a succedere ai primi due soggetti, con conseguente unificazione dei «pilastri».

²⁸ La personalità giuridica dell'Unione viene riconosciuta da parte della dottrina, cfr. A. TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 1999, pp. 465 ss., e ha trovato un evidente conferma nella prassi attraverso la stipulazione di accordi internazionali: ad esempio, cfr., gli accordi tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'extradizione.

²⁹ Cfr. articolo 2 TUE. La cittadinanza venne identificata come una delle motivazioni che hanno portato gli Stati all'approvazione del trattato istitutivo dell'Unione. Nel Preambolo del Trattato sull'Unione europea, gli Stati dell'Unione si dichiarano «decisi ad istituire una cittadinanza comune ai cittadini dei loro paesi».

³⁰ Titolo I del TUE, articoli 1-7.

Si può osservare, inoltre, che la limitata competenza della Corte di giustizia nell'ambito del Trattato sull'Unione³¹ ha ridotto la tutela dei diritti correlati allo *status* di cittadino dell'Unione, i quali sono assicurati in modo equivalente a quello di ogni altra posizione soggettiva di derivazione comunitaria³².

Solo le persone fisiche godono dello *status* di cittadinanza dell'Unione; restano escluse le persone giuridiche che pure hanno delle libertà fondamentali, quali la libertà di stabilimento e quella di prestazione di servizi, che il Trattato prevede. L'istituto della cittadinanza dell'Unione, quindi, non risolve i problemi connessi allo stabilimento primario delle persone giuridiche e, conseguentemente, al trasferimento della sede da uno Stato all'altro e vanifica un diritto fondamentale che il Trattato riconosce³³.

Questa limitazione³⁴ è da attribuire al significato politico dato alla cittadinanza dell'Unione: il cittadino di essa gode del diritto di voto alle elezioni del Parlamento europeo e a tutte quelle dello Stato in cui risiede e in quest'ottica assume importanza solo la cittadinanza delle persone fisiche.

³¹ Cfr. articolo 46 TUE. Nell'ambito del terzo pilastro la competenza della Corte è ammessa nei ristretti limiti di cui all'articolo 35 TUE (cfr. L. SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel "terzo pilastro": prime applicazioni dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano 1998, pp. 905 ss.) mentre è del tutto esclusa nel secondo pilastro (PESC) salva l'indiretta competenza che al giudice comunitario si riconosce nel quadro di un *actio finium regundorum* in ogni caso fondata sulle norme comunitarie e sull'articolo 47 TUE: cfr. C. NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Cedam, Padova 2005, pp. 149 ss.

³² In tal senso B. NASCIBENE, *Profili della cittadinanza dell'Unione europea*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1995, pp. 246 ss.; U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari 1995, pp. 1006 ss.

³³ Nella sentenza del 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail*, in *Racc.*, p. 5483 ss., la Corte ha riconosciuto che il trasferimento della sede di una società da uno Stato membro all'altro dipende dalle singole legislazioni nazionali o da iniziative pattizie degli Stati membri, senza che le norme comunitarie possano assumere rilievo. Gli effetti della sentenza *Daily Mail* sono stati fortemente ridimensionati dalle sentenze 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, in *Racc.*, I-1459 ss. e 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering*, in *Racc.*, p. I-9919 ss., sia pure attraverso argomenti diversi dalla cittadinanza dell'Unione.

³⁴ A. LANG, *Articolo 17*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, A. TIZZANO (a cura di), Giuffrè, Milano 2004, pp. 249 ss.

Secondo il Trattato, chi possiede la cittadinanza di uno Stato membro possiede pure la cittadinanza dell'Unione: l'acquisto o la perdita della cittadinanza di uno Stato membro comporta l'acquisto o la perdita della cittadinanza dell'Unione, che risulta "ancillare" di quella nazionale e pertanto fa apparire superflua³⁵ la norma secondo cui la cittadinanza dell'Unione è un complemento di quella nazionale e non la sostituisce. Ne consegue che non si tratta di una nozione «autonoma», ma discrezionale di ciascuno Stato membro³⁶ e che ogni ordinamento nazionale ne identifica i destinatari³⁷. I modi di acquisto e di perdita della cittadinanza dell'Unione sono sottoposti alle legislazioni nazionali e così la dottrina parla di cittadinanza «duale» nel senso di due distinte condizioni connesse³⁸, ovvero di cittadinanza «complementare»³⁹ che semplicemente si unisce alla cittadinanza nazionale senza sostituirla.

La Corte afferma che non interessano momento e modo di acquisto della cittadinanza di uno Stato membro per applicare il diritto comunitario se, nel momento in cui viene invocata la norma comunitaria, l'individuo era già cittadino di un altro Stato membro⁴⁰, come pure ha affermato che non ha importanza, per applicare il diritto comunitario, il possesso della cittadinanza dello Stato membro in cui risiede se lo stesso individuo possiede pure la cittadinanza di un altro Stato membro⁴¹.

Il fatto che sia stata introdotta la cittadinanza dell'Unione non ha leso la competenza degli Stati a definire i propri cittadini. La Germa-

³⁵ A simile conclusione si giungeva in base alla precedente formulazione dell'articolo 17 CE, la cui seconda frase stabilisce che «è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro».

³⁶ Cfr., per ulteriori approfondimenti, M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione* cit., pp. 6 ss.; B. NASCIBENE, *Profili della cittadinanza* cit., p. 247.

³⁷ Chiarificatrice, in merito è la *Dichiarazione sulla cittadinanza di uno Stato membro*, adottata dalla Conferenza intergovernativa e allegata al Trattato di Maastricht, secondo cui «[...] ogni qualvolta nel Trattato che istituisce la Comunità europea si fa riferimento a cittadini degli Stati membri, la questione se una persona abbia la nazionalità di questo o quello Stato membro sarà definita soltanto in riferimento al diritto nazionale dello Stato membro interessato».

³⁸ Cfr. V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, il Mulino, Bologna 1994, pp. 61 ss.

³⁹ Cfr. M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁰ Sentenza del 7 febbraio 1979, 136/78, *Auer*, in *Racc.*, pp. 437 ss.

⁴¹ Sentenze del 19 gennaio 1988, C-292/86, *Gullung*, in *Racc.*, pp. 111 ss.; 23 febbraio 1994, C-419/92, *Scholz*, in *Racc.* pp. I-505 ss.

nia ed il Regno Unito avevano già definito coloro che possono essere qualificati cittadini nazionali ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie. La Germania, firmando il Trattato CEE, stabiliva quali tedeschi erano da intendere per cittadini⁴²; la stessa cosa, ma in modo più complesso, faceva il Regno Unito⁴³, escludendo i «British dependent territories» e i «British overseas citizens»⁴⁴. La Corte di giustizia ha ritenuto ciò un mezzo per stabilire il campo di applicazione *ratione personae* del Trattato⁴⁵.

Si può affermare che la cittadinanza europea ha carattere derivato in quanto il legame tra Comunità ed Unione con i suoi cittadini avviene con l'intermediazione degli Stati⁴⁶. Gli Stati membri, attraverso il loro diritto nazionale, possono precisare chi può esser considerato proprio cittadino per mezzo di una dichiarazione presentata alla Presidenza della Comunità. L'esclusività del potere dello Stato membro nell'attribuzione della cittadinanza nazionale si riscontra anche nelle conclusioni del Consiglio Europeo di Edimburgo dell'11 e 12 dicembre 1992. Nelle conclusioni si assicurò la Danimarca, che aveva sollevato dei problemi durante la ratifica del Trattato sull'Unione Europea pensando che la cittadinanza europea potesse determinare il diritto per i cittadini di Stati terzi di ottenere la cittadinanza danese, affermando che «la questione se una persona abbia cittadinanza di uno Stato membro è definita esclusivamente in riferimento al diritto dello Stato membro interessato»⁴⁷.

Pertanto, a fronte di nozioni autonome che prescindono dal contenuto che di quella nozione si ha nei singoli ordinamenti nazionali e identificano coloro che beneficiano dei diritti che la norma comunitaria conferi-

⁴² Si trattava della *Dichiarazione del governo della Repubblica federale di Germania relativa alla definizione dei cittadini tedeschi*, di cui la Conferenza intergovernativa prese nota (riprodotta in A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*⁴, Cedam, Padova 2005, p. 128).

⁴³ Cfr. N. BLAKE, *British Nationality Law*, in *Nationality Laws in the European Union*, B. NASCIBENE (ed.), Giuffrè, Milano 1996, pp. 679 ss.

⁴⁴ Per il testo della dichiarazione cfr. G.U.C.E., C-23 del 28 gennaio 1983. In argomento cfr., anche, A.R. COSÌ, *Cittadinanza dell'Unione e cittadinanza di uno Stato membro: il caso della British Overseas Citizenship*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 664 ss.

⁴⁵ Cfr. sentenza del 20 febbraio 2001, C-192/99, *Kaur*, in *Racc.*, pp. I-1237 ss., punto 24.

⁴⁶ Cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 1007 ss.

⁴⁷ Cfr. G.U.C.E., C-348 del 31 dicembre 1992.

sce⁴⁸, la nozione di cittadinanza dell'Unione dipende da ciò che stabiliscono i singoli Stati membri⁴⁹.

Limiti alla competenza degli Stati nella definizione di presupposti per l'acquisto e la perdita della cittadinanza, pur senza una espressa menzione, sembrano essere ammessi dalla Corte di Giustizia⁵⁰ anche se essa non chiarisce quali possano essere questi limiti in materia di attribuzione e, soprattutto, di perdita dello *status civitatis*⁵¹. La configurabilità di tali limiti trova ragione, dopo il Trattato di Maastricht, nella circostanza per cui la cittadinanza nazionale implica quella dell'Unione e quindi la fruizione di posizioni soggettive altrimenti precluse. Una concreta individuazione di confini all'esercizio delle competenze nazionali in materia di cittadinanza è stata proposta, nell'esigenza di rispettare i diritti fondamentali dell'individuo, quali principi generali di diritto comunitario⁵². A tal proposito gli Stati membri dovrebbero, attraverso degli atti di diritto comunitario o degli strumenti convenzionali, armonizzare gli ordinamenti nazionali con quelli che sono i principi propri dell'Unione.

Qualunque nozione di cittadinanza si accolga⁵³ si notano i tratti differenziali nell'ordinamento dell'Unione rispetto all'istituto della cittadinanza che è rilevante per l'ordinamento interno e per quello internazionale. Alla Comunità e nell'Unione mancano i caratteri della comunità po-

⁴⁸ Cfr., ad esempio, la nozione di lavoratore di cui all'articolo 39 CE come interpretata dalla Corte di giustizia in numerose pronunce.

⁴⁹ L'introduzione della cittadinanza dell'Unione non aumenta le categorie dei beneficiari dei diritti di derivazione comunitaria, ma si può notare come alcuni diritti connessi alla condizione di cittadino dell'Unione, secondo quanto stabilito dall'art. 21 CE, siano riconosciuti a chiunque risieda nell'Unione, come previsto dall'art. 194 e 195 CE, non avendo importanza se si possenga o meno la cittadinanza di uno Stato membro e ciò, forse, al fine di favorire i residenti di uno Stato membro e agevolare l'integrazione tra gli Stati medesimi. Per ulteriori approfondimenti vedi B. NASCIMBENE, *Brevi rilievi in tema di diritti fondamentali, cittadinanza e sussidiarietà nel Trattato sull'Unione europea*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, vol. 33, fasc. 1/2, 1994, pp. 233 ss.; M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁰ Cfr. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*⁴, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 12.

⁵¹ Sentenza 20 febbraio 1975, 21/74, *Airola*, in *Racc.*, p. 221 ss.

⁵² Cfr. articolo 6 TUE. Sulla perdita della cittadinanza in violazione di diritti fondamentali cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 1009 ss.

⁵³ Per le varie nozioni, cfr. G. BISCOTTINI, *Cittadinanza (dir. vigente)*, in *Enciclopedia del Diritto* (XLVI voll.), VII, Giuffrè, Milano 1960, pp. 140 ss.

litica o dell'entità statale; inoltre, il Trattato riconosce ai cittadini dell'Unione dei diritti che non esprimono la soggezione dell'individuo allo Stato e neppure l'aspetto partecipativo⁵⁴. La nozione di cittadinanza dell'Unione non sfugge, quindi, alla logica della sommatoria di diritti che ha caratterizzato il percorso di quella idea⁵⁵, con la sola eccezione del progetto del Parlamento Europeo del 1984⁵⁶.

In conclusione, va sottolineato come ancora l'istituto della cittadinanza debba evolversi, visti anche i problemi connessi allo stabilimento primario delle persone giuridiche e al trasferimento della sede da uno Stato all'altro, nella concezione di diritto piuttosto che di riconoscimento politico. Bisognerebbe riconoscere al soggetto cittadino dell'Unione tutti quei diritti rientranti nella sfera del cittadino in quanto persona giuridica oltre, come già avviene, di persona fisica. A tal proposito dovrebbe esserci una nozione "autonoma" di cittadinanza e non più discrezionale di ogni Stato membro, senza più avere gli ordinamenti nazionali che ne identificano i destinatari.

La Corte di Giustizia, forte di quanto statuito dal Trattato di Maastricht in merito alla cittadinanza, ha mosso qualche passo, seppur timido, per la limitazione alla competenza degli Stati nella definizione di presupposti per l'acquisto e la perdita della cittadinanza.

Quindi, oggi la nozione di cittadinanza dell'Unione esprime l'idea di appartenenza a una "comunità" che non è quella statale né intende la Comunità europea come un'insieme di istituzioni e organi che la governano. Essa ricorda l'essere parte di quella comunità di cui fanno parte istituzioni, Stati membri e loro cittadini, i quali, per mezzo del Parlamento Europeo, partecipano alle attività della Comunità stessa.

⁵⁴ Sulla soggezione e partecipazione allo Stato come elementi propri del vincolo giuridico-politico di cittadinanza cfr., per tutti, R. CLERICI, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁵ M. CARTABIA, *op. cit.*, pp. 2 ss.

⁵⁶ Anche in occasione del Trattato di Maastricht, il Parlamento europeo aveva auspicato l'introduzione nel Trattato di un articolo secondo il quale «L'Unione può stabilire alcune condizioni uniformi per l'acquisto o per la perdita della cittadinanza degli Stati membri in virtù delle procedure previste per la revisione del Trattato» (cfr. la Risoluzione sulla cittadinanza dell'Unione del 21 novembre 1991, in *G.U.C.E.*, C 326), così contribuendo a ridurre la discrezionalità degli Stati e parzialmente "comunitarizzando" la nozione di cittadinanza dell'Unione. In dottrina cfr. F. CUOCOLO, *La cittadinanza dell'Unione europea (prospettive costituzionali)*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 659 ss.

5. I diritti correlati alla cittadinanza europea nella Carta dei diritti fondamentali.

Dall'articolo 17, paragrafo 2, si evince che i cittadini dell'Unione hanno diritti e sono soggetti ai doveri che il Trattato prevede: lo *status* di cittadino dell'Unione è dunque definito sommariamente con un rinvio a quanto il Trattato CE attribuisce a coloro che hanno la cittadinanza di uno Stato membro. Peraltro, gli articoli 18, 19, 20 e 21 definiscono espressamente alcuni diritti quali quello alla libera circolazione, il diritto di voto alle elezioni comunali, circoscrizionali e del Parlamento europeo, il diritto alla protezione diplomatica e quello di petizione e di ricorso al Mediatore⁵⁷.

Questa è in ogni caso un'elencazione incompleta, in quanto alle posizioni soggettive elencate si dovranno aggiungere altri diritti propri dei cittadini degli Stati membri e posizioni soggettive godute dal cittadino dell'Unione non perché è tale, ma perché appartiene a categorie, come lavoratore, consumatore e altro, che sono considerate beneficiarie dal diritto comunitario⁵⁸.

Sebbene per l'articolo 2 TUE la cittadinanza sia concepita come funzionale al rafforzamento della tutela dei diritti dei cittadini degli Stati membri, nella Parte II, che è dedicata alla cittadinanza, non figurano i diritti fondamentali dell'individuo e dei quali il cittadino dell'Unione è titolare nell'ordinamento comunitario.

Con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000⁵⁹ dal Parlamento Europeo, Consiglio e Commissione, si enunciano, nel capo V, i diritti specifici connessi alla cittadinanza dell'Unione Europea.

La Carta, elencando i diritti del cittadino dell'Unione, mette innanzitutto in rilievo i diritti elettorali perché permettono di partecipare alla

⁵⁷ I soggetti che debbono fare in modo che quei diritti trovino attuazione sono diversi. In certi casi sono le istituzioni comunitarie, come per il ricorso al Mediatore, il diritto di petizione, il diritto di rivolgersi alle istituzioni e di ottenere risposta; in altri, quando si tratta di diritto di circolazione, elettorato attivo alle elezioni comunali e circoscrizionali, è lo Stato membro nel cui territorio si esercita quel diritto.

⁵⁸ Sull'incompletezza dell'elencazione cfr. D. O'KEEFE, *General Course in European Community Law, The Individual and European Law, in Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, tomo 1, 1994, pp. 55 ss., spec. pp. 124 ss.

⁵⁹ G.U.C.E., C-364 del 18 dicembre 2000.

vita politica dell'Unione e dello Stato di residenza. Ciò vuol dire che il cittadino dell'Unione gode di uno *status activae civitatis*.

Pertanto, la Carta, sebbene affermi che l'Unione, istituendo una propria cittadinanza vuole mettere la persona al centro della sua azione, non tratta del diritto alla cittadinanza dell'Unione né indica quali siano i requisiti per ottenerla. Le disposizioni del Capo V della Carta non sono particolarmente innovative, ma vanno egualmente apprezzate perché compongono un insieme di diritti caratterizzanti, nel suo complesso, lo *status* del cittadino nei confronti dell'Unione⁶⁰. Ad esempio, il diritto ad una buona amministrazione può essere inteso come un nuovo diritto la cui tutela si rende necessaria alla luce dell'evoluzione della società.

La Carta di Nizza ha avuto l'impossibilità di introdurre delle novità e ciò è riscontrabile anche nell'allegato IV delle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999⁶¹. Tutto ciò ha inciso sulla sua portata normativa, avendo così una esclusiva funzione ricognitiva.

Nonostante il suo interessamento per le «generazioni future», quale elemento di cui si deve tener conto nell'esercizio dei diritti enunciati, la Carta suscita non poche perplessità in quanto alcune sue norme sono state riprodotte nei loro termini essenziali, senza alcuna specificazione.

Le disposizioni inerenti la cittadinanza riprendono, alcune volte testualmente, a volte perfezionandole in forma di diritti soggettivi, le disposizioni già contenute nel Trattato di Amsterdam. La ripetizione di principi già enunciati nel Trattato di Amsterdam⁶² si giustifica solamente in prospettiva di un inserimento della Carta nel progetto di un Trattato⁶³.

⁶⁰ L.S. ROSSI, *Uguaglianza – Cittadinanza*, in ID. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 109 ss.

⁶¹ Si afferma, a Colonia, che: «Il Consiglio europeo ritiene che la Carta debba contenere i diritti di libertà e uguaglianza, nonché i diritti procedurali fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultati dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. La Carta deve inoltre contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione».

⁶² Le ripetizioni di alcune disposizioni all'interno della Carta possono sembrare superflue in quanto già presenti in un Trattato che ha valore giuridico obbligatorio e vincolante a differenza della Carta che non ha l'analoga natura.

⁶³ A tal proposito va ricordato che la Carta era già stata inserita all'interno del Trattato costituzionale per l'Europa, firmato a Roma il 24 ottobre 2004, ma la mancata ratifi-

Ad esempio, il diritto di voto e di eleggibilità dei cittadini dell'Unione al Parlamento europeo, come la sua stessa previsione di un'elezione a suffragio universale diretto sono norme presenti nel Trattato di Amsterdam e che costituiscono, quindi, dei diritti soggettivi già vigenti all'interno degli ordinamenti interni dei singoli Stati membri⁶⁴.

In merito ai doveri, la Carta non ne fa cenno se si fa eccezione del Preambolo, dove genericamente si afferma che il godimento dei diritti implica dei doveri.

A causa della sua formulazione poco chiara di alcuni principi e per il suo carattere non giuridicamente vincolante, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha creato intorno a sé un grande dibattito circa il valore delle sue disposizioni. Prima, a tal proposito, la Corte di Giustizia in diverse occasioni ha respinto l'orientamento espresso da alcuni Avvocati generali nel riconoscere alla Carta un valore vincolante in quanto strumento di rilevazione dei diritti fondamentali. Invece, il Tribunale di primo grado ha richiamato in alcune sue decisioni la Carta, unitamente ad altri testi vincolanti, senza preoccuparsi della sua natura⁶⁵.

Nonostante ciò la normativa nazionale di esecuzione del diritto comunitario dovrà essere fedele ai principi di garanzia dei diritti fondamentali, laddove si applichi a situazioni nazionali concrete per le quali sia possibile riscontrare un collegamento con il sistema giuridico europeo, indipendentemente dalla nazionalità del soggetto i cui diritti fondamentali si ritengono violati.

La Corte di Giustizia può estendere l'obbligo di tutela dei diritti fondamentali e così poter espletare il suo controllo sulle disposizioni nazionali anche a quelle situazioni per le quali la competenza sia posta in essere in base ai Trattati, ma non sia stata esercitata dalle istituzioni euro-

ca da parte della Francia e dell'Olanda, in conseguenza del referendum abrogativo, segnò una battuta d'arresto. Il Trattato era stato ratificato da diciotto Stati. La Carta, oggi, ha ritrovato una collocazione all'interno del Trattato di Lisbona in via di ratifica da parte degli Stati. Il Trattato di Lisbona subentra al Trattato costituzionale per l'Europa aggiornandolo e apportando alcune modifiche.

⁶⁴ Parte della dottrina ha affermato che enunciare certi diritti all'interno della Carta è contraddittorio e pressoché inutile in quanto, essendo la Carta una mera dichiarazione, non determina il sorgere di diritti soggettivi; cfr. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*², Giappichelli, Torino 2006, p. 345.

⁶⁵ Cfr. *Ivi*, p. 347.

pee⁶⁶, a prescindere dal carattere strettamente attuativo della normativa interna⁶⁷.

Va sottolineato che, vista l'evoluzione dell'ordinamento europeo e della prassi della Corte di Giustizia, i principi del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, pur rientrando nel diritto dell'Unione ed essendo posizionati all'interno degli ordinamenti statali in una posizione intermedia tra il diritto primario e quello derivato, non sono autonomi. Questi principi non hanno un contenuto immediatamente precettivo, quindi non riescono ad imporre agli Stati l'obbligo di adeguare ad essi il proprio sistema giuridico. La conseguenza di tutto ciò è che i diritti fondamentali di matrice comunitaria non sono immediatamente esigibili e direttamente invocabili dai singoli all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, a meno che non siano richiamati espressamente, o non siano desumibili, in via interpretativa, da una norma europea dotata dei caratteri della diretta applicabilità o che produca effetti diretti.

Però, ultimamente, la Corte di Giustizia sta introducendo una nuova giurisprudenza in cui ricollega i diritti garantiti nel Trattato alla cittadinanza anziché all'esercizio della libera circolazione o per il loro contenuto avente ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Questa visione determina il superamento della concezione funzionalista già avvenuto con il Trattato di Maastricht e con il passaggio verso il Trattato di Lisbona. La Corte utilizza in maniera occasionale la libertà di circolazione per stabilire la copertura di una fattispecie da parte del diritto comunitario.

Con il Trattato di Lisbona si ha, al suo interno, l'incorporazione della Carta, diventando così parametro di legalità delle norme dell'Unione e di quelle degli Stati membri che attuino le norme dell'Unione o ad esse derogino. Certi diritti, tra questi anche quelli della cittadinanza, diventano vere e proprie norme imperative.

⁶⁶ Vedi G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *I Diritti dell'Uomo: cronache e battaglie*, n. 3, 2003, pp. 6 ss. L'autore afferma che la tutela dei diritti fondamentali, «che si realizza 'nel quadro del diritto comunitario', vincola gli Stati membri anche quando non si tratti dell'esecuzione di un atto delle istituzioni delle Comunità, purché la materia sia effettivamente tutelata dalla normativa comunitaria. [...] È da precisare che nell'abito delle competenze non esclusive dell'Unione degli Stati membri restano comunque liberi di provvedere autonomamente alla tutela dei diritti fondamentali in assenza di atti dell'Unione».

⁶⁷ Cfr. Conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs del 27 aprile 1989, caso *Wachauf*, punto 31 n. 4, C-5/88, in *Racc.*, 1989, p. 2609; conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs del 9 dicembre 1992, caso *Kostantinidis*, punto 46, C-168/91, in *Racc.*, p. I-1191 s.

Di fondamentale importanza la spinta propulsiva del Parlamento europeo che con la Risoluzione del 15 marzo 2007 sul «rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte della Commissione: metodologia per un controllo sistematico e rigoroso» invita tutte le istituzioni dell'Unione (ed anche quelle nazionali) ad un monitoraggio trasparente e penetrante del rispetto dei diritti sanciti a Nizza nel processo legislativo comunitario⁶⁸. La risoluzione, che permette di vagliare una serie di suggerimenti e di indicazioni concrete, finisce con il valorizzare il dato istituzionale del naturale onere da parte degli organi comunitari, sin dai primi mesi del 2001, a non violare in qualsiasi atto proveniente dall'Unione i diritti fondamentali come ricostruiti e formulati nell'Elenco del Dicembre 2000, che ha avuto un raffronto da un lato in provvedimenti "interni" della Commissione e del Parlamento e dall'altro nel richiamo nelle premesse delle direttive o di altri provvedimenti – delle prerogative riconosciute a Nizza «chiamate in gioco» con l'attestazione della loro salvaguardia⁶⁹. Queste valutazioni sono state riprese nella prima sentenza della Corte di Giustizia del 27 giugno 2006, Parlamento/Consiglio, precisando che, anche se la Carta non ha ancora un valore "obbligatorio", tuttavia le sue disposizioni costituiscono un parametro per giudicare la legittimità di atti come le direttive che l'hanno nelle loro premesse citata espressamente⁷⁰.

La Corte mostra una crescente propensione a riscontrare il "nesso comunitario" fra la tutela del diritto e l'ordinamento dell'Unione⁷¹. La "co-pertura comunitaria" consente al soggetto di avvalersi delle garanzie pre-

⁶⁸ Va inteso in senso ampio, e quindi con riferimento anche alle misure degli Stati di adeguamento alle decisioni degli organi di Bruxelles come chiaramente indicato dall'art. 51 del Testo di Nizza.

⁶⁹ Vedi G. BRONZINI e V. PICCONE, *La Corte del Lussemburgo scopre la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela multilevel dei diritti fondamentali*, in *Rivista Critica di Diritto del lavoro*, n. 4/2006 e G. BRONZINI e V. PICCONE, *Dalla Corte di giustizia nuovi impulsi alla giurisdizione ordinaria*, in *Newsletter Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali*, del sito europeanrights.eu, Marzo 2007.

⁷⁰ Nel caso di specie la direttiva sui ricongiungimenti familiari.

⁷¹ Si veda il caso *Carpenter*, sentenza 11 luglio 2002, C-60/00, in *Racc.*, 2002, p. I-6279, punto 46, dove il rispetto della vita privata e il diritto di costituire una famiglia sono stati considerati un limite alla legge inglese sull'espulsione del coniuge extracomunitario non in possesso di permesso di soggiorno. Per la Corte, la violazione dei diritti fondamentali da parte del Sig. Carpenter costituiva una violazione del diritto comunitario perché l'assenza della coniuge lo avrebbe ostacolato nell'esercizio della sua libertà fondamentale.

viste da detto ordinamento nei confronti degli Stati membri. Se tutto ciò non dovesse accadere la circostanza dovrebbe essere qualificata come “puramente interna”, quindi estranea all’applicazione del diritto dell’Unione.

6. I doveri correlati alla cittadinanza europea.

Nell’articolo 17 CE è previsto pure che i cittadini dell’Unione siano soggetti ai doveri che il Trattato prevede. L’enunciazione risponde più alla necessità di proporre formule tipiche dello *status civitatis*, che mette insieme diritti e doveri, che non a quella di descrivere il contenuto della cittadinanza dell’Unione. Nella Parte II del Trattato CE, come in altre disposizioni dello stesso Trattato o del TUE, non si trova l’indicazione dei doveri cui è soggetto il cittadino dell’Unione. La prospettiva è quella propria degli strumenti internazionali in materia di diritti dell’uomo⁷², che, invece di configurare il rapporto individuo-Stato come un insieme di relazioni reciprocamente attive e passive, mirano a circoscrivere i poteri dello Stato per ottenere zone di libertà a favore dell’individuo. Non sembra che nei confronti dell’Unione si possano configurare i doveri che di solito incombono sul cittadino nei confronti del proprio Stato, come il dovere di fedeltà⁷³ ed il dovere di difesa. A tal proposito va detto che la sfera dei doveri dei singoli non può essere integrata seguendo le disposizioni dell’art. 22, inerente la clausola di completamento, in quanto questo prevede la possibilità di definire solo nuovi diritti e non doveri.

Se l’assenza di previsione dei doveri rende la cittadinanza dell’Unione un concetto imperfetto e insoddisfacente⁷⁴, è pure vero che la ragione ultima di questa «imperfezione» sta nei caratteri dell’integrazione europea, che non permettono di configurare né la Comunità né l’Unione come ente che ha le caratteristiche dello Stato e, quindi, idoneo a consentire che si crei un vincolo giuridico-politico del quale la soggezione dell’individuo che vi fa parte è una componente fondamentale. Le propo-

⁷² Cfr. B. NASCIBENE, *L’individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*², Giappichelli, Torino 2003, pp. 337 ss.

⁷³ Cfr., in senso limitatamente diverso, F. CUOCOLO, *La cittadinanza dell’Unione* cit., p. 667.

⁷⁴ Cfr. J. PERTEK, *Droit des institutions de l’Union européenne*, in *Thémis*, Paris 2004, pp. 66 ss.

ste che tendono a codificare alcuni doveri del cittadino dell'Unione⁷⁵ non valgono a caratterizzare la posizione del cittadino dell'Unione in quanto tale, confondendosi col dovere generico di osservare la legge⁷⁶.

7. Rilevanza della cittadinanza dell'Unione: il diritto di circolazione e di soggiorno all'interno della Comunità europea.

Come prevede l'articolo 18 del Trattato CE, ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri nel rispetto delle limitazioni e delle condizioni previste dal Trattato stesso e dalle disposizioni adottate in applicazione di esso.

Tale diritto è il più rilevante e caratterizzante tra quelli che definiscono lo *status* del cittadino dell'Unione, anche perché è fondamentale attraverso il suo esercizio che il cittadino di uno Stato membro si pone in una condizione di rilevanza comunitaria, e può, quindi, godere di altri diritti propri della cittadinanza dell'Unione. La previsione di un'ampia libertà di circolazione richiama il diritto di incolato, da sempre considerato un diritto proprio dello *status* di cittadino, e trova giustificazione nell'appartenenza dell'individuo alla comunità statale⁷⁷.

Tuttavia, la normativa che concerne l'identificazione dei beneficiari del diritto che si sta considerando non appare esaustiva, essendosi riscontrate situazioni in cui il diritto di circolazione e soggiorno viene riconosciuto dal Trattato (nonché da disposizioni di diritto comunitario derivato ovvero da accordi internazionali) anche a soggetti cittadini di paesi terzi come nel caso dei familiari di un cittadino dell'Unione e dei cittadini di Stati terzi legati alla Comunità da un accordo di associazione. Il diritto è, nel primo caso, derivante da quello del cittadino europeo e, nel secondo, riconosciuto dalla norma pattizia⁷⁸.

La libertà di circolazione, come pure quella di soggiorno, delle perso-

⁷⁵ Cfr. il parere della Commissione del 21 ottobre 1990, in *Boll. CE*, 2/91, suppl.

⁷⁶ Per ulteriori rilievi circa l'assenza di doveri propri dello *status* di cittadino dell'Unione cfr. R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, pp. 629 ss.; V. LIPPOLIS, *op. cit.*, pp. 47 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 1011 ss. *Contra*, non escludendo l'esistenza di doveri vincolanti, F. MENEGAZZI MUNARI, *Cittadinanza europea: una promessa da mantenere*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 165 ss.

⁷⁷ Cfr., per approfondimenti, B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 12 ss.

⁷⁸ Cfr. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione cit.*, pp. 24 ss.

ne è da sempre una libertà fondamentale garantita dal diritto comunitario. Già nelle norme del Trattato CEE, all'articolo 3 lettera c), si prevedeva, quale strumento per raggiungere le finalità dell'articolo 2, l'instaurazione di un mercato interno contraddistinto dall'eliminazione fra gli Stati membri (anche) degli ostacoli alla libera circolazione delle persone.

Non va dimenticato, però, che la libertà di circolazione delle persone assumeva una connotazione esclusivamente economica, non diversamente dalla libertà di circolazione delle merci, dei capitali⁷⁹ e dei servizi. Anche nel Trattato CEE, i lavoratori subordinati e i lavoratori autonomi godevano della libertà di circolare e di soggiornare nel territorio dei Paesi membri⁸⁰. I lavoratori autonomi potevano usufruirne sia per stabilirsi definitivamente sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di cui possedevano la cittadinanza, svolgendovi la propria attività⁸¹, sia che se ne avvalessero per esercitarla occasionalmente in uno Stato diverso da quello di stabilimento⁸².

La libertà di circolazione dei fattori produttivi nel grande mercato caratterizzato dalla somma dei singoli mercati nazionali degli Stati membri, sulla base di condizioni simili a quelle che si ritrovano all'interno di un singolo mercato nazionale, ha costituito il primario fattore di unificazione di una Comunità ancora "economica", segnandone la differenza specifica rispetto alle classiche unioni doganali⁸³.

La concezione della libertà di circolazione delle persone era connessa allo svolgimento di un'attività economica, quindi era riconosciuta agli individui economicamente attivi ed indicati in norme del Trattato nonché ai loro famigliari, sia pure con molte limitazioni.

Il processo di integrazione ha ampliato i destinatari delle norme sulla

⁷⁹ La libera circolazione dei capitali contribuisce all'integrazione dei mercati nazionali nel mercato unico e rappresenta la condizione per la realizzazione della libertà di stabilimento. Cfr. la sentenza dell'11 novembre 1981, 203/80, *Casati*, in *Racc.*, pp. 2595 ss., punto 8 e, più recentemente, le tre sentenze della Corte del 4 giugno 2002, C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.*, pp. I-4731 ss.; C-483/99, *Commissione c. Francia*, *ivi*, pp. I-4781 ss.; C-503/99, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, pp. I-4809 ss., relative alle discipline nazionali delle azioni che attribuiscono poteri speciali (*golden shares*) e che vengono riservate allo Stato in occasione della privatizzazione di imprese.

⁸⁰ Vedi articolo 48 CEE, attuale articolo 39 CE.

⁸¹ Inteso come diritto di stabilimento: articolo 52 CEE, attuale articolo 43 CE.

⁸² Intesa libertà di prestazione di servizi: articolo 59 CEE, attuale articolo 49 CE.

⁸³ Cfr. N. NAPOLETANO, *La nozione di «campo di applicazione del diritto comunitario» nell'ambito delle competenze della Corte di Giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 4/2004, pp. 688 ss.

libera circolazione delle persone conseguentemente all'affievolirsi della concezione rigorosamente "economica" della Comunità. Anche se il Trattato dedicava norme, contenute in tre capi distinti, alle tre categorie di beneficiari del diritto di circolazione e soggiorno, e il loro contenuto era in parte diverso per eliminare gli ostacoli che impedivano il godimento dei diritti garantiti dal Trattato, la Corte di giustizia ha interpretato uniformemente il contenuto della libera circolazione delle persone, per cui era sufficiente la qualificazione di lavoratore autonomo, subordinato o prestatore di servizi per avere un trattamento identico⁸⁴.

L'ampliamento dei beneficiari della libertà di circolazione è avvenuto per effetto della giurisprudenza comunitaria e per alcuni interventi normativi. La Corte di giustizia ha ampliato i beneficiari di tale libertà dando un significato ampio alla nozione di lavoratore, comprendendo nei fruitori i prestatori del servizio⁸⁵, i destinatari del servizio ed i turisti⁸⁶, cioè praticamente quanti potessero esibire alla frontiera una carta di identità o un passaporto valido prescindendo dall'aspetto economico.

L'affievolimento dell'importanza del fattore economico per circolare liberamente è apparso anche in atti normativi di diritto derivato e nella direttiva del 28 giugno 1990 n. 90/364/CEE relativa al diritto di soggiorno attribuito, insieme al diritto di ingresso, a tutti i cittadini comunitari che non ne godono ad altro titolo, a condizione di possedere sufficienti risorse economiche e di avere un'assicurazione contro le malattie.

In merito alla libertà di prestazione dei servizi, la Corte di Giustizia, con la sentenza *Cassis de Dijon*⁸⁷, relativa alla circolazione delle merci, ha voluto dare maggiore rilevanza al fondamentale divieto di ogni restrizione di cui all'art. 49 del Trattato CE, ben più estesa di mera enunciazione del principio del trattamento nazionale. La giurisprudenza si è consolidata nell'affermare che tale disposizione vieta le misure nazionali che discriminano i prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri in ragione della loro cittadinanza, inoltre vuole la soppressione di qualsiasi restrizione, anche quando potrebbe applicarsi ai lavoratori nazionali e a

⁸⁴ Cfr. la sentenza dell'8 aprile 1976, 48/75, *Royer*, in *Racc.*, p. 497 ss.

⁸⁵ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 7 luglio 1976, C-118/75, *Watson e Belmann*, in *Racc.*, pp. 1185 ss.; 31 gennaio 1984, C-286/82 e C-26/83, *Luisi e Carbone*, in *Racc.*, pp. 377 ss.

⁸⁶ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 2 febbraio 1989, *Cowan*, C-186/87, in *Racc.*, pp. 195 ss.

⁸⁷ Sentenza della Corte di Giustizia del 20 febbraio 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, in *Racc.*, 1979, pp. 649 s.

quelli degli altri Stati membri, in modo tale che riesca a vietare o limitare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro dove fornisce legittimamente servizi analoghi ⁸⁸.

Inoltre, qualora la libertà di prestazione dei servizi dovesse considerarsi fonte di un diritto di accesso *cross-border* a prestazioni di rilievo sociale degli ordinamenti nazionali risultava già sufficientemente chiaro con la sentenza Cowan. Da ricordare anche la giurisprudenza che – a partire dalle sentenze Decker e Kohll ⁸⁹ del 1998 – ha spianato la strada all'accesso diretto a prestazioni sanitarie e di cura all'estero, sulla base dell'art. 49 del Trattato e senza la mediazione autorizzatoria ed il controllo degli Stati membri.

Godono degli stessi diritti, subordinati pure al possesso di sufficienti risorse economiche e di un'assicurazione contro le malattie, anche gli studenti ed i lavoratori che hanno cessato la loro attività, per i quali, tuttavia, non si prescinde dallo svolgimento, futuro o passato di un'attività e ciò sulla base dell'articolo 308 CE per i pensionati e dell'articolo 12 CE per gli studenti ⁹⁰.

In conclusione, la valorizzazione, da parte della Corte di giustizia, delle norme sulla cittadinanza dell'Unione è, peraltro, all'origine di un'altra tendenza, cioè quella a fondare direttamente sulle citate norme del Trattato in tema di cittadinanza dell'Unione il titolo di accesso a essenziali prestazioni di *welfare*.

La Corte ha affermato anzitutto che «lo *status* di cittadino dell'Unio-

⁸⁸ Vedi sentenze della Corte di Giustizia del 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*, in *Racc.*, 1991, pp. I-4221 ss., punto 12, e C-288/89, *Gouda*, *ivi*, pp. I-4007 ss. In quest'ultima, si nota che «in assenza di armonizzazione delle norme applicabili ai servizi, ovvero di un regime di equivalenza, ostacoli alla libertà garantita dal Trattato in questo settore possono derivare dall'applicazione di regolamentazioni nazionali, che riguardano ogni persona stabilita sul territorio nazionale, a prestatori stabiliti sul territorio di un altro Stato membro, i quali devono già soddisfare alle prescrizioni di tale Stato» (punto 12).

⁸⁹ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia, 28 aprile 1998, C158/96, *Kohll*, in *Racc.*, p. I-1931 per la quale uno Stato membro non può giustificare, sulla base che non può essere sottratto l'intero settore della sanità pubblica alla libertà di circolazione, la generalizzata imposizione dell'obbligo di preventiva autorizzazione delle prestazioni sanitarie fornite da un altro Stato membro a iscritti al sistema sanitario del primo Stato.

⁹⁰ Il diritto di soggiorno degli studenti venne inizialmente disciplinato dalla direttiva n. 90/366/CEE, fondata sull'articolo 235 CEE. La Corte di giustizia, ritenendo erronea la scelta della base giuridica, ha annullato la direttiva citata, sentenza del 7 luglio 1992, C-295/90, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Racc.*, pp. I-4193 ss. La direttiva n. 93/16/CEE, trae il suo fondamento dall'articolo 12 CE, in armonia con la decisione della Corte.

ne è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni al riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico»⁹¹. L'affermazione – poi ribadita nella successiva giurisprudenza in materia – ha in realtà trovato consacrazione nello stesso impianto della Direttiva n. 38 del 2004⁹², nella misura in cui essa riorganizza la disciplina della libertà di circolazione delle persone nell'Unione a partire dallo *status civitatis*, ponendo, cioè, al centro del sistema la cittadinanza europea, la quale cessa così di rivestire una rilevanza solo residuale rispetto a rapporti e posizioni “funzionali”.

8. (Segue). L'incidenza della cittadinanza europea sul diritto di circolazione e soggiorno.

La maggiore innovazione del diritto di circolazione e di soggiorno sta nel suo riconoscimento sulla base del solo presupposto della cittadinanza europea, senza alcuna connotazione economica. In tal modo è compiuto il percorso rappresentato dalla soppressione dell'aggettivo “economica” nel nome della Comunità europea. Considerato l'elevato numero di beneficiari della libertà di circolazione, l'innovazione non ha portato grandi conseguenze pratiche⁹³.

La dottrina si è domandata se l'attribuzione ai cittadini dell'Unione del diritto di circolazione e soggiorno nel territorio degli altri Stati membri, mediante l'articolo 18 comma 1, sia una norma di effetto diretto invocabile di fronte ai giudici nazionali e capace di impedire l'applicazione di disposizioni nazionali contrastanti. È sorta qualche perplessità causata dalla formulazione del diritto che fa menzione di «limitazioni e condizio-

⁹¹ Vedi sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, in causa C-184/99, *De Grzelczyk*, in *Racc.*, p. I-6193.

⁹² G.U.U.E., L. 158 del 30 aprile 2004, pp. 77 ss. In forza dell'articolo 38 della nuova direttiva, la direttiva n. 64/221/CEE è abrogata con effetto a decorrere da due anni dopo l'entrata in vigore della direttiva n. 2004/38/CE, ciò che è avvenuto, in forza del suo articolo 40, il giorno della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. L'adozione del nuovo strumento trova motivazione proprio nella necessità di superare la frammentazione delle norme preesistenti che trattano separatamente di lavoratori subordinati, autonomi, studenti e altre persone inattive, per regolare unitariamente l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento del cittadino dell'Unione.

⁹³ Vedi M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 6.

ni»⁹⁴, ma, infine, la dottrina, ha riconosciuto alla norma effetto diretto⁹⁵. La Corte ha ammesso l'effetto diretto dell'articolo 18 comma 1 CE basandosi sul fatto che in precedenza aveva riconosciuto l'effetto diretto alle norme sulla libertà di stabilimento, nella sentenza *Reyners*,⁹⁶ o sulla libera prestazione di servizi, nelle sentenze *Van Binsbergen* e *Van Duyn*⁹⁷.

Nella sentenza *Baumbast*⁹⁸ la Corte di Giustizia ha sancito la diretta applicabilità dell'art. 18 comma 1 in quanto disposizione sufficientemente chiara e precisa. Infatti la Corte afferma che se, anteriormente all'entrata in vigore del Trattato sull'Unione europea, il diritto di soggiorno, attribuito dal Trattato CE, era subordinato alla condizione dello svolgimento di un'attività economica ai sensi degli artt. 48, 52 e 59 del Trattato CE⁹⁹ «resta il fatto che, successivamente, è stato introdotto nel Trattato lo *status* di cittadino dell'Unione e che ad ogni cittadino l'art. 18 comma 1, CE ha riconosciuto il diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri»¹⁰⁰.

È importante notare che i diritti del cittadino dell'Unione possono essere chiamati in causa solo se il beneficiario si trova in una situazione

⁹⁴ L'articolo 45 comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non conosce tale limitazione al diritto di circolazione e soggiorno. Tuttavia, la norma dell'articolo 45 non potrebbe avere una portata più ampia di quella prevista dall'articolo 18 comma 1 CE, essendo previsto dall'articolo 52 comma 2 della Carta che i diritti riconosciuti dalla Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari «si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi». Cfr. L.S. ROSSI, *Uguaglianza – Cittadinanza* cit., p. 119.

⁹⁵ Cfr. R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza* cit., p. 641.

⁹⁶ Sentenza del 21 giugno 1974, C-2/74, *Reyners*, in *Racc.*, pp. 631 ss.

⁹⁷ Sentenze 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.*, p. 1299 e 4 dicembre 1974, 41/74, *Van Duyn*, in *Racc.*, p. 1337.

⁹⁸ Sentenza 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast e altri c. Secretary for the Home Department*, in *Racc.*, pp. I-7091 ss. Il sig. Baumbast, cittadino tedesco, aveva risieduto con la propria famiglia nel Regno Unito dove aveva svolto attività di lavoratore subordinato e, successivamente, autonomo. Il sig. Baumbast venne assunto da imprese tedesche e lavorò in paesi terzi, ma la sua famiglia continuò a risiedere nel Regno Unito. Scaduta la carta di soggiorno, le autorità britanniche ne rifiutarono il rinnovo sulla base della circostanza che il sig. Baumbast non rientrava più nel campo di applicazione del diritto comunitario, non essendo lavoratore in uno Stato membro diverso dal proprio, né soddisfacendo i requisiti di applicazione della direttiva n. 90/364/CEE. La Corte gli ha riconosciuto il diritto di soggiorno nel Regno Unito sulla base della sola cittadinanza dell'Unione.

⁹⁹ A tal proposito si veda anche sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 1991, C-363/89, *Roux*, in *Racc.*, p. I-273, punto 9.

¹⁰⁰ Sentenza 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast*, cit., punto 81.

di rilevanza comunitaria, nella quale sussiste un elemento di collegamento con uno Stato membro diverso dal proprio, altrimenti la situazione del soggetto riguarderà il diritto interno dello Stato membro interessato. A tal proposito la Corte di Giustizia si è espressa nella sentenza *Uecker e Jacquet*¹⁰¹ affermando che «la cittadinanza dell'Unione [...] non ha lo scopo di ampliare la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario». In tale pronuncia, la Corte ha negato alle coniugi extracomunitare, la signora Uecker, cittadina norvegese, e la signora Jacquet, cittadina russa, di due cittadini tedeschi di avvalersi del diritto di accesso ad un'attività lavorativa previsto dall'articolo 11 del regolamento del Consiglio n. 1612/68/CEE, rilevando che tale diritto veniva invocato nei confronti dello Stato tedesco, dove i due cittadini tedeschi risiedevano e lavoravano senza aver mai esercitato la libertà di circolazione all'interno della Comunità.

Successivamente a questa pronuncia la Corte di Giustizia si esprime nel caso di una cittadina spagnola residente in Germania¹⁰² considerandola rientrante nel campo di applicazione *ratione personae* del Trattato perché risiedeva legalmente nel territorio di un altro Stato membro. Da ciò, basta che il soggetto cada nel campo di applicazione del diritto comunitario per essere considerato cittadino dell'Unione e, quindi, godere delle prerogative attribuite dal Trattato in virtù della sola cittadinanza¹⁰³. Infatti, nella sentenza *Trojani*¹⁰⁴, la Corte ha riconosciuto che un cittadino di uno Stato membro che non rientra nelle tradizionali categorie previste dal Trattato per fruire della libertà di circolazione e soggiorno, può comunque invocare gli articoli 17 e 18 CE per il solo fatto di dimorare legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante avendo da questo ottenuto un titolo di soggiorno. In quanto cittadino che ha esercitato il diritto di circolazione e soggiorno, il soggetto ricade nel campo di appli-

¹⁰¹ Corte di giustizia, sentenza 5 giugno 1997, C-64 e C-65/96, *Uecker e Jacquet*, in *Racc.*, pp. I-3171 ss., punto 23.

¹⁰² Sentenza 12 maggio 1998, C-85/96, *Martínez Sala*, in *Racc.*, p. I-2691, spec. Punti 60-63. Nello stesso senso anche la successiva pronuncia 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, cit., punto 32.

¹⁰³ Le norme del Trattato sono influenti per il solo fatto che l'interessato possa invocare la residenza legale in uno Stato membro diverso dal proprio e in tal modo dimostrerà di aver circolato liberamente e di dover godere dei diritti conferiti dal Trattato ai cittadini europei.

¹⁰⁴ Sentenza del 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani*, in *Racc.*, pp. I-7573 ss.

cazione del Trattato ed ha diritto a non essere discriminato in ragione della nazionalità nella concessione di un sussidio minimo di sussistenza («minimex»). Con la sentenza *Bidar*¹⁰⁵, la Corte riconosce che lo studente, cittadino dell'Unione, allorché si sposta in altro Stato membro per ivi seguire degli studi, esercita la libertà di circolazione di cui all'articolo 18 CE e, pertanto, si colloca in una situazione rilevante per il diritto comunitario, con conseguente diritto a non essere discriminato in ragione della nazionalità.

La Corte ribadisce questo principio anche nella sentenza *Cynthia Mattern e Hajrudin Cikotic c. Ministre du Travail et de l'Emploi*¹⁰⁶ per cui anche i familiari hanno il diritto di esercitare liberamente un'attività subordinata, ancorché non abbiano cittadinanza europea¹⁰⁷, in relazione al diritto del coniuge, cittadino dello Stato membro che esercita il suo diritto a circolare liberamente in quanto lavoratore.

Quindi l'esistenza di una cittadinanza dell'Unione costituisce l'implicito fondamento giuridico che consente alla Corte una lettura estensiva delle condizioni fissate dal diritto derivato circa il diritto di soggiorno dei cittadini.

Per cui, il cittadino potrebbe invocare la libertà di circolazione e soggiorno garantite dal diritto comunitario, anche nei confronti del proprio Stato, proprio perché cittadino dell'Unione. Così, la libertà di circolazione e soggiorno in tutta l'Unione sarebbe di competenza dell'ordinamento comunitario per ogni cittadino dell'Unione stessa.

Innegabile, da parte della Corte, l'intento di creare un legame molto stretto tra il singolo e l'Unione Europea, non mostrando, in tutto ciò, minore attenzione a quella che è la sfera dell'ordinamento statale di ogni Stato membro in tema di cittadinanza nazionale. La Corte ha cercato di spostare il baricentro dei diritti della cittadinanza da quella, iniziale, nazionale a quella basata sulla residenza. Ciò perché, se da un lato le norme sulla cittadinanza avrebbero come obiettivo quello di creare una parità di trattamento tra i cittadini europei, indipendentemente dalla loro nazionalità, dall'altra parte non si può non prestare attenzione al carattere non statutale dell'Unione europea per cui gli obblighi tra gli Stati non possono essere estesi in maniera automatica.

¹⁰⁵ Sentenza del 15 marzo 2005, C-209/03, *Bidar*, in *Racc.*, p. I-2119.

¹⁰⁶ Sentenza del 30 marzo 2006, C-10/05, *Cynthia Mattern e Hajrudin Cikotic c. Ministre du Travail et de l'Emploi*, disponibile su www.curia.eu.int.

¹⁰⁷ Sentenza del 7 maggio 1986, C-131/85, *Gul*, in *Racc.*, p. 1573, punto 20.

Con il caso Gerry Adams¹⁰⁸, un quesito è stato posto alla Corte di giustizia, che non si è pronunciata poiché l'ordinanza di rinvio è stata revocata dal giudice nazionale. Il caso riguarda la libera circolazione di un cittadino che, per ragioni di pubblica sicurezza, era soggetto a restrizioni, quindi era in discussione l'applicabilità dell'articolo 18 ad una situazione interna.

L'applicazione delle posizioni soggettive che derivano dalla cittadinanza dell'Unione richiede che la situazione tipo rientri nel campo di applicazione del Trattato e, dunque, esiga la presenza di un elemento di collegamento comunitario. Altrimenti la situazione è esclusivamente nazionale.

Quando la Corte ha consentito che una persona invocasse le norme sulla cittadinanza dell'Unione, nei confronti del proprio Stato, esisteva un elemento di collegamento comunitario¹⁰⁹.

Risulta di fondamentale importanza il «fattore di collegamento»¹¹⁰ tra la normativa nazionale ed una norma prevista dai Trattati. Secondo questo criterio è possibile ricomprendere nell'ambito di applicazione *ratione materiae* e *ratione personae* dei principi generali del diritto anche situazioni nazionali. Così è possibile estendere le garanzie da essi sancite ai singoli che lamentano allo Stato di appartenenza la violazione di uno dei diritti garantiti all'interno del Trattato a favore di cittadini di altri Stati membri. Può accadere che, grazie all'esercizio pregresso di una qualsiasi libertà del mercato, il soggetto si collochi nei confronti dello Stato di appartenenza come in una situazione paragonabile a quella dei cittadini dell'Unione, configurando così quell'elemento di collegamento tra l'esercizio della libertà tutelata dall'ordinamento comunitario e il diritto richiamato dal soggetto. Una situazione simile permette al singolo di poter impugnare una disciplina interna, propria dell'ordinamento nazionale, chiedendo che tale disciplina produca i suoi effetti nei suoi confronti qualora essa contrasti o restringa l'esercizio di una libertà o di un diritto espresso da un principio generale. Ciò è possibile anche quando questo diritto o libertà è sancito non nei Trattati bensì in una normativa derivata¹¹¹.

Quindi la normativa nazionale di esecuzione del diritto comunitario

¹⁰⁸ Si veda causa C-229/94, *Gerry Adams*, in *GUCE*, C 275 del 1 ottobre 1994. Causa cancellata dal ruolo e quindi la Corte non si poté pronunciare.

¹⁰⁹ Si veda sentenza dell'11 luglio 2002, C-224/96, *D'Hoop*, in *Racc.*, pp. I-6191 ss.

¹¹⁰ Cfr. N. NAPOLETANO, *op. cit.*, pp. 699 s.

¹¹¹ Cfr. Corte di Giustizia 11 ottobre 2001, cause riunite da C-95/99 a C-98/99, *Khalil et al.*, in *Racc.*, pp. I-7413 ss., punto 69.

dovrà essere conforme ai parametri di garanzia dei diritti fondamentali, laddove si applichi a situazioni interne concrete per le quali sia riscontrabile un collegamento con il sistema giuridico europeo, indipendentemente dalla nazionalità che possiede il singolo i cui diritti fondamentali si ritengono violati, in mancanza di tale collegamento, non è possibile effettuare il vaglio di conformità con i principi generali.

9. L'ampliamento da parte della Corte di Giustizia della prospettiva in materia di cittadinanza.

Una assai significativa pronuncia della Corte di Giustizia in materia di cittadinanza europea è la sentenza del 2 ottobre 2003, C-148/02, Garcia Avello nella quale si afferma che costituisce discriminazione in base alla nazionalità, e, come tale, violazione del diritto comunitario, il rifiuto da parte di uno Stato membro di registrare un bambino sotto il nome che avrebbe secondo le regole degli Stati dei genitori ¹¹².

Secondo la Corte di giustizia «gli articoli 12 CE e 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che [...] l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro».

Attraverso la nozione di cittadinanza e, nello specifico, la disciplina relativa al cognome delle persone, vengono così ribaditi alcuni suoi orientamenti relativi all'interpretazione del principio di non discriminazione contenuto nell'articolo 12 CE e, nonostante la competenza spettasse agli Stati membri, il rispetto del diritto comunitario. Inoltre, la Corte ha riba-

¹¹² In forza di questo principio, nel caso concreto è stato riconosciuto ad un padre spagnolo, sposato con una donna belga e residente in Belgio, il diritto – che quest'ultimo Stato gli aveva, invece, negato – di ottenere l'iscrizione all'anagrafe dei suoi figli con il cognome del padre e della madre, come prevede la tradizione spagnola. Il padre aveva proposto ricorso di fronte al *Conseil d'État* belga, il quale aveva successivamente sottoposto alla Corte di giustizia questione pregiudiziale ex articolo 234 CE, relativa alla conformità del comportamento dello Stato belga ai principi di diritto comunitario in materia di cittadinanza europea e di libertà di circolazione delle persone, riconosciuti agli articoli 17 e 18 del Trattato istitutivo della CE.

dito che il principio di non discriminazione esige di non trattare situazioni analoghe in maniera differente e situazioni diverse in maniera uguale, a meno che non sussistano, a giustificazione di un comportamento contrario, considerazioni obiettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo perseguito.

Nel merito, la Corte ha ritenuto che lo Stato belga, imponendo di portare il solo cognome del padre tanto alle persone dotate della sola cittadinanza belga quanto a quelle dotate di doppia cittadinanza, riservasse lo stesso trattamento a due categorie di soggetti diversi, senza condividere le argomentazioni addotte a giustificazione di tale prassi dal governo belga e dagli altri Stati che avevano inoltrato osservazioni scritte¹¹³. La Corte di giustizia sembra, così, dare ragione a chi rileva un suo atteggiamento assai poco propenso a riconoscere le motivazioni portate dagli Stati membri a giustificazione delle deroghe, da essi praticate, al principio di non discriminazione, anche quando tali motivazioni potrebbero sembrare legittime e meritevoli di accoglimento¹¹⁴.

Sembra, quindi, potersi affermare che questa pronuncia costituisce conferma della tendenza della Corte di giustizia ad interpretare estensivamente la portata dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute all'interno dell'ordinamento comunitario, riservando, invece, un'interpretazione restrittiva alle limitazioni agli stessi¹¹⁵.

In linea con quanto detto, nel 2003, per la determinazione del doppio cognome, si ebbe la causa *Standesamt Stadt Niebüll* (Ufficio dello stato civile della città di Niebüll), nella quale venne proposta domanda pregiudiziale dall'*Amtsgericht* di Niebüll per l'attribuzione del nome di nascita

¹¹³ Nella fattispecie, lo Stato belga aveva rilevato che il principio dell'immutabilità del cognome costituisce un principio fondante dell'ordinamento sociale, tale da poter essere derogato solo in circostanze del tutto eccezionali, non ricorrenti nel caso di specie. Il governo olandese aveva sostenuto che la prassi contestata consentirebbe di prevenire i rischi di confusione sull'identità o la filiazione degli interessati. Secondo il governo danese, infine, applicando le stesse regole valevoli per coloro che abbiano soltanto la cittadinanza belga anche ai cittadini belgi che abbiano pure la cittadinanza di un altro Stato membro, si contribuirebbe ad agevolare l'integrazione di questi ultimi in Belgio, favorendo così la realizzazione dell'obiettivo perseguito dal principio di non discriminazione.

¹¹⁴ Cfr. I. VIARENGO, in *Commentario breve alle norme della Comunità europea diretto da F. Pocar, collana dei Breviaria juris*, sub articolo 12 del Trattato della Comunità Europea, Cedam, Padova 2001.

¹¹⁵ L.S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*², t. 1, *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XXVI, Giappichelli, Torino 2006, pp. 104 ss.

del bambino tedesco Leonhard Matthias, figlio di Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul¹¹⁶. La questione sostanziale sollevata era se le norme sulla scelta della legge applicabile potessero condurre ad una determinazione fondata esclusivamente sulla legge dello Stato di appartenenza del minore (e/o dei genitori) – nella fattispecie, la Germania –, prescindendo dal diritto dello Stato di nascita – nella fattispecie, la Danimarca –, con la conseguenza che il nome risultava diverso nei due ordinamenti giuridici¹¹⁷.

¹¹⁶ Il minore Leonhard Matthias è nato in Danimarca nel 1998 dai genitori Stefan Grunkin e Dorothee Paul, entrambi di nazionalità tedesca. Fin dalla nascita, il figlio ha abitato principalmente in Danimarca, dove i genitori hanno inizialmente convissuto. Per alcuni mesi nel periodo 2001-2002, egli ha vissuto a Niebüll, in Germania; a partire dal febbraio 2002 vive principalmente con la madre a Tønder, in Danimarca, dove quest'ultima ha stabilito la sua residenza e svolge la propria attività medica, ma soggiorna regolarmente presso il padre a Niebüll, a circa 20 chilometri di distanza. La nascita di Leonhard Matthias è stata registrata in Danimarca. Nel suo certificato di nascita danese è stato registrato il cognome «Grunkin-Paul» in virtù di un certificato amministrativo che attestava tale nome, rilasciato ai sensi della legge danese. I genitori intendono registrare il figlio presso le autorità tedesche di Niebüll, sempre con il cognome «Grunkin-Paul» assegnatogli in Danimarca. Le dette autorità hanno rifiutato di riconoscere tale nome in forza della normativa tedesca, insistendo sul fatto che il cognome scelto dev'essere o «Grunkin» o «Paul». I genitori hanno impugnato tale rifiuto dinanzi ai giudici tedeschi, ma il loro ricorso è stato respinto in ultima istanza il 7 gennaio 2003. Il 27 febbraio 2003, è stato dichiarato irricevibile il loro ultimo ricorso per incostituzionalità proposto dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale).

¹¹⁷ Nella causa *Standesamt Stadt Niebüll* si presentò una questione preliminare che riguardava la ricevibilità del rinvio pregiudiziale. Infatti, il governo tedesco sostenne che, nella fattispecie, l'*Amtsgericht* non fosse competente ad effettuare un rinvio pregiudiziale, in quanto detto giudice svolge una funzione meramente amministrativa che competerebbe altrimenti al tenentario di un registro. In effetti, l'*Amtsgericht* non adotta direttamente una decisione in merito al cognome del minore, ma designa semplicemente il genitore legittimato a scegliere tale cognome; qualora il genitore non effettui tale scelta, al minore viene assegnato *ex lege* il cognome di tale genitore. Con la sentenza, del 27 aprile 2006 la Corte considera che l'*Amtsgericht di Niebüll* svolge funzioni di autorità amministrativa senza dovere, al tempo stesso, dirimere una controversia. Di conseguenza, nella sua decisione del 2 giugno 2003, la Corte non si è ritenuta competente a risolvere la questione proposta dall'*Amtsgericht di Niebüll*.

Nell'agosto del 2006 venne proposta nuovamente la domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte per dirimere la controversia tra il sig. Grunkin e la sig.ra Paul, da una parte, e lo *Standesamt Niebüll* (Ufficio dello stato civile della città di Niebüll), dall'altra, sempre in merito al rifiuto, da parte di quest'ultimo, di riconoscere il cognome del figlio Leonhard Matthias, così come esso è stato determinato e registrato in Danimarca. Dopo la decisione, del 27 aprile 2006, della Corte di Giustizia di non essere competente a risolvere la questione proposta dall'*Amtsgericht di Niebüll*, il 30 aprile 2006 i genitori del

La Corte, pronunciandosi in via pregiudiziale, afferma che nonostante siano competenti a stabilire le norme per la determinazione del cognome di una persona, gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario nell'esercizio della loro competenza. A tale proposito, i cittadini dell'Unione possono far valere i diritti loro conferiti dal Trattato, in particolare quello sancito dall'articolo 12 CE, di non subire discriminazioni in base alla nazionalità, e quello di cui all'articolo 18 CE, di spostarsi e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Di certo Leonhard Matthias, in quanto cittadino tedesco come i suoi genitori, non subisce un trattamento discriminatorio in quanto in Germania viene assegnato a tutti i bambini, al momento della nascita, il cognome paterno e quindi non vi è una discriminazione basata sulla cittadinanza¹¹⁸.

Tuttavia, sulla base dell'articolo 18 CE, vi è un oggettivo ostacolo della propria libertà a soggiornare e circolare liberamente nel territorio degli Stati membri qualora si voglia obbligare un cittadino, di uno Stato membro, ad aver attribuito un cognome differente da quello con cui è stato registrato nello Stato membro di nascita e di residenza. La stessa Corte si premura di ricordare che i bambini, in possesso della doppia cittadinanza di Stati membri, se avessero un diverso cognome potrebbero incorrere in seri inconvenienti scaturenti dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui si possiede la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro

piccolo Leonhard Matthias chiedevano all'autorità competente di iscrivere quest'ultimo con il cognome Grunkin-Paul nel libretto di famiglia tenuto a Niebüll. Lo *Standesamt* Niebüll, con decisione 4 maggio 2006, respingeva tale richiesta d'iscrizione adducendo che il diritto tedesco in materia di cognomi non lo consentiva. Il 6 maggio 2006 i genitori adivano l'*Amtsgericht Flensburg* chiedendo che fosse ingiunto allo *Standesamt* Niebüll di riconoscere il cognome del figlio così come determinato e registrato in Danimarca e di iscriverlo nel libretto di famiglia con il nome Leonhard Matthias Grunkin-Paul. Il giudice del rinvio constata che non è possibile ingiungere allo *Standesamt* Niebüll di iscrivere un cognome non ammesso in base al diritto tedesco, ma avendo delle perplessità in merito alla compatibilità con il diritto comunitario del fatto che un cittadino dell'Unione sia costretto a portare un cognome diverso in diversi Stati membri. Stanti tali premesse, l'*Amtsgericht Flensburg* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale, basata sul divieto di discriminazione, contenuto nell'art. 12 CE, e sul diritto della libera circolazione garantita ad ogni singolo membro dell'Unione, secondo l'art. 18 CE, relativa alla validità della norma sancita nell'art. 10 dell'EGBGB in quanto, riguardo alla normativa sul nome di una persona, essa fa riferimento solo alla cittadinanza.

¹¹⁸ Cfr. M. LEHMANN, *What's in a name? Grunkin-Paul and Beyond*, in *Yearbook of Private International Law*, X, 2008, pp. 135 ss.

del quale possiedono la cittadinanza. Inoltre, continua la Corte, la normativa tedesca non esclude in toto la possibilità di attribuire cognomi composti ai figli di cittadinanza tedesca. Infatti, quando uno dei genitori possiede la cittadinanza di un altro Stato, i genitori possono scegliere di formare il cognome del figlio secondo la normativa di suddetto Stato.

Da ciò la necessità ad essere riconosciuti con lo stesso cognome all'interno di ogni Stato membro, ribadendo che tale diritto non può essere limitato in alcun modo ¹¹⁹.

¹¹⁹ Come nei casi esposti sopra, anche in Italia, si sono verificati, negli ultimi anni, degli episodi in cui dei cittadini, con doppia nazionalità, abbiano deciso di ricorrere presso il Tribunale Civile, con un ricorso ex art. 98 del D.P.R. n. 396/2000, per opporsi alla correzione dell'atto di nascita del proprio figlio minorenni, disposta dall'Ufficiale di Stato civile, per così vedersi riconosciuto il diritto, in capo ai propri figli minorenni, del doppio cognome attribuito dall'ordinamento di un altro Stato membro.

Nel 2005, presso il Tribunale Civile di Roma (cfr., per ulteriori informazioni, http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/giurisprudenza_costituzionale/doppio_cognome/TribRoma.pdf), si ebbe un ricorso proposto da un cittadino italiano, e da una cittadina portoghese, i quali, con ricorso ex articolo 98, terzo comma del D.P.R. n. 396/2000, Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12 della legge del 15 maggio 1997 n. 127, si opponevano alla correzione dell'atto di nascita del proprio figlio minorenni, Raffael, effettuata dall'Ufficiale di Stato civile del Comune di Roma, ai sensi del secondo comma della norma citata. Al figlio, nato in Belgio, avente la doppia cittadinanza italiana e portoghese, era stato attribuito, da parte dell'Ufficiale dello stato civile belga, sia il cognome del padre sia quello della madre, nel rispetto della volontà dei coniugi e del diritto portoghese. In Italia, al momento della registrazione dell'atto di nascita, l'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Roma aveva attribuito al minore il solo cognome del padre correggendo così l'atto all'anagrafe. Alla correzione dell'Ufficiale dello Stato Civile i genitori si opponevano basandosi sull'articolo 17 del Trattato CE perché secondo loro il bambino aveva diritto al doppio cognome quale cittadino dell'Unione che possiede la cittadinanza di due Stati membri. In effetti il diritto portoghese riconosce ai propri nazionali il diritto al doppio cognome, anche quando uno dei genitori è di nazionalità diversa, possibilità negata al cittadino italiano, in quanto non è prevista dal nostro ordinamento. I genitori, basandosi sugli articoli 12, 17 e 18 TCE, e citando la sentenza *Garcia Avello* chiedevano che il loro figlio portasse anche il cognome della madre, nonostante la norma italiana non lo permettesse.

Con Decreto ex articolo 98, D.P.R. n. 396/2000, del 18 novembre 2005, il Tribunale civile di Roma, I sezione, ordina all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Roma di eseguire la registrazione dell'atto di nascita del minore de Castro Caserta Raffael, con attribuzione allo stesso del cognome "de Castro Caserta". Il Tribunale infatti ritiene che l'opposizione sia fondata proprio in ragione del combinato disposto degli articoli 12 e 17 del Trattato CE, così come interpretati dalla Corte di Giustizia nella causa C-148/2002.

Di recente, si è presentato un analogo caso, dinanzi al Tribunale di Civitavecchia (vedi Tribunale di Civitavecchia, procedimento n. 748/08, *De Jure*, Giuffrè). Il marito, di

La Corte, così riconosce l'esigenza di tutela del diritto ad essere identificati con lo stesso cognome in ogni Stato membro ritenendo pacifico il fatto secondo cui, attraverso l'interpretazione dell'art. 12 e dell'art. 17 del TCE, nessuna autorità amministrativa può limitare questo diritto, né tantomeno imporre contro la volontà dell'interessato la normativa interna a rettifica dell'altra normativa nazionale, anche perché ciò costituirebbe una discriminazione basata sulla nazionalità¹²⁰.

cittadinanza italiana, e la moglie, di cittadinanza tedesca hanno chiesto che la propria figlia, nata in Germania, potesse essere registrata con il doppio cognome (del padre e della madre), eliminando la correzione che era avvenuta da parte dell'Ufficiale dello Stato civile di Fiumicino al momento della registrazione dell'atto di nascita. Il Tribunale di Civitavecchia, come il Tribunale capitolino, acconsente alla correzione e quindi alla riattribuzione del cognome materno oltre a quello paterno. Il Tribunale si è basato, come il Tribunale di Roma, sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, citando il procedimento C-148/2002, *Garcia Avello*, tenendo conto inoltre delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, e della risoluzione n. 37 del 1978, relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché di una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome, per ulteriori approfondimenti si veda *Affaire Unal Teseli c. Turquie*, 16 febbraio 2005; *Affaire Stjerna c. Finlande*, 24 ottobre 1994; *Affaire Burghartz c. Suisse*, 24 gennaio 1994.

Da ciò si evince che si sta rafforzando il rapporto tra la Corte di Giustizia ed i giudici ordinari degli Stati membri, e che in Italia vada rivista al più presto la normativa in tema di attribuzione del cognome, ammettendo la possibilità di inserire quello materno oltre a quello paterno, superando così una norma consuetudinaria che ormai non ha delle radici solide nella società odierna.

Di recente, il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione ha emanato una circolare (12 giugno 2008) con cui sono chiariti i criteri di trasmissione del cognome dai genitori ai figli, nei casi in cui venga concessa la cittadinanza italiana.

Per adempiere alle indicazioni della Corte, quindi, il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione ha disposto che, d'ora in avanti, i decreti di conferimento della cittadinanza italiana per tutti i cittadini dell'Unione europea di nazionalità spagnola e portoghese, recheranno, senza che l'interessato ne faccia richiesta, le generalità attribuite al momento della nascita.

¹²⁰ La Corte, per affermare la possibilità da parte dei soggetti di circolare liberamente tra gli Stati membri avendo riconosciuto il proprio cognome, nonostante sia una disciplina non rientrante nel diritto comunitario, ha dichiarato che i cittadini dell'Unione possono far valere i diritti loro conferiti dal Trattato, soprattutto quello enunciato dell'art. 12 CE inerente il principio di non discriminazione e quello dell'art. 18 CE che permette di spostarsi e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, non accettando nessuna deroga da parte degli Stati. La Corte vuole dare un campo d'azione alla cittadinanza europea tale da poter estendere tutti i diritti e le libertà fondamentali, già presenti nell'ordinamento comunitario, anche negli Stati membri, limitando talvolta questi ultimi.

La cittadinanza europea ha permesso alla Corte di Giustizia di far emergere alcune incongruenze presenti all'interno degli Stati membri. Infatti la Corte ha ribadito, attraverso la cittadinanza europea e la libertà di circolazione delle persone, il dovere da parte degli Stati membri di uniformarsi e rispettare quello che è il diritto comunitario.

A tal proposito, la Corte è stata chiamata a rispondere ad un rinvio pregiudiziale proposto dal Bundesverwaltungsgericht (Corte suprema amministrativa tedesca) a seguito di un ricorso per Cassazione presentato dal Sig. Rottmann avverso la revoca della cittadinanza tedesca, con effetto *ex tunc*, rilasciatogli dal Land della Baviera¹²¹. Tale revoca, a seguito dell'impossibilità di reviviscenza dell'originaria nazionalità austriaca, lo ha posto in una situazione di apolidia, quindi, privandolo della cittadinanza dell'Unione europea e dei diritti civili, politici e sociali ad essa connessi.

Nonostante che, per l'ordinamento tedesco, tale atto risulti legittimo, dato che la cittadinanza era stata acquistata in maniera fraudolenta, il Bundesverwaltungsgericht si rivolse alla Corte di Giustizia chiedendo se l'art. 17, primo comma, CE, il quale riconosce il potere sovrano degli Stati membri di definire le modalità di applicazione delle proprie norme sulla cittadinanza¹²², osti ad una normativa nazionale, quale quella tedesca, che, se combinata con altra normativa nazionale, quale quella austriaca, privi per conseguenza un soggetto della cittadinanza dell'Unione riducendolo allo *status* di apolide.

L'Avvocato generale Poiares Maduro, nelle conclusioni relative al procedimento, ha sottolineato come tutta la questione principale si basasse sulla definizione del rapporto intercorrente tra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell'Unione, con particolare attenzione se vi siano limiti al pote-

¹²¹ Il Bundesverwaltungsgericht è chiamato a risolvere il caso del sig. Janko Rottmann, nato a Graz (Austria), che nel 1995 ha trasferito il proprio domicilio a Monaco di Baviera (Germania), dopo essere stato sentito dal Landesgericht für Strafsachen Graz (Tribunale regionale per le cause penali di Graz) nell'ambito di un'inchiesta avviata nei suoi confronti per il sospetto – da lui respinto – di truffa aggravata nell'esercizio della sua professione. Questo tribunale, nel 1997, ha emesso, nei confronti del Rottmann, un mandato di arresto nazionale. Janko Rottmann, nel febbraio 2008, ha chiesto la cittadinanza tedesca. Nel corso del procedimento di naturalizzazione, egli ha omesso di menzionare le azioni penali avviate nei suoi confronti in Austria. L'atto di naturalizzazione, in data 25 gennaio 1999, gli è stato rilasciato il 5 febbraio 1999.

¹²² Rispettando la riserva formulata dalla Corte nella sentenza 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti e a.* (Racc. pag. I-4239), secondo la quale gli Stati membri devono esercitare le proprie competenze in materia di cittadinanza rispettando il diritto dell'Unione

re nazionale di disciplinare liberamente i modi di acquisto e di perdita della cittadinanza di uno Stato membro, dal momento che essa risulta essere condizione necessaria per il riconoscimento della cittadinanza europea¹²³. Osserva, inoltre, come nonostante la disciplina dell'acquisto e della perdita della cittadinanza nazionale spetti, in via esclusiva, a ciascuno Stato, queste disposizioni non possono non tener conto delle norme comunitarie e rispettare i diritti del cittadino europeo. Seppur incidentalmente, l'Avvocato generale sottolinea che i diritti derivanti dalla cittadinanza europea «potrebbero essere concessi anche a coloro che non la possiedono».

Con la sentenza n. 15/2010 del 2 marzo 2010, la Corte di giustizia, ha confermato che uno Stato membro dell'Unione europea può, nell'esercizio della propria competenza in materia di cittadinanza, revocare ad un cittadino dell'Unione la sua cittadinanza, conferita per naturalizzazione, qualora questi l'abbia ottenuta in maniera fraudolenta, anche quando, tale revoca, possa comportare il fatto di non possedere più la cittadinanza di uno Stato membro. In questa ipotesi, però, la decisione deve tenere conto del principio di proporzionalità. Con questa pronuncia la Corte conferma le competenze degli Stati membri a definire le condizioni per l'acquisto e la perdita della cittadinanza, pur tenendo sempre in considerazione il diritto dell'Unione. Qualora la cittadinanza sia stata acquisita in maniera fraudolenta, la cittadinanza può essere revocata se, in questo modo, è garantito il rapporto di solidarietà e di lealtà tra Stato e cittadini e «la reciprocità di diritti e doveri, che stanno alla base del vincolo di cittadinanza». Il diritto dell'Unione non obbliga uno Stato membro ad astenersi dalla revoca della naturalizzazione per il solo fatto che l'interessato non abbia recuperato la cittadinanza del suo Stato membro di origine¹²⁴.

¹²³ L'avvocato generale, inoltre, definisce la cittadinanza nazionale come «il nesso giuridico di diritto pubblico che unisce un individuo a un determinato Stato» in quanto parte del popolo che in esso vive, determinando con il suo acquisto un insieme di diritti e obblighi che caratterizzano la «condizione giuridica e politica» del soggetto in quello Stato. Mentre, per la cittadinanza europea rinvia «allo *status* giuridico e politico riconosciuto ai cittadini di uno Stato al di là della loro comunità politica nazionale», essendo «cittadinanza interstatale, che conferisce ai cittadini di uno Stato membro diritti negli altri Stati membri» e anche «nei confronti della stessa Unione».

¹²⁴ Spetta al giudice nazionale verificare, alla luce di tutte le circostanze pertinenti e del rispetto del principio di proporzionalità, prima che una siffatta decisione di revoca della naturalizzazione divenga efficace, se la perdita della cittadinanza è giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la revoca e sulla possibilità per l'interessato, in un termine ragionevole, di tentare di recuperare la cittadinanza di origine.

10. *Prospettive per la cittadinanza europea e l'Europa.*

Oggi il tema della cittadinanza, assunto a garanzia di una serie di diritti e libertà fondamentali, è divenuto di fondamentale importanza per un rilancio di un'Unione europea fondata sull'unione dei popoli. Questo rilancio permetterebbe all'Europa di affrontare le sfide del mercato globale e della multiculturalità.

Nel corso degli anni l'Europa ha visto una naturale evoluzione delle forme e degli strumenti di garanzia dei diritti dei cittadini.

In questo contesto la cittadinanza assume rilevanza quale condizione giuridica dei singoli a poter svolgere, senza nessun ostacolo, funzioni e attività sia in campo politico che economico.

Trattasi di aspetti di non secondaria importanza che richiedono un'evoluzione graduale di diverse strutture politiche ed istituzionali al fine di declinare la dimensione nazionale in dimensione europea attraverso il coinvolgimento dei cittadini. Necessita, cioè, una trasformazione degli ordinamenti nazionali, sotto il punto di vista economico, politico, sociale ed istituzionale, in relazione al contesto comunitario, tale da poter permettere alla cittadinanza europea di ergersi a cittadinanza sociale contro ogni tipo di emarginazione e per una maggiore coesione economica e sociale.

Se il riconoscimento di diritti e la partecipazione politica stanno alla base della cittadinanza, allora sarà importante che la cittadinanza europea trovi un suo spazio e un suo pieno riconoscimento. La cittadinanza europea, nonostante sia collegata alla nazionalità statale, ha una propria autonomia tanto da poter far risaltare la distinzione tra il concetto di nazionalità e quello di cittadinanza.

Per dare una identità all'Europa e un riconoscimento alla cittadinanza si è assistito alla redazione, inizialmente, di un Trattato costituzionale¹²⁵, già sottoscritto il 29 ottobre del 2004, ma il suo iter di ratifica è stato bloccato per via del referendum popolare in Francia (29 maggio 2005) e Olanda (1° giugno 2005) in cui la maggioranza dei cittadini si è detta

¹²⁵ Trattato costituzionale che sarebbe dovuto entrare in vigore il 1° novembre 2006. La condizione affinché potesse rendere effettiva la Costituzione era quella che tutti gli strumenti di ratifica fossero stati nel frattempo depositati (cfr. articolo IV – 447 della Costituzione). I risultati negativi dei referendum francese, del 29 maggio 2005, e olandese, il 1° giugno 2005, hanno compromesso l'entrata in vigore del nuovo Trattato.

contraria¹²⁶. Dalla Costituzione europea si attendeva un forte impulso per la materia della cittadinanza europea che è tuttavia mancato a causa non solo della poca partecipazione dei cittadini, ma anche perché ha creato una forma di confusione sistematica¹²⁷.

A seguito della *debacle* del Trattato costituzionale, il Trattato di Lisbona, firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 in vigore il 1° dicembre 2009, costituisce il punto d'arrivo di un lungo processo di riforma che ha interessato l'Unione europea.

Il Trattato di Lisbona riprende e fa proprie gran parte delle modifiche prefigurate dal Trattato costituzionale anche se è stato tolto ogni riferimento esplicito alla natura di Costituzione¹²⁸.

¹²⁶ Va ricordato che i trattati comunitari prevedono come regola generale che la loro entrata in vigore a livello internazionale risulti subordinata alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri. È dunque sufficiente che uno Stato non proceda alla ratifica di un trattato per impedirne la vigenza.

¹²⁷ La disciplina della cittadinanza era collocata nelle prime tre parti del Trattato – Costituzione. Nella parte I, titolo II, alla cittadinanza dell'Unione era dedicata l'articolo I-10, a cui seguiva un articolo riguardante i diritti fondamentali, che spettano a tutti gli individui e non ai soli cittadini. Nella Parte II della Costituzione, costituita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il titolo V era dedicato alla Cittadinanza. In essa vi era l'elencazione dei diritti del cittadino che ripete ciò che figurava negli articoli 18 – 21 CE, sia pure con un diverso ordine sistematico. Nella parte III della Costituzione, dedicata alle politiche e al funzionamento dell'Unione, il titolo II conteneva disposizioni in materia di non discriminazione e cittadinanza. Ma le innovazioni più significative erano riscontrabili nel titolo VI nella parte I, dedicato alla «Vita democratica dell'Unione» finalizzato al rafforzamento dello statuto di cittadino dell'Unione europea.

¹²⁸ In base all'art. 1 del Trattato sull'Unione europea (TUE), così come modificato dal Trattato di riforma, l'Unione europea sostituisce e succede alla Comunità europea. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona segna dunque il definitivo venir meno della Comunità europea e l'assorbimento delle sue attività all'interno della cornice definita dall'Unione europea, cui viene per la prima volta riconosciuta espressamente la personalità giuridica (art. 27 TUE). Tale operazione istituzionale comporta, anzitutto, il mutamento di denominazione del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), che diviene il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Come previsto dall'art. 1 TUE, i due Trattati (TUE e TFUE) hanno il medesimo valore giuridico. In secondo luogo, scompaiono dai Trattati tutti i riferimenti alla Comunità europea: ciò implica che dovranno pure venir meno nel linguaggio giuridico tutte le espressioni che fanno riferimento alla Comunità, a partire da quella del «diritto comunitario» (che risulta sostituita dall'espressione «diritto dell'Unione europea»). In terzo luogo, il venir meno della Comunità europea implica anche la scomparsa, quantomeno sul piano formale, della struttura a pilastri dell'Unione europea. Come noto, l'Unione europea è stata sin qui paragonata, per la sua complessità istituzionale, ad un tempio greco, dotato di un unico frontone (leggi: un quadro istituzionale unico) e di un basamento comune (leggi: le disposizioni generali aventi portata tra-

Dal punto di vista generale è opportuno poi evidenziare due elementi. Anzitutto, è bene evidenziare che il Trattato di Lisbona attribuisce finalmente valore giuridico vincolante, ed in particolare rango di diritto primario, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, che, per l'occasione, è stata riadottata (e riadattata) dalle istituzioni in data 12 dicembre 2007. Ciò significa che le istituzioni dell'Unione, ma anche gli Stati (e, dunque, le Regioni) nell'attuazione ed applicazione del diritto dell'Unione, sono tenuti a rispettare i diritti contemplati nella Carta.

In merito alla cittadinanza si continua a mantenere una certa linearità con il passato, sancendo il diritto di un soggetto di uno Stato membro di essere riconosciuto come cittadino dell'Unione. L'art. 9 del Trattato di Lisbona prevede che la «cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce». Il fatto che la disposizione si riferisca ad uno *status* che si aggiunge a quello nazionale, invece che prevedere, secondo quanto disposto dall'art. 17 TCE, che sia ad esso complementare, porterebbe a far pensare la cittadinanza dell'Unione con una maggiore condizione di autonomia seppur, sin qui, priva di riscontri sul piano normativo. Questa autonomia è emersa nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Infatti, nella sentenza relativa al caso Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, del 12 settembre 2006, la Grande Sezione ha affermato che, dato l'attuale quadro normativo che emerge dai Trattati, gli Stati membri possono concedere il diritto di elettorato attivo e passivo per le elezioni del Parlamento europeo «a determinate persone che possiedono stretti legami con essi, pur non essendo loro cittadini o cittadini dell'Unione residenti nel loro territorio». Da questa sentenza pare evincersi che il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osti all'introduzione, su base nazionale, di normative che riconoscano il diritto alla partecipazione alle elezioni europee a tutti i cittadini stranieri regolarmente residenti in uno Stato membro. Ad avallare questo discorso intervengono le conclusioni, inerenti a questo procedimento, dell'Avvocato generale Tizzano secondo cui, riferendosi all'art. 17 TCE, i «cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente Trattato». Tale disposizione determina il riconoscimento per quei soggetti di una serie di diritti altrove specificati

sversale) e retto da tre pilastri: il pilastro comunitario, caratterizzato dalla cooperazione realizzata attraverso le Comunità europee; il pilastro PESC, ossia della politica estera e di sicurezza comune; il pilastro della cooperazione giudiziaria penale e di polizia.

(in particolare negli artt. 18 – 21 TCE). Tuttavia, essa non implica affatto che soltanto i cittadini dell'Unione possano godere di tali diritti.».

In conclusione, la cittadinanza europea è in continua evoluzione, grazie anche alla rilevanza che le viene riconosciuta dalla Corte di giustizia. Con la cittadinanza dell'Unione si gettano le basi per una Europa con un proprio popolo a cui vanno riconosciuti diritti anche politici. A dimostrazione della tendenza al rafforzamento e allo sviluppo dei principi democratici dell'Unione va ricordato che l'art. 10 del TUE precisa, al paragrafo 1, che «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa». Quindi è il “cittadino europeo” al centro di questa nuova Europa.

GIOVANNI B. VARNIER

VALORI ETICI ED EUROPA CRISTIANA NEL MAGISTERO
DI GIUSEPPE VEDOVATO

1. Per i tipi delle edizioni *Le Lettere* di Firenze-Roma, è stato appena pubblicato e volentieri lo segnalo ai lettori degli *Studi Urbinati* un volume dal titolo: *Cittadino di Greci Cittadino d'Europa*¹, che intende ricordare il conferimento della cittadinanza onoraria concessa il 28 dicembre 2009 dal Comune di Greci a Giuseppe Vedovato, illustre personalità di studioso e politico, che proprio in quella comunità della provincia di Avellino ebbe i natali il 13 marzo 1912.

Una cittadinanza, non soltanto legata all'eccezionale traguardo anagrafico, quanto piuttosto con l'intento di riconoscere e premiare le sfide di una esistenza intensamente vissuta e il costante impegno svolto nei binari dell'etica pubblica e del magistero sociale della Chiesa.

Il tutto alimentato dalla fede in una visione costruttiva della vita e unito ad una innata tenacia che sostengono le azioni di una esistenza operosa, trascorsa nell'Università, nel Parlamento e nelle Organizzazioni internazionali.

A ciò si aggiunge, nello specifico, anche un riconoscimento per la tutela e salvaguardia della minoranza linguistica storica Arbëreshë-albanofona².

L'opera di cui propongo la lettura merita di essere considerata poiché permette di allargare l'orizzonte con una serie di riflessioni sul fecondo magistero del Vedovato e in tal modo ci avvicina ad una figura presente già dagli anni Trenta nel mondo dell'alta cultura, operando su più fronti, riconducibili alla attività accademica, parlamentare e pubblicistica.

2. Giuseppe Vedovato ama definirsi campano di nascita, fiorentino di elezione, italiano di cittadinanza, europeo per vocazione ed è un credente impegnato nella costruzione della *città terrena* attraverso il perseguimento del bene comune, da realizzarsi nella libertà, nella giustizia, nella pace e dedizione ad una concezione alta della politica.

Nato a Greci, come si è detto, e perduto il padre nella grande guerra e dal 1924 orfano anche di madre, si laureò a Firenze nel 1935, presso l'Istituto supe-

¹ G. VEDOVATO, *Cittadino di Greci Cittadino d'Europa*, Firenze-Roma, Le Lettere, 2010.

² ID., *op. cit.*, p. 16.

riore di Scienze sociali e politiche “Cesare Alfieri” e subito intraprese la carriera accademica in diverse sedi, raggiungendo nel 1988 il riconoscimento di professore emerito di Storia dei Trattati e Politica internazionale all’Università “La Sapienza” di Roma.

Attento conoscitore dell’Africa e del mondo islamico, studioso del colonialismo e della decolonizzazione, è sostenitore di una visione volta a non allentare ma riproporre su nuove basi i legami con la terra d’Africa ed è autore di numerose pubblicazioni, anche in lingua inglese, francese e tedesca, di interesse storico-diplomatico e politico-economico.

Cristiano coerente e spirito libero e già docente per generazioni di giovani, il professore Vedovato, insieme ad una lunga e operosa esistenza, conosce oggi una lucida vecchiaia che gli consente di spaziare con la riflessione scientifica e con relazioni e scritti sull’Europa e sul mondo e continuare ad operare per la collaborazione tra gli Stati, auspicando una integrazione culturale europea, come elemento di coesione tra Paesi che hanno già comuni sistemi economici e istituzioni politiche.

Attento alla più recente contemporaneità, non trascura la globalizzazione, che: “deve allinearsi con una mondializzazione della democrazia. La pratica democratica soffre del divario crescente che separa le istituzioni legali rappresentative e le nuove forme di espressioni, più o meno spontanee, che si moltiplicano e si ispessiscono senza alcun legame con i lavori e le deliberazioni degli organi parlamentari. Democrazia partecipativa? Democrazia deliberativa? Democrazia d’opinione, ovvero d’emozione, sostenuta dal potere mediatico che non dispone della legittimazione conferita dal suffragio universale?”³.

Dotato di una poliedricità e di uno spessore internazionale, inusuale per chi si formò in un’epoca in cui il nazionalismo risultava esasperato dalla propaganda di regime, è esempio di capacità di svolgere insieme e ad elevato livello più uffici, ispirandosi a quei valori etici, propri del patrimonio della nostra cultura occidentale.

Sorretto dalla visione positiva e da un credo non meno forte sulle possibilità di costruire su basi etiche le relazioni internazionali, ha fondato il *Seminario Permanente di Studi sull’Etica nelle Relazioni Internazionali*, che da diversi anni è presente all’interno della Facoltà di Scienze Sociali della Pontificia Università Gregoriana in Roma, al fine di promuovere maggiore spessore etico nei comportamenti internazionali e approfondire temi come la libertà, la pace, il bene comune.

3. Iscritto alla Democrazia cristiana, nel 1951 fu eletto consigliere provinciale a Firenze, deputato dal 1953 al 1972 e senatore dal 1972 al 1976; ha guidato missioni diplomatiche, politiche, culturali ed economiche in molti paesi dell’A-

³ Id., *op. cit.*, p. 150.

frica, dell'Asia e dell'America latina ed è esperto dell'Ufficio studi del Ministero degli Affari Esteri, membro del Consiglio del Contenzioso diplomatico e della Commissione per la pubblicazione dei documenti diplomatici italiani. Impossibile ricordare gli altri incarichi istituzionali, se non la elezione alla presidenza dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa dal 1972 al 1975 (attualmente è Presidente onorario), di cui fu membro dal 1953 al 1977 ed è altresì Presidente onorario dell'Associazione europea degli ex parlamentari dei paesi membri del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea.

Dopo aver diretto dal 1947 con continuità la "Rivista di Studi politici internazionali" (che si pubblica a Firenze dal 1934 ed è apprezzata in ambienti politici e diplomatici per la puntualità dell'informazione e dei commenti) è attualmente direttore emerito.

Sono sufficienti queste note per comprendere che ci troviamo di fronte ad una vita ricca di pensiero e di opere in un itinerario lungo quanto articolato: un protagonista nelle aule universitarie, nell'agone parlamentare interno e internazionale e nei pubblici dibattiti.

Se non temessi la retorica parlerei di un cristiano dai molti talenti, moltiplicati nella ricerca scientifica e nell'insegnamento, nella vocazione politica e nell'euuropeismo, ma soprattutto già da queste note si coglie un patrimonio che merita di essere posto alla riflessione di un pubblico interessato, che può avvicinarsi a tale pensiero, tutto puntualmente pubblicato in una dimensione organica.

Tuttavia in questa sede non è possibile dare conto dei diversi apporti, ma l'insegnamento che si ricava da una lettura globale è quello di una politica intesa come testimonianza cristiana e come attenzione alla dimensione internazionale e di una Europa che abbia come segno di identità l'uguaglianza nelle diversità, obbiettivo questo da conseguire attraverso la valorizzazione delle culture e nell'unità del comune pensiero.

Per limitarci a qualche frammento di quel magistero, nel suo ultimo scritto Vedovato ci ricorda che: "Nell'attuale stadio di sviluppo integrativo, l'Unione europea non può dimenticare che più che un'organizzazione internazionale classica essa è una comunità di valori: i valori individuali e universali della dignità umana, della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà. Più specificatamente: l'intangibile dignità dell'essere umano, il diritto alla vita e l'interdizione della pena di morte, il diritto all'integrità della persona e l'interdizione della tortura, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione"⁴.

[...]

"A questa esigenza vuole provvedere la consacrazione dei valori comuni, attuata dalla Carta dei diritti fondamentali, preambolo del trattato di Lisbona, anche se la sua concreta e generale attuazione solleva dubbi ed eccezioni. Dubbi

⁴ Id., *op. cit.*, p. 151 s.

per la non adeguata determinazione dei doveri e ancor più per l'assenza di un respiro di trascendenza" ⁵.

4. L'impostazione della vita e del mondo fondata su di un umanesimo europeo erede dell'universalità cristiana, insieme con l'impegno intellettuale esteso dal 1933 ad oggi, tutto questo risultata documentato dagli scritti.

In particolare il pensiero ruota attorno all'idea di Europa, come luogo culturale cristiano, da costruire sui valori spirituali che sono a fondamento del nostro Continente, il quale nella ricerca di uno spazio comune per cultura, sappia elevarsi con le ampie ali della propria millenaria civiltà e volare al di sopra delle miopie della burocrazia, ponendosi in relazione con altri Stati e popoli.

Questo risulta proposto senza utopie e con un nitido senso della realtà, improntata ad una visione ottimistica; si tratta del metodo proprio del Vedovato: ricerca culturale intesa ad approfondire la contemporaneità da proiettare verso la prassi.

L'idea di Europa è la matrice di tutto il suo pensiero e la stella polare dell'intero operato; dunque valori etici ed Europa in un mondo globale in crisi, di fronte al quale Vedovato esprime la convinzione che sia proprio la carenza di impegno scientifico-culturale a favorire la decadenza dei valori etici.

"I principi etici che man mano la Chiesa cattolica ritiene di poter insegnare come punti fermi hanno tutti conferma in una verifica esperienziale e si sintetizzano nel conseguimento del bene comune, che comprende l'insieme delle condizioni che favoriscono il pieno sviluppo della persona e dei gruppi intermedi" ⁶.

Aggiungo infine che quella di Giuseppe Vedovato è una personalità la cui cultura storica e umanistica trova espressione nell'amore per il libro e per la sua diffusione; questo anche al prezzo di una inusuale generosità personale, secondo il precetto espresso negli *Atti degli Apostoli*, per cui: "*Beatius est magis dare quam accipere*" ⁷.

5. Prima di concludere ancora un riferimento che presenta anch'esso risvolti di attualità.

Di fronte alla questione morale in Italia, già dagli anni Settanta egli presentò di propria iniziativa un disegno di legge costituzionale (n. 1498 del 1 febbraio 1974) per l'abrogazione dei commi secondo e terzo dell'articolo 68 della Costituzione, relativi alle prerogative dell'inviolabilità dei parlamentari. A sostegno di quanto proposto e dopo minuziose indagini egli allegò un elenco (Documento del Senato della Repubblica, V legislatura, n. 1498, all. I), unico nella storia parlamentare italiana, in cui sono raccolte le autorizzazioni a procedere presentate

⁵ Id., *op. cit.*, p. 152.

⁶ Id., *op. cit.*, p. 150.

⁷ Acta XX, 35.

dalla magistratura al Parlamento per deputati e senatori, per reati classificati in ben 94 categorie.

Una lettura anche sommaria evidenzia ancora una volta il secolare distacco tra il Paese reale e le sue istituzioni rappresentative per l'abuso di una immunità che diventa impunità e di qui la necessità di una revisione; lettura che riserva anche aspetti curiosi, come l'imputazione di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica e istigazione alla guerra civile a carico di un deputato, eletto poi presidente della Repubblica ⁸.

Giovanni B. Varnier

⁸ Cfr. G. VEDOVATO, *Le sfide di una lunga vita. Etica pubblica e presenza culturale*, Roma-Firenze, Le Lettere, 2009, p. 145.

