ANNO LXXIII e LXXIV - 2005/06 e 2006/07
NUOVA SERIE A - N. 57,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

ANNO LXXIII e LXXIV (2005/06 e 2006/07) **NUOVA SERIE A – 57,2**

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 2

PIERO BASSI, *Le lungaggini del processo civile alla luce delle riforme del 2005/2006*, 137

MICHELANGELA SCALABRINO, *Il diritto all'assistenza consolare negli Stati Uniti: un'altra occasione mancata*, 155

SABINO CASSESE, *Federalismi e regionalismi*, 195

STEFANO CECCANTI, *Federalismo e forma di governo. L'inopportunità delle differenziazioni di modello. Le buone (e persistenti) ragioni della legge costituzionale 1/1999*, 203

TOMMASO EDOARDO FROSINI, *Federalismo e bicameralismo*, 219

ANTONIO BRANCASI, *Federalismo e fiscalità: profili giuridici*, 233

ENRICO MORONI, *L'idea feudalista*, 249

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, ALDO SANDULLI

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 LXXIII e LXXIV - 2005/06 e 2006/07
NUOVA SERIE A - N. 57,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

PIERO BASSI

LE LUNGAGGINI DEL PROCESSO CIVILE ALLA LUCE DELLE RIFORME DEL 2005/2006

Il R.D. 1443/1940, che aveva introdotto il nuovo codice di procedura civile (codice Rocco), contraddistinto da interessanti spunti riformatori rispetto al Codice previgente (codice Zanardelli), nel senso di più accentuate caratteristiche (propugnate dalla dottrina e in particolare dal Chiovenda) di oralità, concentrazione ed immediatezza, appariva quale frutto di un'organica riforma senz'altro apprezzabile, specialmente se rapportata al periodo bellico nel quale era stato adottato [1]. Il nuovo codice fu ben presto, specialmente in merito alle sue preclusioni, bersaglio di sferzanti critiche, provenienti sia da una parte della dottrina [2], sia, soprattutto, dal ceto forense, tant'è che il legislatore intervenne con la legge n. 581 del 1950, contenente modificazioni ed aggiunte che, modificando in particolare gli artt. 183 e 184 e di fatto consentendo, senza più barriere preclusive, di proporre domande nuove, di produrre nuovi documenti e di dedurre nuove prove fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, determinava progressivamente, nel processo civile ordinario, un allungamento dei tempi necessari per avere una sentenza, causato principalmente dalla frequente concessione, da parte del giudice istruttore, di rinvii di udienza per consentire a ciascuna parte di replicare ai mutamenti del *thema decidendum* attuati dalle integrazioni, modifiche e precisazioni dell'altra parte, fino alle lungaggini che tutti conosciamo e che, purtroppo, per svariati fattori, continuano ad affliggere anche oggi il processo civile.

La successiva più importante riforma fu introdotta con la legge n. 533 del 1973, disciplinante le controversie individuali di lavoro, frutto di un intenso lavorio della dottrina, inteso in buona parte a recuperare lo spiri-

---

[1] Spunti nel senso indicato in: A. SEGNI – S. COSTA, *Procedimento civile (voce),* in *Novissimo Dig. It.*, XIII, Torino, 1965, p. 1030.

[2] Sull'argomento accenni in: CONSOLO-LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 84.

to "chiovendiano" che aveva ispirato il codice Rocco. Tale riforma si poneva un duplice obiettivo: a) sottrarre una materia così importante quale quella del lavoro alle esecrabili lungaggini del processo ordinario, vista la sproporzione che in tale ambito vi era nella forza contrattuale dei contendenti, a causa del minore potere economico del lavoratore rispetto a quelle del datore di lavoro; b) sperimentare un modello da proporre, magari con graduale applicazione ad alcuni limitati ambiti, per il processo ordinario, una sorta di "banco di prova" fino alla possibile estensione all'intero processo civile. Interveniva così l'applicazione di tale rito alla materia locatizia, con ripetuti aggiustamenti, e alla materia agraria nell'ambito della competenza della relativa Sezione Specializzata anche qui con ripetuti aggiustamenti, culminati nell'art. 9 della legge n. 29 del 1990.

Il processo del lavoro veniva in qualche modo definito quale un procedimento speciale, sebbene si sia sempre usato definire quale procedimento speciale ogni particolare fase speciale del processo, destinata a confluire, sempre o in via eventuale, nel rito ordinario, mentre il rito del lavoro così riformato, caratterizza e disciplina tutta la fase del procedimento, fino alla sentenza in ogni grado.

Nel frattempo, e sin dalla sua introduzione, il rito del lavoro era stato investito da una variegata analisi critica, che, principalmente, ne stigmatizzava le caratteristiche eccessivamente "inquisitorie" [3] che appunto, a causa degli eccessivi poteri attribuiti al giudice, si poneva in contraddizione con le caratteristiche più propriamente "accusatorie" del modello ordinario. Sul piano applicativo il rito del lavoro, principalmente per asserite carenze di organico, subiva aggiustamenti pratici che spesso ne spezzettavano l'udienza (tendenzialmente unica) in una serie di "sottoudienze", talora distanti un anno o più l'una dall'altra, con risultati, in termini di tempo necessario per avere una sentenza di primo grado, talora non dissimili da quelli usuali nel processo ordinario.

Ciò nonostante, a nostro avviso, una estensione del rito del lavoro al processo ordinario già dagli anni '70 avrebbe potuto, con alta probabilità, apportare una serie di virtuosi risultati in termini di celerità ed efficienza processuali. Quindi, nel mentre sarebbero stati inevitabili, ove tale estensione fosse realmente intervenuta, la continuazione e l'inasprimento delle critiche all'impronta inquisitoria che caratterizzava il nuovo rito, con gli opportuni aggiustamenti esso avrebbe potuto apportare risultati benefici in tutto il processo, con un sacrificio tutto sommato accettabile

[3] Cfr. G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1980, p. 39.

dei poteri riservati alle parti rispetto a quelli preponderanti riservati al giudice, in quanto ormai collaudato, e di fatto accettato senza traumi anche dagli addetti (giudici e avvocati). A noi sembra che la generalizzata applicazione del rito lavoratizio fin dagli anni '70 avrebbe potuto apportare anche nel normale vivere civile quei risultati di anticipato miglior rispetto della normativa sostanziale, che si era potuto constatare fin dall'inizio dell'introduzione della l. 533/73 nell'ambito dei rapporti di lavoro; infatti la semplice introduzione del nuovo rito aveva riequilibrato le situazioni sostanziali, che oggettivamente prima del 1973 avevano visto una sperequazione non lieve a favore della parte "datoriale".

Nella seconda metà degli anni '80 le critiche al rito del lavoro avevano, però, ormai creato un pregiudizio tale da avere reso inevitabile il ricorso da parte del legislatore ad altre vie riformatrici, quale quella di limitati interventi al processo ordinario, culminati in una interessante normativa (legge 353/1990) che suscitava non poche aspettative negli addetti, intesa com'era a creare barriere preclusive nella fase di trattazione e di istruzione della causa.

Tanto ci si attendeva che tale modello processuale sarebbe entrato in vigore senza modifiche di lì a poco (giusto il tempo per adattamenti nell'organico di giudici ed ausiliari), che la nuova normativa, ancora non vigente, diventava programma di studio per generazioni di studenti universitari; nella realtà, la riforma veniva attuata solo nella parte del "procedimento cautelare unificato"; per il resto nessuno saprà mai dire quale benefico effetto avrebbe potuto produrre tale normativa, e se avrebbe potuto soddisfare le ottimistiche aspettative che avevano accompagnato il progetto visto che, dopo uno sciopero prolungato degli avvocati, veniva completamente modificata dal decreto noto come "Mancuso quater" (D.L. 432/95) convertito con modifiche dalla legge 534 del 1995 che trasformava quella che era stata definita "la novella del 1990" in un rito difficilmente comprensibile e scarsamente duttile, che abituava gli addetti ai lavori ad udienze quasi "sacramentali" ed a scambi di memorie ritualizzate, spesso inutili, a causa del radicato pregiudizio che la nuova normativa avesse istituito una serie di scansioni rituali ed obbligate, risolventisi in cadenze automatiche ed inevitabili, il tutto in nome di una prassi "semplificante" propugnata da parte di non pochi giudici e non di rado avallata dagli avvocati, con il che, di fatto, nulla appariva semplificato e si era creata una situazione di incertezza che costringeva la Suprema Corte ad un lungo e faticoso aggiustamento della propria giurisprudenza durato oltre un decennio, durante il quale un qualche beneficio che indubbiamente la nuova normativa aveva apportato rispetto al modello scaturito

dalla riforma del 1950 (se non altro perché erano state istituite preclusioni istruttorie ed era stato eliminato il susseguirsi di domande nuove), era in buona parte andato frustrato dall'aumentato contenzioso e dalle croniche carenze di organico di giudici ed ausiliari.

In qualche modo riordinata la fase di trattazione della causa, le deficienze di personale si riflettevano sia nella fase di stretta assunzione istruttoria (che vedeva i giudici insofferenti di fronte alle estenuanti attività delle prove assumende, non di rado diluite in mesi e mesi a causa di uno spezzettamento talora rilevante dell'udienza e con, spesso, poco edificanti deleghe, per le assunzioni delle prove testimoniali, agli avvocati) sia nella fase decisoria, il vero incubo dei giudici. Questi, infatti, poiché la causa non risulta concentrata in poche ravvicinate udienze, quando, a distanza di tempo, dovevano riesaminare i fascicoli delle cause pendenti, che per la prima volta avevano dovuto esaminare almeno in sede di giudizio di ammissibilità delle prove, si trovavano, nel momento in cui erano chiamati ad emanare la sentenza e finché era vigente il rito scaturito dalla riforma del 1950 (ma le stesse considerazioni possono valere anche per il rito scaturente dalla riforma del 1995), di fronte a materiale ormai dimenticato e quindi da studiare daccapo, cosa che, d'altronde, a causa delle accentuate diluizioni delle udienze, accadeva (ed accade) agli stessi legali, i quali, quando i rinvii sono di svariati mesi, sono costretti, anche nel momento della redazione di ogni nuova serie di memorie, a studiare daccapo il fascicolo, con notevoli perdite di tempo o sommari risultati.

Per identico motivo, la situazione non veniva sostanzialmente migliorata dall'introduzione, con D.Lgs. n. 51/98, del giudice unico, al quale veniva affidata la maggior parte delle materie già appannaggio del collegio.

Occorre considerare che, poiché l'attività più impegnativa per il giudice è quella di redazione della sentenza, che postula un paziente ed approfondito esame del fascicolo d'ufficio e di quello di parte, il giudice si trova sempre di fronte a una duplice scelta: o motivare bene la sentenza, ipotesi che richiede, oltre ad uno studio prolungato ed attento del fascicolo, anche un puntuale esame di dottrina e giurisprudenza sui punti più importanti se controversi, ed allora il numero di sentenze emesse non può che essere scarso; oppure studiare l'incarto frettolosamente, ed allora è più facile produrre sentenze, ma la sommaria e non di rado incongrua motivazione diventa facile bersaglio di impugnazioni. Talora i giudici sono ossessionati da tale dilemma e non è raro assistere, nella fase decisoria, alla rimessione della causa in istruttoria solo per rimbalzare nel tempo la difficoltà di studiare il fascicolo e di motivare adeguatamente la

sentenza, quando, addirittura, non capita che il giudice semplicemente rimbalzi di uno o più anni la fase decisoria senza pretesto alcuno, se non quello del proprio eccessivo carico di lavoro. L'affidamento della fase istruttoria e decisoria al giudice unico quindi, di fronte al crescente carico del contenzioso civile, non ha risolto le lungaggini del processo civile, come non le aveva risolte la istituzione (con legge n. 374/91) della figura del giudice di pace, mentre il limitato alleggerimento dell'udienza non ha portato risultati adeguati nella fase decisoria. Tale risultato, a nostro avviso, potrebbe infatti aversi solo se fra l'inizio della causa e quindi fra il primo e fondamentale studio delle carte e la redazione della sentenza corressero solo pochi mesi, poiché solo in questa ipotesi il giudice potrebbe realmente giovarsi del recente iniziale studio della causa, facilitato anche dalle ulteriori e ravvicinate occasioni di esame del carteggio, avvenute nelle fasi di ammissione e assunzione delle prove costituende e, di conseguenza, emanare la sentenza con maggiore facilità [4].

* * *

Perdurando le critiche al rito del lavoro [5], non più esteso ad altri istituti di diritto sostanziale e tenuto conto delle modifiche apportate al codice di rito e sopra viste, prendeva corpo e forza l'opinione di quella parte della dottrina che intravvedeva quale unica soluzione possibile ai mali della giustizia l'adozione di un modello processuale che all'estero fosse ben congegnato. Tale idea era certamente condivisibile se non fosse che, anziché affacciarsi, come a noi sembrerebbe ovvio, ai "vicini di casa" i cui modelli simili ai nostri potevano forse funzionare anche solo con la integrale adozione del relativo codice di rito, con pochi adattamenti per adeguarli alle nostre strutture, con risultati né rivoluzionari né inaccettabili e con risvolti pratici notevoli se seguiti alla lettera (si pensi al modello austriaco o a quello tedesco o in alternativa a quello olandese, modelli tutti nell'ambito della *Civil Law* e che consentono, nei rispettivi paesi, di avere una sentenza in un periodo medio che, a seconda delle nazioni, va da sei mesi a poco più di un anno dall'inizio della causa), ci si affacciava ad un esempio della Common Law, quello statunitense, del quale veniva presa in considerazione la fase del *pre trial*, che vede le parti

---

[4] Tali assunti paiono condivisi da: C. CAVALLINI, *Il nuovo art. 183 c.p.c. e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1/2006, pp. 241 ss.

[5] Vd. riferimenti in: R. FOGLIA, *Domanda di giustizia e processo del lavoro,* in *Giur. It.*, 2001, 1289 ss.

scambiarsi, nella fase iniziale del processo, difese senza intervento del giudice, ritenendo che la trasposizione da noi di una similare situazione avrebbe alleggerito il malfunzionamento del nostro sistema, identificato nell'eccessivo carico di lavoro dei giudici. Si giungeva così, dopo dibattiti peraltro neppure troppo accesi, alla introduzione del D.Lgs. n. 5 del 2003 che, nell'ambito della più ampia riforma del diritto societario, istituiva il cosiddetto "processo societario". Era intento degli studiosi (e del legislatore che ne aveva seguito i suggerimenti) collaudare nella detta materia un nuovo modello da estendere, gradatamente o in modo generalizzato, al rito ordinario, quindi con intenti non dissimili da quelli avuti dagli studiosi e dal legislatore di trent'anni prima, relativamente al processo del lavoro.

Tutto ciò accadeva senza che la dottrina e il legislatore avessero dato il giusto peso alla circostanza che la fase della *discovery* statunitense (che nell'ambito del *pre trial* era stata sussunta in tale modello e che consisteva nel reciproco disvelarsi delle prove ad opera delle parti contrapposte) era già entrata in crisi negli Stati Uniti da molti anni, a partire dal 1970, a seguito della crescente consuetudine dei legali di effettuare valanghe di contrapposte deduzioni, principalmente quando si trattasse di difendere potenti ed organizzate *lobbies*, quale ad esempio quella delle società assicuratrici, con il risultato che la *discovery* era divenuta progressivamente occasione di interminabili scambi di atti difensivi fra le parti il che, per rimanere all'esempio nelle cause con le compagnie assicuratrici, rendeva difficile individuare gli argomenti veramente importati sui quali le parti avrebbero dovuto concentrarsi, consentendo alle compagnie di assicurazione di raggiungere lucrose transazioni con gli avversari i quali, non potendo disporre di organizzazioni altrettanto efficienti, finivano per trovarsi di fronte ad una stasi paralizzante delle cause, che quindi li forzava a transazioni poco eque.

Nel mentre negli Stati Uniti la legislazione aveva cercato di porre rimedio a tale anomala situazione, ad esempio con il ricorso all'istituzione di "conferenze" nell'ambito delle quali i giudici intervenivano per stemperare gli eccessi delle parti, il modello, da noi sussunto in una forma ormai superata, puntualmente mostrava un identico esito di quello che era già stato oggetto di critica e di riforme negli Stati Uniti stessi. Il rito societario, sebbene adottato da oltre due anni, infatti non vede pervenire ad un significativo numero di sentenze di merito, ma caso mai ad interventi sui vari reclami al giudice soltanto in rito, talora nell'ambito della distribuzione delle competenze fra giudice relatore e collegio, regolate dagli artt. 12 e 16 del visto D.Lgs. n. 5/2003. Di fatto siamo quindi, nel

rito societario, in presenza di uno stallo che, sebbene si sia visto estendere il rito stesso alla materia brevettuale con l'istituzione delle relative Sezioni Specializzate, di fatto dimostra il fallimento di una idea riformatrice su un ulteriore modello da estendere al rito ordinario. A nostro avviso, però, mentre il fallimento del rito societario si presenta irrimediabile, la mancata estensione del rito del lavoro è stata solo il frutto di un banale equivoco, visto che fu ritenuto semplicemente criticabile un sistema eccessivamente inquisitorio che, volendo, avrebbe potuto essere attenuato con limitati aggiustamenti, aggiustamenti che, per l'opposto, non sembrano possibili nel rito societario, ove le problematiche tecniche si presentano strutturali.

Le recentissime riforme mostrano che il legislatore ha avvertito i limiti che caratterizzano il rito societario ed ha quindi preferito ritornare al "ritocco" delle norme vigenti, questa volta cercando di recuperare, almeno per quanto riguarda gli interventi sulla fase introduttiva del processo, lo spirito della abortita riforma del 1990 con una "quasi riedizione" della legge 353/90 [6], che si è avuta con ripetuti aggiustamenti non sempre illuminati, dapprima con la legge 80 del 2005 che convertiva con modifiche un precedente decreto, indi con la legge cosiddetta "natalizia" del 28.12.2005 n. 263 che a sua volta interveniva con modifiche in sede di conversione di un ulteriore decreto. Dopo ripetuti "rimbalzi", tali norme sono entrate definitivamente in vigore il primo marzo del 2006. La riforma riguarda numerose parti del processo civile, sia la fase introduttiva (ripresa, come visto, dalla legge 353/90) sia le parti generali relative alla comunicazioni fra la cancelleria e le parti, così come il sistema delle notificazioni fra le parti stesse ed il deposito degli scritti difensivi, ma soprattutto la fase introduttiva della causa (trattazione iniziale e fase dell'ammissione istruttoria) così come l'intero terzo libro del codice sulle esecuzioni ed il quarto libro sui procedimenti speciali. Deve dirsi che la legge 80 aveva fra l'altro conferito al Governo una delega per la riforma del processo di Cassazione "in funzione nomofilattica" e dell'arbitrato. La nuova normativa non era ancora entrata in vigore che veniva modificata in più parti e con svariati ulteriori interventi, sia nell'ambito della recente riforma dell'istituto della separazione e del divorzio (che istituiva il cosiddetto "affido condiviso" dei figli) che interveniva sulle norme già ripetutamente incise dalle riforme del 2005 (artt. 706 e ss. c.p.c. relativi

[6] Spunti in questo senso in: M. BARBUTO, *Prima udienza con ritorno alle origini*, in *Guida al Diritto*, 22/2005, p. 33.

alle separazioni), in tal modo ulteriormente modificando norme ancora non entrate in vigore, sia nell'ambito delle esecuzioni mobiliari, con la legge 52/06 che andava ad incidere sulle riforme di cui alle leggi nn. 80 e 263 del 2005, modificando così ancora il "quadro" del codice di rito. Nel frattempo, in attuazione della delega sopra accennata, conferita al governo con la l. n. 80/2005, veniva emanato il D.Lgs. 40/2006 che modificava il processo di Cassazione (a nostro avviso, come vedremo, più in funzione deflattiva che nomofilattica) ed introduceva una completa risistemazione dell'arbitrato. Da ultimo è stata poi emanata la legge 102/2006 che estende alle cause relative al risarcimento dei danni alla persona per incidenti stradali il rito del lavoro, con uno "stupefacente" art. 3 che nulla dice, ma che tutto lascia intendere.

* * *

Ci si chiede se le riforme del periodo 2005/2006, che ammontano ad una decina (se si annoverano anche le modifiche in sede di emanazione dei decreti legge) porteranno risultati favorevoli sul piano della celere conduzione del processo civile. La risposta sembra dovere essere pessimistica. Ci permetteremo innanzitutto di descrivere alcune limitate ma qualificanti parti della variegata riforma, iniziando dalla estensione del rito del lavoro alle cause relative ai danni alla persona in tema di infortunistica stradale introdotta con la legge da ultimo nominata, la l. 102 del 2006: nel 1973 sarebbe certamente stato un evento auspicabile, ma dal 1973 sono passati trentatrè anni ed il collaudo ha poco senso dopo che sono state tentate strade alternative, che comunque hanno scombinato il "quadro" del codice di rito. Una siffatta estensione sarebbe stata e sarebbe ancora ragionevole se ci fosse, in capo al legislatore, un serio programma di graduale estensione del rito a svariate materie di diritto sostanziale e, tendenzialmente, a tutto il processo ordinario. Nella realtà non solo un siffatto programma manca del tutto, ma dobbiamo segnalare due principali incongruenze: 1) la circostanza che, pressoché contemporaneamente, il legislatore ha mostrato un intento di segno opposto, istituendo (nell'ambito della riforma, attuata con le leggi 80 e 263 del 2005) l'opportunità per le parti di estendere volontariamente a qualsiasi controversia civile il rito societario con l'introduzione dell'art. 70-ter delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, che esamineremo più oltre; 2) il fatto che il legislatore ha effettuato la detta estensione nel rito lavoristico in maniera abnorme ed irragionevole, tanto da far sorgere notevoli perplessità sulla ordinata applicazione del detto rito alle

cause per danni alla persona nella infortunistica stradale. Infatti con la sua pretesa di "applicazione automatica" mediante semplice rinvio al libro II, titolo IV, capo I, del codice di procedura civile, il legislatore ha lasciato aperta una serie di problemi sui quali la prima dottrina [7] è apparsa profondamente sconcertata e divisa sin dal primo affacciarsi della detta nuova normativa, lasciando così la non facile soluzione dei numerosi problemi applicativi alla giurisprudenza, il che inevitabilmente costringerà a passare per percorsi di incertezza e così per inevitabili ripetuti ribaltamenti di linea su tutti i numerosi punti individuati dalla dottrina come di difficile interpretazione, quali ad esempio il problema della competenza; quello della connessione legato al possibile contrasto di giudicati con le parallele cause per danni alle cose; il problema dell'applicabilità del nuovo rito alle controversie già iniziate; il problema della compatibilità con la realtà dei sinistri stradali dei molti istituti che legge n. 533/73 aveva predisposto specificamente per il rito del lavoro, ecc. È purtroppo da ritenersi che le problematiche suscitate da una siffatta estensione del rito del lavoro ad una nuova materia non farà altro che aumentare i pregiudizi nei confronti di tale rito (che, ripetiamo, a nostro avviso appaiono scarsamente giustificati), compromettendone così ulteriormente la credibilità e l'ulteriore, possibile estensione a nuove materie.

* * *

Quanto al combinato disposto delle leggi n. 80 e n. 263 del 2005, conviene preliminarmente valutare che la prima delle due normative introduce nel sistema del nostro processo civile una norma (di cui già abbiamo fatto or ora cenno) che risulta in palese contraddizione con tutte le linee di tendenza sopra esaminate: il nuovo, e apparentemente rivoluzionario, art. 70-ter delle disposizioni di attuazione del codice di rito, il quale va ad incidere sul momento iniziale della causa: in virtù di tale norma l'attore, nel proprio atto di citazione, ha facoltà di invitare il convenuto a costituirsi, anziché nei modi ordinari, ossia con deposito in cancelleria della comparsa di risposta, nelle forme del rito societario, ovvero conformemente al disposto dell'art. 4 della l. 17.01.2003 n. 5, mediante notifica della detta comparsa al domicilio eletto dall'attore (anche confor-

[7] Per ulteriori spunti nell'argomento, ed in adesione alle critiche svolte nel testo, cfr.: V. SANTORO, *Sanzioni più dure per i responsabili ma resta l'enigma del Giudice di Pace*, in *Guida al Diritto* 13/2006, pp. 24 ss.

memente alle nuove norme in tema di trasmissione atti); così facendo, per fatti concludenti il convenuto accetterebbe la implicita proposta dell'attore di continuare la causa con il rito societario. In realtà, a noi sembra che la norma sia destinata a rimanere priva di qualsiasi seguito pratico. D'altronde, è facile previsione, visto che il primo ostacolo all'adozione di detto rito è la necessità che tutti i convenuti concordemente operino in tal modo; la dottrina quasi unanime [8] già ritiene (a nostro avviso fondatamente) che sia dato a qualsiasi chiamato in causa di rifiutare tale adozione, obbligando in tal caso le altre parti all'immediato ritorno al rito ordinario, con quali incertezze sul funzionamento degli uffici giudiziari è facile immaginare [9]. Ancor più serio ostacolo a tale mutamento del rito è la ovvia circostanza che, visto che è l'attore ad avere necessità di una rapida definizione della causa, nessun attore farà tale proposta, dato il poco felice collaudo del rito societario in termini di semplicità di approccio e di celerità di definizione della causa. Potremmo dire, con una battuta, che, forse, le compagnie assicuratrici potrebbero, quando attrici in accertamento negativo (ipotesi peraltro rarissima) essere tentate di formulare tale invito, ma, proprio per le considerazioni più sopra svolte, non crediamo che si trovi un convenuto così ingenuo da farsi tentare, e da accettare quindi l'eventuale "invito".

Altre norme qualificanti del nuovo sistema delle leggi 80 e 263 del 2005 sono gli artt. 170 e 183 c.p.c., il 669 octies, il 696 e 696 bis del medesimo codice. Quanto all'art. 170 c.p.c, tale norma, oltre che ampliare in generale le ipotesi di utilizzo dei moderni mezzi di trasmissione documenti (*fax* ed *e-mail*), estende tale possibilità alle impugnazioni, con una sorta di "*obiter dictum*" privo di specificazioni pratiche e, allo stato,

---

[8] Così: C. Cecchella - D. Amadei - D. Buoncristiani, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Il sole 24 Ore, 2006, p. 40; E. Bruschetta, *La riforma del processo civile,* Ipsoa, 2006, p. 35.

[9] "*deve andare osservato come con riguardo al contraddittore non necessario che, ex art. 105 c.p.c. interviene volontariamente in giudizio possa trovare applicazione la disposizione contenuta nell'art. 268, comma 2, prima parte c.p.c. Norma che – come noto – stabilisce che chi interviene volontariamente in lite senza essere contraddittore necessario non possa più compiere atti che alle altre parti "non sono più consentiti". Sicché in questa ipotesi potrebbe essere ragionevolmente ritenuto – per vero senza eccessivo sforzo – che il detto interventore non possa più avere un* os ad loquendum *in ordine alla scelta che l'attore ed il convenuto abbiano in precedenza già fatto di radicare il nuovo processo societario"* E. Bruschetta, *la riforma del processo civile,* Ipsoa, 2006, p. 35; del medesimo avviso G. Costantino, *Modifica della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Foro It.,* 2005, V, 100.

di improbabile applicazione [10]. Quanto all'art. 183 c.p.c., esso concentra in un'unica udienza gli incombenti delle due udienze del "Mancuso quater", quella di prima comparizione (art. 180) e la prima udienza di trattazione; tale nuovo lunghissimo articolo porta qualche semplificazione alla fase introduttiva del processo, istituendo la possibilità per il giudice di concedere alle parti, se richiesto, in unica occasione, tre termini per il chiarimento delle domande e per le istanze istruttorie, rendendo non più obbligatoria la presenza delle parti per l'interrogatorio libero e per il tentativo di conciliazione, il che sembrerebbe alleggerire il carico di lavoro del giudice (sebbene nella prassi, da ultimo, e già sotto il vigore del precedente sistema – "Mancuso quater" –, si fosse ritenuta tale obbligatorietà non più sussistente) offrendo la possibilità, per l'attore, di proporre domande ed eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale e/o delle eccezioni del convenuto, il che alcuni studiosi [11] ritengono non determinare una preclusione per l'attore analoga a quella che l'art. 167, nuova formulazione, pone a carico del convenuto, cosa che personalmente riteniamo invece possibile ed auspicabile; in generale, la semplificazione apportata alla fase introduttiva della causa, la riavvicina al modello, come abbiamo visto mai entrato in vigore, della Legge n. 353 del 1990 [12], considerato che, in teoria, il giudice potrebbe decidere sull'ammissione delle prove già alla (tendenzialmente) unica "prima udienza", fissando l'udienza per la loro assunzione, se non addirittura, ove la causa appaia matura per la decisione, fissando senz'altro nella stessa sede l'udienza di precisazione delle conclusioni, il che potrebbe verificarsi in presenza di cause documentalmente istruite; conoscendo le ormai consolidate abitudini degli operatori a voler ritualizzare gli incombenti processuali, non crediamo che ciò accadrà se non episodicamente. Considerato che quanto maggiormente rallenta il processo civile è, come visto, la fase decisoria (essendo impossibile, si ripete, con l'attuale procedura, che il giudice possa studiare la causa per la pronuncia della sentenza poco dopo avere per la prima volta studiato il fascicolo), è da ritenere che i vantaggi acceleratori sul processo siano del tutto marginali, a meno che non sia aumentato l'organico di magistrati, cancellieri ed ufficiali giudi-

---

[10] La nostra opinione è condivisa da: G. BALENA, *Uso del fax e degli strumenti elettronici*, in in *Foro It.,* 2005, V, p. 96.

[11] In questo senso: C. CAVALLINI, *Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 3/2005, p. 736: sull'argomento inoltre: A. BUCCI - A. M. SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile,* CEDAM, 2006, pp. 5 ss.

[12] M. BARBUTO, *Prima udienza con ritorno alle origini,* cit. p. 33.

ziari, sempre che avvocati e giudici non preferiscano continuare a ritualizzare il sistema ed a procedere ancora con inutili, ingiustificati rinvii [13].

Quanto all'art. 669-octies del codice di rito, sono stati introdotti tre nuovi commi, che attribuiscono ultrattività [14] ai procedimenti cautelari anticipatori [15], con il mantenimento dell'efficacia dei relativi provvedimenti non solo in caso di estinzione della causa di merito, ma anche in caso di suo mancato avvio; è ragionevole ritenere che tali nuove opportunità potranno spingere il ricorrente a trascurare l'avvio del giudizio di merito, che di conseguenza sarà iniziato con una domanda di accertamento negativo dal convenuto che non voglia riconoscere la domanda attorea; quanto all'accertamento tecnico preventivo, la nuova formulazione dell'art. 696 c.p.c. prevede, al primo comma, un ampliamento delle ipotesi dell'accertamento, che a seguito della nuova formulazione risulta ammissibile anche sulla persona dell'istante, mentre il secondo comma

---

[13] Sull'argomento si veda: M. De Cristofaro, *Il nuovo processo civile "competitivo" secondo la l. 80/2005,* in http://www.ordineavvocatimilano.it/html/pdf/DE_CRISTOFARO_16-10-06.pdf , p. 22, secondo cui "*.. lo stesso nuovo art. 183, e di riflesso il precedente art. 167, avranno senso solo: – se potrà essere mediamente rispettato il termine per l'ordinanza ammissiva delle prove dato al giudice, e se – per conseguire tale fine – non si abusi del potere di rinvio dell'udienza al di là della soglia massima dei 45 gg. prevista dall'art. 168 bis, co. 5º; – se esso vedrà la pronuncia di ordinanze a ragion cognita (troppo facile essendo prevedere la via di fuga di ordinanze ammissive indiscriminate, onde conciliare l'obbligo di legge con il carico di lavoro gravante sul magistrato) e sarà seguito in tempi certi dall'inizio dell'attività istruttoria; – se verranno soprattutto messi in opera gli strumenti per allentare il famoso "collo di bottiglia", ossia la strozzatura che impone i tempi lunghi di attesa per la precisazione delle conclusioni, dopo la chiusura della fase istruttoria. Altrimenti, anche il nuovo processo civile competitivo non potrà che essere ancor oggi descritto con la seguente, impietosa metafora: ossia l'immagine che vede i protagonisti del processo – giudice, difensori e parti – dotati dal legislatore di una Ferrari ultimo modello, ma costretti a districarsi a passo di lumaca nel mezzo di un traffico congestionato dall'ingorgo dovuto alle troppe cause contestualmente pendenti*"; ancor più critico sui benefici della riforma: C. Cavallini, *Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado*, cit., p. 734, il quale ritiene che i limitati benefici di accelerazione del processo vengano pagati al prezzo di una ingiustificata compressione di garanzie costituzionali quali la parità delle parti processuali nell'esplicazione del diritto di difesa.

[14] Tale carattere dei nuovi provvedimenti cautelari non è propriamente una novità essendo soluzione che la commissione Vaccarella aveva utilizzato per il "rito societario", ed infatti l'ultrattività trae origine dallo stesso D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, con particolare riferimento agli artt. 23 e 24 ma non solo. Sull'argomento si veda: S. De Matteis, *il procedimento cautelare societario*, in www.judicium.it ora anche in *La riforma del processo cautelare: analisi sistematica e profili operativi del nuovo rito cautelare*, Giuffrè, 2006.

[15] Sull'argomento si veda: A. Bucci - A. M. Soldi, *Le nuove riforme del processo civile,* cit. p. 54.

estende la possibilità di valutazioni in ordine alle cause e ai danni relativi all'oggetto della verifica. A sua volta, il nuovo art. 696-bis prevede una ulteriore estensione dell'accertamento, statuendo che esso possa disporsi anche al di fuori delle condizioni previste dal primo comma dell'art. 696 quando sia richiesto ai fini dell'accertamento e della quantificazione dei crediti discendenti dall'inosservanza dei contratti e da fatto illecito. Entrambe le estensioni a nuove materie (sia quelle dell'art. 696 che quelle dell'art. 696-bis) determinano un notevole "mutamento di rotta" rispetto al previgente sistema, che, nel vecchio testo dell'art. 696, attribuiva al consulente una facoltà quasi "notarile", ovvero di mera descrizione dello stato di fatto, senza commento alcuno, tant'è che, in giurisprudenza, prima della detta riforma, si discuteva se fossero utilizzabili nella causa di merito quelle consulenze che, anziché limitarsi a descrivere lo stato di fatto, esprimevano delle valutazioni.

Quanto agli interventi operati nel decreto legislativo n. 40/2006 sul procedimento di Cassazione, abbiamo già anticipato che la detta nuova normativa è più "deflattiva" che "nomofilattica" [16].

Basti pensare che il nuovo art. 366 bis impone al difensore di formulare, a pena di inammissibilità, a conclusione del ricorso proposto per violazione o falsa applicazione di leggi (così come di contratti collettivi ai sensi del nuovo testo dell'art. 360), un quesito di diritto che è da ritenersi l'esatto antecedente logico che deve seguire la Corte quando sarà chiamata ai sensi dell'art. 384 a formulare il principio di diritto cui dovrà uniformarsi l'eventuale giudice di rinvio nonché, quanto ai denunziati vizi di motivazione, la chiara indicazione del fatto controverso oggetto di omessa e contraddittoria motivazione, così come le ragioni per le quali la dedotta insufficienza di motivazione la renderebbe inidonea a giustificare la decisione.

Vi è ovviamente notevole curiosità sulla interpretazione che i giudici forniranno a questa norma. È indubbio che il legale, nella redazione dei motivi di ricorso, non potrà effettuare, relativamente ad uno stesso fatto, una semplice elencazione delle norme violate, né potrà, in un unico motivo, ovvero per un unico errore della sentenza impugnata, cumulare più critiche, ad esempio quella di violazione di norme di diritto e di vizio di motivazione, poiché ogni singola censura dovrà contenere, a pena di inammissibilità, il relativo "quesito di diritto".

---

[16] Per spunti sull'argomento ed in adesione con quanto più oltre nel testo, cfr. A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione,* in *Giur. It.*, 2006, 2002.

Il quesito di diritto dovrà di conseguenza essere formulato in maniera tale da riprodurre quanto la Cassazione dirà nel suo "principio di diritto", ex art. 384 nuova formulazione, almeno per i casi in cui questo deve essere enunciato, ossia quando la Cassazione decida il ricorso proposto a norma del n. 3 dell'art. 360, I comma, ed in ogni altro caso (e questo è una ulteriore novità) in cui, relativamente ai motivi sub 1-2-4 dello stesso articolo, risolva una questione di diritto di particolare importanza. Ci chiediamo in proposito cosa accadrà se la Corte troverà che, sì, un motivo di ricorso è da ritenersi fondato, ma che il relativo quesito di diritto è ritenuto incongruo, incomprensibile, o solo non adeguatamente chiaro, e comunque non coincidente con il principio di diritto che la Cassazione intende enunciare o che le specificazioni relative ai vizi di motivazione non siano ritenute abbastanza chiare ed esaurienti: forse prevarrà la linea per cui la Cassazione, ritenendo fondato il motivo del ricorso, sarà libera di cassare enunciando un principio di diritto avulso dal quesito di diritto o comunque non ritenendo inammissibile il ricorso malgrado la non sufficiente indicazione rispetto ai vizi di motivazione; se questa sarà la linea che prevarrà, allora la non perfetta redazione del quesito o delle specificazioni non determinerà inammissibilità del ricorso. Nell'ipotesi contraria, invece, ogni qualvolta il ricorrente non proporrà un quesito collimante con il pensiero della Suprema Corte, si vedrà dichiarare il ricorso stesso inammissibile. È da augurarsi che i magistrati di Cassazione siano particolarmente preparati ed aperti nel valutare i ricorsi, altrimenti un certo fiscalismo ne farebbe ovviamente dichiarare inammissibili un gran numero anche se contenenti profili di critica fondati.

Altra norma fondamentale sembra essere il nuovo quarto comma dell'art. 385, che istituisce una ulteriore ipotesi di responsabilità aggravata per dolo o colpa grave (che si aggiunge a quella dell'art. 96, I comma), ove il danno è già quantificato dalla legge in una misura che, sebbene determinata in via equitativa, può raggiungere il doppio dei massimi tariffari forensi. Ci chiediamo se le sopra viste ipotesi di inammissibilità facciano sempre scattare questa ipotesi, col che l'effetto di tale nuova norma sarebbe davvero "super deflattivo".

A prescindere dalla accentuata funzione nomofilattica, tali nuove norme avranno dunque un potente effetto deflattivo, poiché scoraggeranno i ricorsi redatti dagli avvocati "senza speranza" e solo per accontentare il cliente, resi ardui dalla maggior difficoltà di redazione e dalla sanzione appena vista.

Poiché l'attuale arretrato della Cassazione è di circa due anni, su una produzione media di quasi trentamila sentenze l'anno, i benefici delle

nuove norme cominceranno a operare soltanto dopo che, smaltito l'attuale carico, la Corte inizierà ad esaminare i ricorsi redatti con le nuove regole. Ma in realtà, ci facciamo delle illusioni se crediamo che tali vantaggi possano avere concreto esito: posto che il nuovo art. 374 c.p.c. che introduce il principio dello "*stare decidis*" impone alle sezioni semplici di uniformarsi al giudicato delle sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle stesse sezioni semplici e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza, le medesime sezioni semplici dovranno attendere i lunghi tempi che una pronuncia a sezioni unite inevitabilmente comporta, con il risultato di paralizzare la propria attività a discapito delle esigenza di celerità del processo.

Quanto ancora alla seconda parte del D.Lgs. 40/2006, relativa alla riforma sull'arbitrato, trattasi di una riforma relativamente organica ed interessante, che segue di poco più di un decennio la riforma all'istituto già introdotta con la legge 25/94, e che, fra l'altro, elimina la sezione relativa all'arbitrato internazionale (la cui disciplina forse rimane, visto che le relative norme ci sembrano essere compatibili con il nuovo sistema). Una autentica novità è costituita dall'art. 808-ter che codifica l'arbitrato irrituale, fin qui costruzione di dottrina e giurisprudenza. I motivi di "annullabilità" del relativo lodo sono quelli già frutto della precedente elaborazione giurisprudenziale e, tutto sommato, l'istituto, finché era frutto di studi, costituiva un "diritto vivente", evolvibile con il divenire del convivere civile, mentre, per il futuro, sarà pur sempre un istituto cristallizzato.

Diremo ancora che è abbastanza singolare che la parte di riforma introdotta con le due leggi nn. 80 e 263 del 2005, sia stata pesantemente rivisitata dalla legge 52/06 in materia di esecuzioni mobiliari, prima ancora di entrare in vigore.

Quanto agli interventi sul codice di rito introdotti con la legge 54/06 in tema di separazioni, anche qui la nuova norma interviene, come ora abbiamo visto in tema di esecuzioni, su una normativa già incisa delle due leggi 80 e 263/05. Inutile inoltrarci in commenti sul metodo. Solo l'esperienza giurisprudenziale potrà dire se la relativa riforma apparirà congrua e comprensibile.

A prescindere da alcune pur interessanti norme qualificanti sopra esaminate, la rassegna fin qui compiuta permette di trarre alcune considerazioni in merito alla recente "febbre riformatrice": il legislatore ha introdotto nuove riforme sul codice, slegate fra di loro; in parte ha voluto ampliare il rito lavoristico; in parte (a nostro avviso e, fortunatamente,

senza successo), ha voluto favorire l'allargamento del rito societario, in parte, ancora, è intervenuto con ripetuti ritocchi sul rito ordinario. Mentre indubbiamente è aumentata l'importanza e la fatica dell'avvocato, il quale è chiamato a districarsi in una congerie di riti, tutti attualmente in vigore, visto che allo stato ancora pendono cause nate prima della riforma "Mancuso", cause nate con il rito intermedio (quelle nate prima del 1° marzo 2006), le cause trattate con il nuovo rito ordinario alle quali si affiancano cause trattate con il rito societario oltre che cause trattate con rito del lavoro, non sembra che la nuova normativa possa apportare benefici visibili in tema di accellerazione delle cause civili; al massimo potrà aversi, nell'arco di 3-4 anni, forse, la fine dell'arretrato delle cause di Cassazione, ma si tratta di un beneficio limitato se si considera la "confusione" che le nuove norme generano in primo grado e in appello, in quanto il moltiplicarsi dei riti determina negli avvocati e nei giudici sconcerto e disorganizzazione, il che potrebbe frustrare i vantaggi (in termini di tempo) dati dalla deflazione delle cause di Cassazione, e da una qualche, credo scarsa, accelerazione della fase introduttiva del processo "ordinario residuale".

MICHELANGELA SCALABRINO

VIAGGIARE INFORMATI
ovvero
IL DIRITTO ALL'ASSISTENZA CONSOLARE NEGLI STATI UNITI: UN' ALTRA OCCASIONE MANCATA

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. L'OC-16/99 della Corte Interamericana de Derechos Humanos; 3. La giurisprudenza della CIG: le sentenze *LaGrand* e *Avena*; 4. Le reazioni alla sentenza *Avena* e la giurisprudenza della Corte Suprema USA; 5. Conclusioni; 6. Post factum.

1. *Introduzione*

Secondo statistiche accreditate, il numero delle infrazioni penali ed amministrative commesse dagli stranieri -clandestini inclusi- [1] che si trovano occasionalmente o stabilmente in un determinato paese non è in media più elevato di quello attribuibile ai nazionali.

In quasi tutti gli Stati caratterizzati da forte immigrazione, tuttavia, si evidenzia ormai da anni la tendenza a "criminalizzare" le infrazioni amministrative degli stranieri (soprattutto la mancanza del visto d'ingresso e del permesso di soggiorno [2]) e a sottoporre spesso questi ulti-

---

[1] Cfr. Rapporto 2002 della Commissione Interamericana de Derechos Humanos sui Migranti, cap. 3.

[2] Cfr. ad es. la decisione 22 giugno 2006 della Corte Suprema USA nel caso *Fernandez-Vargas v. Gonzales*; i casi *United States of America v. Reyes-Platero*, Corte d'Appello del 9° *Circuit*, N° 99-50234, 3 maggio 2000; *United States of America v. Jimenez Nava*, Corte d'Appello del 5° *Circuit*, N° 99-11300, 26 febbraio 2001; *United States of America v. Minjares-Alvarez*, Corte d'Appello del 10° *Circuit*, N° 00-2004, (senza data); l'Opinione Concorrente Cançado Trindade annessa all'OC-18/03 della Corte Interamericana, § 15; il Doc. N.U. A/59/377, intitolato "*Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteure spéciale de la Commission des droits de l'homme, M.me Rodríguez Pizarro*", § 37, e i Rapporti 2002 e 2004 della Commissione Interamericana de Derechos Humanos, rispettivamente cap. 6a, §§ 18-22 e 48 e §§ 51-52. Il costo della politica di "criminalizzazione" è peraltro assai elevato, almeno negli Stati Uniti: R. D. FREI, Reforming U.S. Immigration Policy in an Era of Latin American Immigration: the Logic Inherent in Accommodating the Inevitable, 39 *University of Richmond Law Rev. Association*,

mi a provvedimenti restrittivi della libertà personale senza ordine di un giudice.

Gli Stati Uniti non fanno eccezione a questa regola [3]. Stretti da un numero sempre crescente d'immigrati clandestini e dal terrore del terrorismo [4], la detenzione di stranieri illegali senza provvedimento dell'autorità giudiziaria vi è infatti praticata da tempo in forma abituale [5].

Quando uno straniero viene invece legalmente privato, anche temporaneamente, della libertà personale, l'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari vorrebbe che egli fosse informato "senza ritardo" del diritto di godere, volendolo, dell'assistenza delle autorità consolari del suo paese: per chi si trova lontano da casa, in uno Stato di cui non conosce le leggi e talora anche la lingua; che non ha la possibilità d'individuare un avvocato preparato che lo assista né, spesso, almeno nell'immediato, la capienza economica per retribuirlo, sapere di poter contare sull'appoggio di propri connazionali qualificati è certo, anche psicologicamente, un aiuto di non poco conto.

2005, pp. 1379-1380, segnala infatti come esempio che «California taxpayers are spending annually $1.4 billion on costs associated with the incarceration of illegal aliens».

[3] F. W. MUNGER, *Social Citizen as "Guest Worker": a Comment on Identities of Immigrants and the Working Poor*, 49 *New York Law School Law Rev.*, 2004, p. 671, nota 36: «For Hispanic Americans and other non-whites often targeted by INS (Immigration National Service), even U.S. citizenship is no shield against arbitrary arrest and detention until papers are produced».

[4] Cfr. M. H. TAYLOR, *Dangerous By Decree: Detention Without Bond in Immigration Proceedings*, 50 *Loyola Law Rev.*, pp. 152-159, ove si mette in evidenza la pratica relativa agli stranieri sospettati di essere coinvolti in attività terroristiche prima e dopo l'entrata in vigore del *Patriot Act*. Si veda anche il rapporto 2002, *cit.*, della Commissione Interamericana sui Migranti, § 53.

[5] Taylor, cit., p. 160: «Once a removal order has been entered, detention during a ninety-day removal period is mandated, and the Homeland Security discretion to detain thereafter is granted. In Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 (2001), the Supreme Court construed limited post-order detention to a period reasonably necessary to bring about an alien's removal from the U.S.». Nello stesso senso, cfr. anche A. LANGENFELD, *Living in Limbo: Mandatory Detention of Immigrants Under the Illegal Immigration Reform and Responsibility Act of 1996*, 31 *Arizona State Law Jn'l*, 1999, pp. 1047-1060; C. McCaslin, *"My Jailor Is My Judge": Kestutis Zadvydas and the Indefinite Imprisonment of Permanent Resident Aliens by the INS*, 75 *Tulane Law Rev.*, 2000, p. 193ss.; il Rapporto Nº 51/01 del 4 aprile 2001 della Commissione Interamericana de Derechos Humanos nel caso *Ferrer-Mazora y Otros* ("*Flotilla Libertad*" *del Mariel*) *c. Estados Unidos*, e i docc. OEA/Ser./L/V/II.114-5 del 16 aprile 2002, §§ 49-74 e 77 e OEA/Ser.L/V/II.118-70 del 29 dicembre 2003, § 25.

Dal punto di vista tecnico, assistenza consolare significa generalmente garanzia che la propria situazione giuridica venga analizzata e gestita da un legale bilingue di fiducia in luogo di un qualunque avvocato d'ufficio [6] spesso non sufficientemente preparato [7], nominato da un tribunale locale a processo ormai incardinato su imputazioni già consolidate [8].

La pratica degli Stati Uniti è invece difforme [9] anche in questo, perfino quando si tratti di accuse che comportano o potrebbero comportare la pena capitale [10]: l'esposizione in fatto contenuta negli scritti di causa

---

[6] Nella *Resolution* N° 107 adottata il 9 agosto 2005 ed intitolata "*Report of the Standing Committee on Legal Aid and Indigent Defendants in Criminal Justice*", l'*American Bar Association* afferma (pp. 1-2): «Thousands of persons are processed through America's courts every year... with a lawyer who does not have the time, resources, or in some cases the inclination to provide effective representation. All too often, defendants plead guilty even if they are innocent, without really understanding their legal rights or what is occurring. Sometimes the proceedings reflect little or no recognition that the accused does not adequately understand English...Prosecutors sometimes improperly seek waivers of counsel, and subsequent pleas of guilty, from unrepresented indigent defendants, while judges either ignore or openly encourage such practices. Some judges make no attempt to determine whether an accused's waiver is knowing, voluntary, and intelligent before accepting it».

[7] L'assistenza tecnica degli avvocati d'ufficio di quasi tutti i messicani citati nell'allegato *ad hoc* della sentenza resa dalla CIG nel caso *Avena* era stata insufficiente, dal momento che nessuno di essi conosceva l'esistenza della Convenzione di Vienna. Anche per questo motivo una delle *Guidelines for the Appointment and Performance of Defence Counsel in Death Penalty Cases*, pubblicate nel febbraio 2003 dall'*American Bar Association*, (*Guideline* 10.6, "*Additional Obligations of Counsel Representing Foreign Nationals*", pp. 73-75), raccomanda specificamente che: «B. Counsel representing a foreign national should: 1. immediately advise the client of his or her right to communicate with the relevant consular office; and 2. obtain the consent of the client to contact the consular office. After obtaining consent, counsel should immediately contact the client's consular office and inform it of the client's detention or arrest».

[8] Il fenomeno non è tuttavia ignoto anche all'esperienza giurisprudenziale della Corte Interamericana, come dimostra l'esposizione in fatto relativa al caso *Tibi c. Ecuador*, sentenza C 114 del 7 settembre 2004, §§ 90 ss. e 194.

[9] In *La Grand*, *Plaidoirie Simma,* II, § 8, la Repubblica Federale di Germania ha infatti osservato che «If one looks at the list of cases involving German citizens most recently detained in violation of Article 36, what we do see is a continuing pattern of neglect of Article 36 by U.S. law enforcement authorities» ed anche in *Avena* il Messico chiese che la pratica USA nei confronti dei propri connazionali detenuti fosse dichiarata «pratique récurrente et continue de violation de l'art.36 de la Convention de Vienne».

[10] Le poche eccezioni sono citate da B. P. Whitesell, Diamond in the Rough: Mining Article 36.1(b) of the Vienna Convention on Consular Relations for an Individual Right to Due Process, 54 *Duke Law Jn'l*, 2004, p. 587 ss. e nota 8. Cfr. anche il Rapporto *Rodríguez Pizarro*, *cit.*, § 15d.

relativi al noto caso *Breard* [11] e nelle sentenze posteriori, ancor più note, rese dalla CIG nelle cause *LaGrand* [12] e *Avena ed altri* [13] lo mostra chiaramente [14], al pari dei fatti sottostanti la richiesta di Opinione Consultiva presentata *medio tempore* dal Messico alla Corte Interamericana de Derechos Humanos [15].

2. *L'Opinione Consultiva 16/99 della Corte Interamericana*

A fronte delle sollecitazioni dello Stato domandante, preoccupato per la sorte processuale dei molti suoi cittadini già condannati a morte o reclusi per gravi delitti negli Stati Uniti [16], -nessuno dei quali tempestivamente assistito dalle rispettive autorità consolari-, gli USA fecero infatti valere l'argomento che avrebbero sostenuto anche in seguito, davanti alla CIG: l'art. 36 concerne solo i rapporti tra Stati contraenti [17] e pertanto

---

[11] *Paraguay c. Stati Uniti d'America*.

[12] *Republica Federale di Germania c. Stati Uniti d'America* – sentenza nº 104 del 27 giugno 2001.

[13] *Messico c. Stati Uniti d'America* – sentenza nº 128 del 31 marzo 2004.

[14] Cfr. *La Grand*, *Plaidoirie Simma*, II, § 1.

[15] OC-16/99 del 1 ottobre 1999 «*El derecho a la información sobre la assistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*». Dopo la data dell'OC-16/99, si vedano i Rapporti della Commissione Interamericana Nº 61/03 sull'ammissibilità e Nº 1/05 sul merito del caso *Moreno Ramos* (uno dei messicani citati in *Avena*) e Nº 108/00 sull'ammissibilità e Nº 52/02 sul merito del caso *Martínez Villareal*, anch'esso contro gli Stati Uniti.

[16] OC-16/99, §§ 100-10: «El Estado solicitante aclaró que si bien la consulta se limita a casos sancionables con pena de muerte, esto no excluye la aplicación de los derechos enunciados en el artículo 36 en otras circunstancias. La Corte considera que esta apreciación es correcta. El artículo 36.1.b) de la Convención de Viena no establece distinción alguna con base en la gravedad de la pena aplicable al delito que origina la detención, por lo que es natural deducir que este derecho asiste a cualquier detenido extranjero. Por lo tanto, la respuesta que la Corte ofrezca a esta parte de la consulta, es aplicable a todos los casos en que un nacional del Estado que envía es privado de libertad por cualesquier motivo».

[17] OC-16/99, *United States – Brief of June* 1, 1998: «The Vienna Convention on Consular Relations... is a multilateral treaty of the traditional type concluded to accomplish reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States. The intent of the Vienna Convention on Consular Relations is to establish legal rules governing relations between States, not to create rules that operate between States and individuals. Not every obligation of States regarding individuals is perforce a human rights obligation. Nor does the fact that one provision in the Vienna Convention on Consular Relations may authorize beneficial assistance to certain individuals in certain circumstances transform the Vienna Convention into a human rights instrument or a source of the human rights of individuals».

non fa sorgere alcun diritto in capo agli individui interessati [18]; anzi, non li concerne [19] affatto, soprattutto quando, come nel caso *LaGrand*, essi non ignorino la lingua del posto né possano dirsi "estranei" al sistema giuridico locale [20]. [*Per incidens*, nel caso del proprio "*Personale diplomatico e consolare a Teheran*" [21], gli USA avevano sostenuto esattamente il contrario [22], affermando con forza che l'art. 36 «*establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, for the nationals of the sending State*» [23]].

La Corte Interamericana non solo non condivise la tesi statunitense, ma reiterò con ancora maggior forza le conclusioni enunciate nella prima parte dell'Opinione, rispetto all'art. II della Dichiarazione Americana dei

---

[18] Cfr. *La Grand*, *Plaidoirie Simma*, VI, §2 e *Plaidoirie Brown*, § 4.2. In senso contrario, cfr. OC-16/99, §§ 77-84.

[19] Al § 76 dell'OC-16/99, la Corte Interamericana sottolinea che il Messico «solicita al Tribunal que interprete si... una norma de de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a dicha protección, lo cual adquiere relevancia a la luz de la jurisprudencia consultiva de este Tribunal, que ha interpretado que un tratado puede concernir a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal».

[20] Cfr. *La Grand*, *Plaidoirie Napolitano*, §2.49 e *contra Plaidoirie Simma*, II, § 1. L'argomento ritorna, *mutatis mutandis,* nell'Opinione Ginsburg annessa alla sentenza della Corte Suprema 29 giugno 2006 nei casi riuniti *Bustillo* e *Sanchez Llamas*: «Sanchez-Llamas indicated to the police that he had lived in the United States for approximately 11 years. With his life experience in the United States, Sanchez-Llamas scarcely resembles an uncomprehending detainee». La Corte Interamericana ha ritenuto invece, cfr. OC-16/99, §§ 94-96, che l'identificazione dell'imputato comprende anche la determinazione della nazionalità di questo. «Tomando en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad del sujeto», aggiunge la Corte, si «estima pertinente que el Estado haga saber al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero».

[21] Arrêt, C.I.J. *Recueil* 1980, pp. 3-42.

[22] *Mémoires, plaidoiries et documents*, p. 174. In *LaGrand*, *Plaidoirie Meron*, §§ 3.18 e 3.19, gli USA affermarono tuttavia che «any resemblance between these two cases is superficial and any such reliance would be totally out of context».

[23] La circostanza non è passata sotto silenzio dall'Opinione Concorrente Cançado Trindade annessa all'OC-16/99, §§ 16-22: «La única Delegación discrepante, la de los Estados Unidos, enfatizó el carácter interestatal de la Convención de Viena, alegando que esta no consagra derechos humanos, y que la notificación consular no era un derecho humano individual, ni se relacionaba con el debido proceso legal. Al argumentar de este modo, los Estados Unidos asumieron, sin embargo, una posición con orientación manifiestamente distinta de la que sostuvieron en el caso -movido contra Irán- de los Rehenes en Teherán ante la CIJ... Al haber sostenido esta tesis ante la CIJ, no pueden los Estados Unidos pretender prevalecerse, en el presente procedimiento consultivo, de una posición orientada en sentido opuesto sobre el mismo punto, tal como advierte la jurisprudencia internacional: allegans contraria audiendus non est».

Diritti e Doveri dell'Uomo, con riguardo all'art. 14 del Patto ONU sui Diritti Civili e Politici, unico strumento internazionale di riferimento ratificato dagli USA [24].

La costruzione della Corte, come è noto, s'incentra tutta sull'applicazione del principio di non discriminazione all'ambito del diritto al processo equo, interpretato -quest'ultimo- alla luce delle tendenze evolutive più recenti manifestatesi in seno al diritto internazionale e dell'applicazione dinamica degli strumenti che lo consacrano [25].

Affinché possa dirsi che un processo si configura come "*debido proceso legal*", inizia la Corte, occorre che tutti i sottoposti a giustizia siano messi nella condizione di poter far valere i propri diritti e difendere i propri interessi in modo concreto ed effettivo, ciascuno in situazione di parità processuale rispetto a chiunque altro si trovi nelle medesime condizioni. Perché il processo possa conseguire il proprio obiettivo -assicurare che una fattispecie venga decisa in modo corretto- è pertanto necessario «riconoscere e risolvere i fattori di disuguaglianza reale» nei quali possono a volte trovarsi quanti subiscono il processo stesso. Così deve essere inteso il principio di uguaglianza davanti alla legge ed ai tribunali ed il correlativo divieto di discriminazione [26].

La presenza di condizioni di reale disuguaglianza obbliga pertanto, prosegue la Corte, ad adottare «mezzi di compensazione» che contribuiscano ad eliminare, o almeno a minimizzare, gli ostacoli e le deficienze che impediscono o riducono le possibilità di una difesa efficace [27].

---

[24] Gli Stati Uniti non hanno infatti sottoscritto la Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo.

[25] Cfr. §§ 112-115, con ampi riferimenti alla giurisprudenza della CIG e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Si veda anche il Rapporto sul merito *Martínez Villareal*, *cit.*, §§ 59-66 e. Si vedano anche J. M. PASQUALUCCI, *Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law*, 38 *Stanford Jn'l Int'l Law*, 2002, soprattutto pp. 267-268; 278-279 e 284 e J. FITZPATRICK, *The Unreality of International Law in the United States and the LaGrand Case*, 27 *Yale Jn'l of Intn'l Law*, 2002, p. 427 ss. che definisce (p. 429) «well-reasoned» l'OC-16/99. Anche l'Opinione Concorrente García Ramírez sottolinea a giusto titolo che «el debido proceso [es] un sistema dinámico, en constante formación».

[26] Cfr. § 117.

[27] Cfr. § 119 e la tesi del Messico in *Avena*, sentenza, § 30: «Le fait de priver un étranger de la notification et de l'assistance consulaires rend cette procédure fondamentalement inéquitable. La notification consulaire est un élément essentiel des droits de la défense en ce qu'elle donne aux ressortissants étrangers l'égalité dans une procédure pénale et qu'elle permet le respect des autres garanties judiciaires essentielles auxquelles ils ont droit: il s'agit donc d'une condition essentielle pour l'équité des procédures pénales engagées

Quando tali mezzi di compensazione non esistano, arduo sarebbe affermare che chi si trova in situazione di svantaggio gode di un accesso reale alla giustizia e beneficia di un processo equo al pari di quanti non si trovano invece nella stessa situazione. Per questo si garantisce un interprete a chi non conosce la lingua del processo [28] e si attribuisce allo straniero il diritto di essere opportunamente informato di poter contare sull'assistenza consolare, strumenti finalizzati entrambi a che l'accusato possa far pieno uso degli altri diritti processuali che la legge gli riconosce. Questi ed altri mezzi di compensazione, indissolubilmente connessi tra loro, costituiscono un insieme di garanzie che concorrono a fare del processo un processo equo [29].

Tra quanti affrontano la fase istruttoria e il processo in condizioni di svantaggio reale figurano certamente gli stranieri, soprattutto (anche se non solo) quando dall'esito della vicenda processuale dipenda il più importante dei loro beni, la vita [30]. «In tali circostanze, è evidente che l'informazione sul diritto di mettersi in comunicazione con le proprie autorità consolari contribuisce in modo considerevole a migliorare le possibilità di difesa dell'interessato e a far sì che gli atti processuali ai quali egli interviene (soprattutto gli atti istruttori compiuti dalla polizia) siano effettuati con maggior rispetto della legge» [31].

Di qui la conclusione che la disposizione contenuta nell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna non può essere oggi dissociata dal capitolo della normativa internazionale sui diritti umani che riguarda le garanzie dell'equo processo e l'ulteriore deduzione che proprio per questo il diritto individuale in discorso deve essere riconosciuto e considerato nel quadro delle garanzie minime necessarie ad assicurare allo straniero l'opportunità di preparare adeguatamente la propria difesa e di poter contare

---

contre les ressortissants étrangers». Si veda altresì l'Opinione Concorrente García Ramírez: «La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que...ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que el fin justifica los medios y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento». Analogamente, si veda il Rapporto *Rodríguez Pizarro*, *cit*., § 15 g.

[28] Rapporto sull'ammissibilità *Martínez Villareal*, *cit*., §§ 25-26.

[29] OC16/99, §§ 119-120.

[30] *Ibidem*, § 121.

[31] *Ibidem*, § 122. Analogamente il Rapporto sul merito *Martínez Villareal*, *cit*., § 84.

sotto questo profilo su un processo giusto [32]. In altre parole, il diritto individuale all'informazione sancito dall'art. 36.1(b) permette che il diritto ad un processo equo, consacrato anche nell'art. 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, acquisti efficacia in numerosi casi concreti [33].

Il principio di non discriminazione applicato al diritto all'equo processo, ed in particolare al diritto alla difesa che ne è uno dei cardini, trasforma quindi l'art. 36 della Convenzione di Vienna in una norma strumentale rispetto alla garanzia del diritto ad un processo equo e ne consente pertanto l'inquadramento nell'ambito delle disposizioni a tutela dei diritti fondamentali [34].

Del resto, insiste la Corte, l'art. 14 del Patto prevede solo una serie di garanzie minime, suscettibili di espansione alla luce di altri strumenti internazionali (tra questi, appunto, la Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari), «i quali ampliano l'orizzonte della protezione dei sottoposti a giustizia» [35].

Quanto all'espressione "senza ritardo", non meraviglia che per la Corte essa significhi che lo Stato deve adempiere al dovere di informare l'arrestato sui diritti che la norma convenzionale gli riconosce nel momento stesso in cui viene privato della libertà personale e avanti che egli renda la sua prima dichiarazione alle autorità del paese in cui si trova [36].

---

[32] Cfr. OC16/99, § 123 e Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 15.

[33] Cfr. OC16/99, §§ 123-124.

[34] Cfr. punto risolutivo 6. La Corte non accetta dunque l'argomento fatto valere dagli Stati Uniti, per il quale l'art. 36 della Convenzione di Vienna, incentrato com'è sulla nazionalità, sarebbe una disposizione intrinsecamente e necessariamente discriminatoria.

[35] OC16/99, § 123.

[36] Cfr. §§ 98, 100 e 134, il punto risolutivo 3 e l'Osservazione Generale 13 (1994) del Comitato dei Diritti dell'Uomo, § 8: «Le Comité note que le droit d'être informé de l'accusation dans le plus court délai exige que l'information soit donnée dès que l'accusation est formulée pour la première fois par une autorité compétente. Ce droit surgit lorsque, au cours d'une enquête, un tribunal ou le ministère public décide de prendre des mesures à l'égard d'une personne soupçonnée d'une infraction pénale ou la désigne publiquement comme telle». Analogamente, cfr. l'Opinione Concorrente García Ramírez annessa alla sentenza *Tibi* (*infra*, nota 48) §§ 41-42: «Por lo que hace al momento en el que deben actualizarse las garantías de información sobre los cargos y derecho a la defensa, la sentencia...vuelve a ser explícita: en el momento de la detención y antes de que el inculpado rinda su primera declaración ante la autoridad. No puede ser de otra manera...Cuando se dice "antes de la declaración", se quiere expresar: antes de cualquier declaración ante cualquier autoridad -no sólo el Ministerio Pú-

Da quanto sopra, infine, anche la conclusione, condivisa dalla Corte all'unanimità, che i processi connotati da violazione dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna devono essere rinnovati [37]: se così non fosse, l'esecuzione della pena capitale costituirebbe violazione del diritto di non essere privati arbitrariamente della vita [38], conformemente, del resto, a quanto espresso dal Comitato dei Diritti dell'Uomo [39].

La prospettiva della non-discriminazione nei confronti degli stranieri in quanto soggetti in fatto più deboli, ritorna con vigore nell'Opinione Concorrente Cançado Trindade: nell'ambito del diritto internazionale dei diritti dell'Uomo, egli sottolinea fin dall'inizio, ogni azione di protezione mira non a governare le relazioni tra uguali, bensì a proteggere quanti sono manifestamente più vulnerabili. Tra questi figurano certamente gli stranieri: detenuti in un contesto sociale e giuridico diverso, caratterizzato da una lingua diversa che spesso non conoscono a sufficienza, essi si trovano in una condizione di particolare vulnerabilità, alla quale il diritto all'informazione sull'assistenza consolare, inquadrato nell'universo concettuale dei diritti umani, mira a porre rimedio [40]. E, anticipando rispetto alla futura OC-18/03 [41], aggiunge: «le azioni di protezione hanno impor-

---

blico, no únicamente el tribunal- de la que pueda depender la suerte del enjuiciamiento y, por tanto, del enjuiciado. Es perfectamente sabido que esa primera declaración suele sellar el rumbo del proceso y determinar sus resultados».

[37] Cfr. anche Opinione Concorrente García Ramírez: «Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular». Conf., Rapporto sul merito *Martínez Villareal*, *cit.*, § 87.

[38] Cfr. § 136; l'Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 35 e *contra* l'Opinione Dissidente Jackman, § 1b. Cfr. anche i Rapporti sull'ammisssibilità e sul merito *Martínez Villareal*, *citt*, rispettivamente §§ 5 e 85, ove la Commissione conclude che: «Si el Estado ejecuta al Sr. Martínez Villareal de conformidad con el proceso penal en cuestión en este caso, esto constituiría una violación grave e irreparable del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo I de la Declaración Americana».

[39] «The imposition of a sentence of death upon the conclusion of a trial in which the provisions of the Covenant have not been respected constitutes a violation of article 6 of the Covenant. As the Committee noted in its general comment 6, the provision that a sentence of death may be imposed only in accordance with the law and not contrary to the provisions of the Covenant implies that the procedural guarantees therein prescribed must be observed, including the right to the minimum guarantees for the defence...».

[40] Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 23.

[41] OC-18/03 del 17 settembre 2003 su «*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*».

tanza sempre crescente in un mondo lacerato dalle distinzioni tra nazionali e stranieri e che presenta anche discriminazioni *de jure,* soprattutto nei confronti dei migranti» [42].

La CIG, ricorda poi l'estensore, si è del resto già espressa in questo senso nel caso degli *Ostaggi Americani a Teheran*: la collocazione della materia in esame nell'ambito della protezione internazionale dei diritti fondamentali conta dunque su un riconoscimento giudiziale e non può dirsi quindi che permangano dubbi sull'esistenza di una *opinio juris* al riguardo [43].

La relazione tra diritto all'informazione sull'assistenza consolare e diritti umani, ribadisce in seguito l'Opinione Concorrente, «s'impone per la via del principio di non discriminazione... Il diritto all'informazione sull'assistenza consolare, situato alla confluenza tra relazioni tra Stati e diritti umani, contribuisce infatti ad ampliare l'ambito di protezione giuridica di quanti si trovano in condizioni di svantaggio e necessitano perciò di una maggiore protezione, soprattutto in ambienti sociali caratterizzati dalla violenza della polizia... Poiché la protezione degli stranieri detenuti contro ogni trattamento discriminatorio è oggi avvertita come assolutamente necessaria [44], il diritto all'informazione sull'assi-

---

[42] Cfr. anche Opinione Concorrente García Ramírez: «Las nuevas circunstancias de la vida social traen consigo necesidades diversas que es preciso atender con instituciones adecuadas, que antes parecieron innecesarias y ahora resultan indispensables. Cada novedad suscita inéditos derechos y garantías, que concurren a construir el debido proceso penal de los nuevos tiempos... El desarrollo jurídico debe tomar en cuenta estas novedades y revisar, a la luz de ellas, los conceptos y las soluciones a los problemas emergentes. Los extranjeros sometidos a procedimiento penal -en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad- deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio».

[43] Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 27.

[44] *Ibidem*, § 4. Nello stesso senso, cfr. CLARKE, WHITT, LAMBER e ELECHI, *Does the Rest of the World Matter? Sovereignty, International Human Rights Law and the American Death Penalty*, 30 *Queen's Law Jn'l*, 2004, pp. 280-281.

stenza consolare si rivela indissolubilmente legato alle garanzie dell'equo processo, consacrate dagli strumenti di protezione internazionale dei diritti umani [45]. Tale diritto si è ormai cristallizzato come diritto soggettivo individuale [46], e ad esso corrispondono i relativi doveri dello Stato di ricezione» [47].

Qualche anno più tardi la Corte ritornerà sul rapporto tra diritto all'informazione -in generale ed in particolare nei confronti degli stranieri- ed equo processo [48] e l'Opinione Concorrente García Ramírez annessa alla sentenza *Tibi* ribadirà l'interpretazione e l'applicazione estensive della nozione di processo equo [49]. «La Corte si è riferita all'equo processo come ad un sistema di garanzie dotato di potenziale espansione; la statica dell'equo processo è rafforzata dalla dinamica moderna del concetto: un costante progresso ha portato con sé nuovi diritti e garanzie emergenti, che concorrono a costituire la nozione democratica, civile ed evoluta di processo equo. Frutto irrinunciabile di tale procedimento evolutivo è, tra altri, il diritto all'immediata informazione sulle accuse e sul diritto all'assistenza consolare» [50].

---

[45] Opinione Concorrente Cançado Trindade, §§ 28-29 e 32.

[46] Punto risolutivo 1. *Contra,* invece, l'Opinione Dissidente Jackman, §§ 2-3 e 9.

[47] Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 35 e punto risolutivo 7. La Ris. 59/194 dell'AG ONU 18 marzo 2005 relativa alla Protezione dei Migranti fa esplicito riferimento all'OC-16/99 ed afferma che «il est du devoir des États parties de faire respecter et appliquer intégralement la Convention de Vienne sur les relations consulaires, en particulier en ce qui concerne le droit de tous les ressortissants étrangers d'entrer en rapport avec les services consulaires de l'État d'envoi s'ils font l'objet d'une arrestation, d'un emprisonnement, d'une garde à vue ou d'une détention, et l'obligation que l'État d'accueil a d'informer aussitôt les ressortissants étrangers des droits reconnus dans la Convention».

[48] Cfr. sentenze C 114 del 7 settembre 2004 e C 129 del 25 giugno 2005, entrambe concernenti l'Ecuador: la prima relativa al caso *Tibi*, nel quale si trattava di un cittadino francese legalmente residente nel paese da dieci anni, arrestato ed incarcerato senza ordine giudiziario e senza essere stato informato del diritto all'assistenza consolare; la seconda al caso *Acosta Calderón*, nel quale si trattava di un cittadino colombiano arrestato al suo arrivo nel paese ed incarcerato alle medesime condizioni. L'art. 36 della Convenzione di Vienna s'inscrive anche qui, -cfr. rispettivamente §§ 195 e 125-, nell'ambito delle garanzie della difesa essenziali all'equo processo. Il principio di non discriminazione è evocato anche dall'Opinione Concorrente Cançado Trindade annessa alla sentenza *Acosta Calderón*, § 16, nella quale l'accento è posto sugli effetti che il diritto all'informazione sull'assistenza consolare può avere sul diritto alla libertà personale.

[49] Cfr. §§ 11-12 e 15-16.

[50] *Ibidem,* §§ 28-31 e 39-41.

3. *La giurisprudenza della CIG: le sentenze* LaGrand *e* Avena

Come si è già accennato, la tesi di fondo degli Stati Uniti era già chiara fin da prima delle due controversie decise dalla CIG. Nulla di sostanzialmente nuovo fu dunque svolto in queste sedi.

Gli USA ammisero facilmente che gli individui traggono un indubbio beneficio dall'applicazione dell'art. 36 [51], ma ribadirono senza esitazione la propria idea fondamentale, e cioè che gli stranieri arrestati/detenuti non hanno alcun diritto di essere informati circa la possibilità di poter usufruire dell'assistenza consolare [52] e quindi, *a fortiori*, che nessuno potrebbe attribuire a tale inesistente diritto la qualifica di "diritto fondamentale" [53]. Poiché le autorità consolari non hanno alcun dovere di assistere i propri connazionali [54], «*il serait très recherché, pour ne pas dire aberrant, de construire un droit fondamental sur la base de possibilités qui sont entièrement facultatives*» [55].

Da quanto sopra, nella visione statunitense, conseguiva altresì ovviamente che nessun problema si ponesse quanto al momento nel quale l'informazione sul diritto all'assistenza consolare deve essere concretamente fornita, e precisamente se essa debba necessariamente aver luogo al momento stesso dell'arresto e comunque prima dell'interrogatorio o di qualsiasi dichiarazione, ammissione o confessione [56]: per gli USA era sufficien-

---

[51] Cfr. *LaGrand*, *Plaidoirie Brown*, §§ 4.13 e 4.16.

[52] *Ibidem*, § 4.21. La CIG ha invece deciso, come è noto, (*LaGrand*, § 77 e *Avena*, §§ 40 e 50) nel senso che «Le paragraphe 1 de l'article 36 crée pour le ressortissant concerné des droits individuels qui peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité. La Cour observe en outre que toute violation...des droits de l'État d'envoi risque de conduire à une violation des droits de l'individu. [On est donc en présence de] circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'État et des droits individuels».

[53] Cfr. *Plaidoirie Trechsel*, §§ 6.1-6.5; 6.1-6.21.

[54] *Ibidem*, §§ 6.22-6.23.

[55] *Ibidem,* § 6.23.

[56] Cfr. OC-16/99, §§ 102-105: «De la historia legislativa del artículo 36 se desprende que la obligación de informar sin dilación al detenido del Estado que envía sobre los derechos que le confiere dicho precepto fue incluida... como una medida que permite asegurar que el detenido esté consciente del derecho que le asiste de solicitar que se notifique al funcionario consular sobre su detención para los fines de la asistencia consular... Estos son los efectos propios de los derechos reconocidos por el artículo 36. Por lo tanto, la Corte interpretará el artículo 36 en forma tal que se obtenga dicho efecto util. Dicha notificación atiende al propósito de que el detenido disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal

te che l'informazione venisse fornita nel momento in cui fosse stata accertata la qualità di straniero [57] e a nulla rilevava che nel frattempo la pena capitale fosse già stata irrogata con sentenza passata in giudicato.

Dalla premessa maggiore di questo discorso discendeva infine anche la legittimità, sempre e comunque, della regola interna della *procedural default*.

Anzitutto, infatti, la possibilità di far valere in causa a titolo autonomo eventuali violazioni dell'art. 36 della Convenzione di Vienna non esiste perché la norma non concerne gli individui e non attribuisce loro alcun diritto [58]. Inoltre, «*there is no basis for assuming that a foreign national will not effectively enjoy his rights without special measures being taken*» [59].

---

objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad».

[57] Cfr. *Avena*, § 81. L'affermazione ritorna ancor oggi nell'Opinione Ginsburg annessa a *Bustillo* e *Sanchez Llamas*: «In contrast to Miranda warnings, which must be given on the spot before the police interrogate, Article 36 of the Vienna Convention does not require the arresting authority to contact the consular post instantly. Nor does that Article demand that questioning await notice to, and a response from, consular officials». Conf. anche, *mutatis mutandis*, *The people of the State of New York v. Herrera, Supreme Court*, *Rockland County*, *March* 22, 2006: «It wasn't until the interrogation was concluded that the police learned that the defendant went to high school in Guatemala. Even then, the police could not assume that the defendant was a foreign national and that he had not become a naturalized citizen». Nei Rapporti relativi al caso *Martínez Villareal*, *cit*., (rispettivamente §§ 40-41 e 78-80) gli Stati Uniti hanno affermato che, poiché la notizia del duplice omicidio per il quale il detenuto era stato condannato a morte era stata pubblicata sui giornali della città in cui il delitto era avvenuto, nella quale aveva sede un consolato messicano, il Messico doveva presumersi conoscere la sorte del proprio connazionale.

[58] *LaGrand*, *Plaidoirie Brown*, §§ 4.13, 4.24, 4.26, 4.30, 4.35 e 4.3. In *Avena*, il Messico ha reiterato l'argomento già fatto valere dalla Germania (*LaGrand*, §§ 30 e 109), sottolineando altresì che «les juridictions américaines continuent à invoquer la règle de la carence procédurale même si le ressortissant n'était pas conscient de ses droits à la notification et à la communication consulaires et, partant, du fait qu'il pouvait invoquer leur violation lors de son procès, précisément parce que les autorités compétentes n'avaient pas respecté l'article 36».

[59] La risposta a questa argomentazione è fornita dall'Opinione García Ramírez: «Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso -con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable- se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías... Con este concepto sería posible -y además inevitable- someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar

La difesa degli Stati Uniti aveva concluso le proprie argomentazioni affermando la necessità «*d'éviter tout exercice en fantasie*» [60]; i giudici de l'Aja hanno avvertito questo monito come proprio e non hanno davvero compiuto sforzi di fantasia: lo straniero arrestato/detenuto ha diritto ad essere informato della possibilità di poter godere dell'assistenza consolare, ma la natura di tale diritto non è qualificata, né alcun tentativo è fatto per qualificarla [61]: un dato solo è certo, che non si tratta di un diritto individuale fondamentale [62].

La CIG è stata anche cauta (per non dire vaga) con riguardo all'espressione "*sans retard*": se essa non significa di necessità immediatamente dopo l'arresto, le autorità che hanno applicato la misura privativa della libertà personale hanno comunque il dovere d'informare l'arrestato «*aussitôt que sa nationalité étrangère est établie, ou dès qu'il existe des raisons de croire que cette personne est probablement un ressortissant étranger*» [63].

---

casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular,...el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían».

[60] *LaGrand*, *Plaidoirie Trechsel*, §§ 6.5 e 6.9.

[61] *LaGrand*, § 124.

[62] *Ibidem*, § 125: «*Dans une situation où il y a eu violation des droits découlant du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne, l'accusé présente sa demande y relative non pas à raison du préjudice causé à un droit essentiel à une procédure équitable, notion qui concerne la jouissance des droits de la défense, mais à raison de l'atteinte portée aux droits qu'il peut tirer du paragraphe 1 de l'article 36*». B. Simma e C. Hoppe, *From LaGrand and Avena to Medellin -A Rocky Road Toward Implementation*, 14 *Tulane Jn'l of Int'l and Comparative Law*, 2005, p. 13 commentano così: «Counsel for Mexico seems to have misread the ICJ in LaGrand and pushed the point once more. Thus, Mexico argued that the right to consular notification and consular communication under the Vienna Convention is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings and should be guaranteed in the territory of each of the Contracting Parties to the Vienna Convention; this right, as such, is so fundamental that its infringement will ipso facto produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right. The ICJ shut the door rather forcefully on the argument characterizing article 36 rights as fundamental human rights by stating that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the travaux preparatoires, support Mexico's conclusion in that regard. Thus, in the end, the Mexican argument backfired, with the ICJ curtailing the potential reach of a human right to consular notification».

[63] Cfr. *Avena*, § 63. *Contra*, cfr. Opinione individuale del Giudice Tomka, §§ 14-16.

Il successo concettuale degli Stati Uniti in *Avena* sulla premessa maggiore si è rivelato tuttavia, a ben vedere, una vittoria di Pirro: poiché il diritto individuale sancito dalla CIG è azionabile in giustizia davanti alle giurisdizioni interne, la *procedural default* è stata ritenuta in entrambe le sentenze contraria al disposto dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna se non in sé, almeno quando, -come è prassi negli USA-, essa impedisca a chi ha inconsapevolmente subito la violazione della norma pattizia di poterla far valere quando se ne sia reso conto, quale che sia lo stato ormai raggiunto dal processo [64].

In entrambe le sentenze inoltre, pur disattesa nella seconda la richiesta del Messico di ordinare il rinnovamento dei processi [65], la Corte è stata abbastanza incisiva quanto alla *restitutio in integrum* [66]. Nei casi in cui gli individui interessati siano stati sottoposti a lunga detenzione o siano stati condannati a pene severe, scuse ufficiali [67] o atti di clemenza non

---

[64] Cfr. *Avena*, §§ 83 e 134, riprendendo il principio già enunciato in *La Grand*: «En elle-même, cette règle ne viole pas l'article 36 de la Convention de Vienne», salvo quando «ne permet pas à un détenu de faire recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant, sur la base du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention, que les autorités nationales compétentes ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer sans retard les autorités consulaires compétentes, empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'État d'envoi». La CIG sottolinea inoltre che la regola, «qui n'a pas été revisée depuis [LaGrand], continue à empêcher les tribunaux d'attacher une portée juridique notamment au fait que la violation des droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 a empêché le Mexique de retenir en temps utile les services d'avocats privés pour assurer la représentation de certains de ses ressortissants et de les assister d'autre façon dans leur défense». In dottrina si veda A.E. BURKS, *Consular Assistance for Foreign Defendants: Avoiding Default and Fortifying a Defence*, 14 *Capital Defense Jn'l*, 2001, p. 29ss.

[65] *Ibidem*, §§ 117-121 e 131: «Dans la présente affaire, ce ne sont pas les verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées à l'encontre des ressortissants mexicains qui doivent être considérés comme une violation du droit international, mais uniquement certains manquements à des obligations conventionnelles qui les ont précédés. Par conséquent, il ne saurait être présumé que l'annulation partielle ou totale des verdicts de culpabilité et des peines constitue nécessairement le seul mode de réparation».

[66] *Contra*, invece, l'Opinione del Giudice *ad hoc*, §§ 58-60, il quale nota come la Corte si sia limitata a considerare quali avrebbero potuto essere i rimedi più appropriati al caso di specie, invece di far riferimento all'obbligo assoluto di ripristinare lo *status quo antea*.

[67] BISHOP, *cit.*, p. 8, sottolinea che negli Stati Uniti, invece, «Repeatedly, courts refer to diplomatic measures as the proper method of remedying the harm. In other words, an apology from the United States to the foreign national's country will solve the problem». La desistenza del Paraguay dal caso *Breard* era stata infatti preceduta dalle scuse formali degli Stati Uniti.

sono sufficienti: alla luce del diritto individuale sancito dalla Convenzione, gli Stati Uniti devono garantire il riesame [68] e la revisione del verdetto di colpevolezza e della pena irrogata [69] tenendo conto delle conseguenze che la violazione della Convenzione di Vienna ha avuto sullo svolgimento del processo [70], anche se quest'obbligo può essere attuato in modi diversi e la scelta dei più opportuni [71] spetta allo Stato.

---

[68] Cfr. *Avena*, §§ 131 e 141-143: «La Cour souligne que le réexamen et la révision qu'elle a prescrits doivent être effectifs. Ils doivent donc garantir que ladite violation et le préjudice en résultant seront pleinement étudiés et pris en considération dans le processus de réexamen et de révision...Ceux-ci doivent porter à la fois sur la peine prononcée et sur le verdict de culpabilité rendu...S'agissant du recours en grâce, la Cour souligne que la question est celle de savoir si la procédure de recours en grâce telle qu'elle est pratiquée aux Etats-Unis dans le système pénal de différents Etats peut, en soi et à elle seule, constituer un moyen approprié pour assurer véritablement le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention...La Cour constate que la procédure de recours en grâce, n'apparaît pas satisfaire aux exigences susmentionnées et que, dès lors, elle ne saurait suffire à elle seule à constituer un moyen approprié de réexamen et révision». In dottrina, cfr. H. S. Clarke III, *Determining the Remedy for Violations of Article 36 of the VCCR: Review and Reconsideration and the Clemency Process after Avena*, 38 *George Washington Int'l Law Rev.*, 2006, p. 131 e L.E. CARTER, *Lessons from Avena: the Inadecuacy of Clemency and Judicial Proceedings for Violations of the Vienna Convention on Consular Relations*, 15 *Duke Jn'l of Comparative & Int'l Law*, 2005, p. 264 e p. 265ss., che si esprime in termini di «Illusory nature of clemency». In senso analogo, si vedano anche le *Guidelines for the Appointment and Performance of Defence Counsel in Death Penalty Cases*, *cit*., p. 15, ove si sottoliena che «Because post-judgment proceedings have traditionally provided very limited opportunity for review of questions of guilt or innocence, clemency is the historic remedy for preventing miscarriages of justice where judicial process has been exhausted. History is replete with examples of wrongfully convicted persons who have been pardoned in the wake of after-discovered evidence establishing their innocence».

[69] Cfr. *Avena*, § 121.

[70] L'Opinione del Giudice *ad hoc*, §§ 64 e 66, critica fondatamente l'indeterminatezza della formulazione della Corte in relazione al rapporto tra rimedi processuali previsti dall'ordinamento dello Stato di ricezione e principio dell'*effet utile*: «In the present Judgment, it is difficult to find any clarifying statements as to how these obligations are to be implemented and what are the precise conditions that are to be applied in order to ensure that the process of review and reconsideration will be effective and meaningful. Such statements and conditions should have been an integral part of the Judgment» e mette in evidenza che «The weakness and limitations of ordering a process of review and reconsideration become evident when the results have proven to lack effectiveness».

[71] Cfr. *Avena*, § 131. Il Giudice *ad hoc*, §§ 67-69, lamenta che «Full reparation seems unlikely to be achieved if the ambiguity of the notion of 'by means of its own choosing' remains and is not strengthened with the addition of some specific measures»

Va da sé, infine, che la *procedural default* non può impedire il riesame o la revisione, essendo la violazione dell'art. 36.1(b) responsabilità degli Stati Uniti [72].

4. *Le reazioni alla sentenza* Avena [73] *e le pronunce della Corte Suprema*

Fin dalla sua pubblicazione, la sentenza *Avena* fu vista dagli stati interessati dell'Unione come una pesante ingerenza della CIG nella

---

ed aggiunge che «The remedial action to be provided must determine how the laws and regulations of the United States, introducing an element of effectiveness that has to be mandatory and compulsive, will enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under Article 36 are intended. If full effect is to be given and if the review and reconsideration has to take into account the nature of the violation of the rights, then the margin in the application of the principle of by means of its own choosing becomes far narrower. The means must be effective and the choosing has to be very selective». Di più, il Giudice avverte che poiché esistono fondati timori di ritenere che la *procedural default* continuerà ad essere applicata, sarebbe stato utile e necessario che la CIG avesse ampliato la propria nozione di *restituito in integrum*, adottando quella elaborata dalla Commissione per il Diritto Internazionale, per la quale ogni *restituito in integrum* di natura giudiziaria «may include the revocation, annulment or amendment of a constitutional or legislative provision enacted in violation of a rule of international law, the rescinding or reconsideration of an administrative or judicial measure unlawfully adopted in respect of the person...of a foreigner».

[72] Cfr. *Avena*, §§ 120-121.

[73] Cfr. R. Anaya Valencia, C. L. Jackson, L. van de Putte, e R. Ellis, *Avena and the World Court's Death Penalty Jurisdiction in Texas: Addressing the Odd Notion of Texas's Independence from the World*, 23 *Yale Law & Policy Rev.*, 2005, p. 476ss.; E. L. Aralica, *The Inherent Conflict – Vienna Convention on Consular Relations and United States Domestic Law*, 7 *Gonzaga Jn'l Int'l Law*, 2003-04 http://www.gonzagajil.org/; Bishop, *cit.*, p. 29ss.; Finsten, *J. Extradition or Execution? Policy Constraints in the United States' War on Terror*, 77 *Southern California Law Rev.*, 2004, p. 850ss.; A. E. Burks, *Consular Assistance for Foreign Defendants: Avoiding Default and Fortifying a Defense*, 14 *Capital Defense Jn'l*, 2001, p. 29ss.; P. Dervisci, *No Remedies for Violation of Foreign Nationals' Right to Consular Notification: United States v. Duarte-Acero, 296 F.3d 1277 (11th Cir. 2002)*, 15 *Florida Jn'l Int'l Law*, 2003, p. 645ss.; V. Epps, *Violations of the Vienna Convention on Consular relations: Time for Remedies*, 11 *Williamette Jn'l of In'l Law & Dispute Resolution*, 2004, p. 1 ss.; M.J. Kadish, *Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: The International Court of Justice in Mexico v. United States (Avena) Speaks Emphatically to the Supreme Court of the United States About the Fundamental Nature of the Right to Consul*, 36 *Georgetown Jn'l Int'l Law*, 2004, p. 2ss.; D. J. Lehman,

loro sovranità interna e l'atteggiamento di rigetto di alcuni di questi [74] verso la decisione internazionale apparve chiaro fin da subito. Così, per non citare che un caso, il Ministro della Giustizia del Texas dichiarò che avrebbe richiesto un'interpretazione sul da farsi al Dipartimento di Stato, ma tenne comunque a precisare prontamente che, «*absent recommendations from the federal government*», il suo ufficio non aveva alcuna intenzione di richiedere nuovi processi o la sospensione dell'esecuzione delle pene capitali [75]. Del resto, tre tentativi precedenti di far valere davanti a corti di merito l'OC-16/99 erano andati miseramente falliti [76].

The Federal Republic of Germany v. The United States of America: The Individual Right to Consular Access, 20 *Law and Inequality*, 2002, pp. 321-328; A. Macina, *Avena & Other Mexican Nationals: The Litmus for LaGrand & the Future of Consular Rights in the United States*, 34 *California Western Int'l Law Jn'l*, 2003, p. 115ss.; J. Quigley, *LaGrand: A Challenge to the U.S. Judiciary*, 27 *Yale Jn'l Int'l Law*, 2002, p. 435ss.; J. Quigley, *American Style in International Human Rights Adjudication*, 19 *Ohio State Jn'l on Dispute Resolution*, 2003, p. 249ss.; J. Quigley, *The Vienna Convention on Consular Relations After Avena: Application of Consular Right to Foreign Nationals: Standards for Reversal of Criminal Conviction*, 11 *ILSA Jn'l Int'l & Comparative Law*, 2005, p. 403ss.; C. B. Radlauer, *A Clash of Power and Jurisdiction: the Unites States Supreme Court v. the International Court of Justice*, 11 *St. Thomas Law Rev.*, 1999, p. 489ss.; S. A. Shank, e J. Quigley, *Foreigners on Texas's Death Row and the Right of Access to a Consul*, 26 *St. Mary's Law Jn'l,* 1995, p. 719ss.; H.S. Schiffman, *Breard and Beyond: the Status of Consular Notification and Access Under the Vienna Convention*, 8 *Cardozo Jn'l Int'l and Comparative Law*, 2000, p. 27ss.; N. Serano Smartt, *What Breard and its Progeny Mean for Avena and Other Mexican Nationals*, 19 *Temple Int'l and Comparative Law Jn'l*, 2005, p. 163ss.; A. M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 *Harvard Int'l Law J'nl*, 2003, p. 191 ss.; A.M. Tranel, *The Ruling of the International Court of Justice in Avena and Other Mexican Nationals: Enforcing the Right to Consular Assistance in U.S. Jurisprudence*, 20 *American University International Law Rev.*, 2005, p. 405ss.; V. M. Uribe, *Consuls at Work: Universal Instruments of Human Rights and Consular Protection in the Context of Criminal Justice*, 19 *Houston Jn'l Int'l Law*, 1997, pp. 409-422.

[74] Bishop, *cit.*, p. 24, sottolinea che fin dal caso *Breard* le autorità statali della Virginia e del Texas avevano affermato che «The International Court of Justice has no authority to interfere with Virginia's criminal justice system».

[75] N. L. Aeschleman, *The Vienna Convention on Consular Relations: Quo Vadis, America?*, 45 *Santa Clara Law Rev.*, 2005, p. 937ss.; Anaya Valencia, Jackson, van de Putte ed Ellis, *cit.*, p. 455 ss., ed in particolare p. 456.

[76] *United States v. Li*, 206 F.3d (1st Cir. 2000) (en banc), cert. denied, 531 U.S. 956 (2000); *United States v. Lombera-Camorlinga*, 206 F.3d (9th Cir. 2000) (en banc), cert. denied, 531 U.S. (2000), e *Rocha v. The State of Texas*, 72380 *Court of Criminal Appeals of Texas*, *April* 12, 2000.

i. I casi Medellín Rojas e Torres Aguilera

Alla data di notifica di *Avena*, davanti alla Corte d'Appello del *Fifht Circuit* pendeva, promossa da *José Medellín Rojas* [77] -uno dei messicani considerati dalla CIG- un'azione, volta ad ottenere il «*certificate of appealability*» in un procedimento di *federal habeas corpus* [78].

Pur consapevole della pronuncia internazionale, la corte respinse la domanda sia per non attribuire -a suo dire- la Convenzione di Vienna alcun diritto individuale azionabile davanti alle giurisdizioni interne, sia, quand'anche, per essere l'attore comunque decaduto dall'azione (*procedural default*) [79]. La Corte non dette dunque alcun seguito ad *Avena* [80].

Medellín propose allora ricorso davanti alla Corte Suprema per ottenerne un «*writ of certiorari*» [81]: una prima decisione favorevole, emessa nel dicembre 2004 e fondata sulle statuizioni di *Avena* [82], fu tuttavia spontaneamente revocata dalla Corte stessa come «*improvidently granted*» nel maggio successivo, tre mesi dopo che il Presidente Bush aveva ordinato all'*Attorney General* di vegliare affinché le corti statali disponessero nuove udienze per i messicani citati in *Avena* [83]. La decisione trascura

---

[77] Cfr. K. WILLIAMS, *Does the ICJ's Decision Mean Anything to the Mexicans on Death Row?*, *ExpressO Preprint Series*, Paper 831, 2005, *The Berkeley Electronic Press*, http://law.bepress.com/expresso/eps/831, p. 5.

[78] 28 U. S. C.§2253 (c). Come chiarisce AESCHLEMAN, *cit.*, pp. 941-942: «A federal district court's review of a state prisoner's habeas petition is a review of the lawfulness of the petitioner's custody, and not a review of the state court's judgment».

[79] Come era già stato deciso anche dalla Corte Suprema nel caso *Breard v. Greene,* 523 U. S. 371, 375 (1998.

[80] AESCHLEMAN, *cit.*, p. 957: «Essentially, the Fifth Circuit left the issue for the U.S. Supreme Court to decide, inviting Medellín to petition for a writ of certiorari on this issue».

[81] 544 U.S.2005- (per curiam)- *José Ernesto Medellín v. Doug Dretke*, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, Nº 04-5928- *May* 23,2005. Cfr. al riguardo D. M. AMANN, C. R. FAIRWEATHER e V. RHOE, Using International Law to Defend the Accused, 1 *Boalt Jn'l of Criminal Law*, *Febuary* 2000, § 15ss.

[82] Cfr. H. H. KOH, The Supreme Court Meets International Law, 12 *Tulsa Jn'l of Comparative & Int'l Law*, 2004, p. 1ss. ed in particolare pp. 17-18.

[83] G.W. BUSH: *Memorandum for the Attorney General – February* 28, 2005: «I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and laws of the United States of America, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals, by having State courts give effect to the decision, in accordance with general principles of comity, in cases filed by the 51 Mexican nationals

completamente la sentenza internazionale, recepisce invece il *Memorandum* Bush e vuole essere dichiaratamente attendista nei confronti delle corti statali interessate [84]. [Con lettera datata 7 marzo 2005 diretta al Segretario Generale delle NU, gli Stati Uniti avevano nel frattempo denunciato il Protocollo facoltativo annesso alla Convenzione [85]].

La difesa di *Medellín* radicò allora prontamente davanti alla Corte d'Appello penale statale una domanda di «*writ of habeas corpus*», sostenendo che sia il *Memorandum* del Presidente che la sentenza *Avena* esigevano disgiuntamente che la corte accordasse «*review and reconsideration of his Vienna Convention claim*» [86].

A quel momento, le autorità governative texane avevano tuttavia già iniziato ad esprimere dubbi circa la legittimità costituzionale dell'ordine

---

addressed in that decision». AESCHLEMAN, *cit.*, p. 961 sottolinea che «This Order was issued under general principles of comity and not out of a sense of obligation».

[84] «In light of the possibility that the Texas courts will provide Medellín with the review he seeks pursuant to the Avena judgment and the President's memorandum, and the potential for review in this Court once the Texas courts have heard and decided Medellín's pending action, we think it would be unwise to reach and resolve the multiple questions here presented. Accordingly, we dismiss the writ as improvidently granted». Neppure l'Opinione Dissidente ignora il *Memorandum* del Presidente: «The Court dismisses the writ and terminates federal proceedings on the basis of this speculation: Medellín might obtain relief in new state court proceedings because of the President's recent memorandum about whose constitutionality the Court remains rightfully agnostic; or he might be unable to secure ultimate relief in federal court because of questions about whose resolution the Court is likewise, rightfully, undecided. These tentative predictions are not reason enough to avoid questions that are as compelling now as they were when we granted a writ of certiorari, and that remain properly before this Court». ANAYA VALENCIA, JACKSON, VAN DE PUTTE e ELLIS, *cit.*, p. 467 e T. MAURO, *High Court Turns Aside Mexican's Appeal of Death Sentence*, *Consular Rights in America*, *May* 28, 2005, commentano che: «By shifting the spotlight back to Texas, the Court has opened a second front in the battle over the impact of World Court judgments within U.S. borders».

[85] AESCHLEMAN, *cit.*, p. 963: «According to State Department spokeswoman, the U.S. withdrawal from the protocol was necessary for protecting against future International Court of Justice judgments that might similarly interpret the consular convention or disrupt the U.S. domestic criminal system in ways the U.S. did not anticipate when it joined the convention». Vedi anche KIRGIS, *F.L. President Bush's Determination Regarding Mexican Nationals and Consular Convention Rights*, *Addendum to ASIL Insight*, *March* 2005 e WILLIAMS, *cit* p. 2.

[86] In the Court of Criminal Appeals of Texas, No. AP-75,207 ex parte José Ernesto Medellín, Applicant, on Application for a Writ of Habeas Corpus, Cause No. 675430 from the 339th District Court of Harris County.

presidenziale [87], e ciò spiega perché, accanto all'atteggiamento tradizionalmente riottoso della difesa dello stato [88], l'*Assistant Attorney General* abbia apertamente affermato all'udienza per la presentazione degli argomenti orali esistere seri problemi di ordine costituzionale nei confronti di una «*unilateral Executive determination*, *displacing generally applicable criminal laws*» [89]. La decisione, attesa per la fine di settembre 2006, non risulta ancora pubblicata [90].

Considerazioni critiche possono trarsi anche, nonostante l'opinione contraria di qualche commentatore [91], dalla sentenza 6 settembre 2004 della *Oklahoma Court of Criminal Appeals* relativa ad *Osbaldo Torres Aguilera* [92], altro cittadino messicano direttamente toccato da *Avena*.

Se pure, infatti, la Corte concluse la prima tappa processuale relativa alle *Vienna Convention claims* di *Torres* decidendo di essere vincolata alla pronuncia *Avena* ed ordinando una «*evidentiary hearing*», volta a determi-

---

[87] AESCHLEMAN, *cit.*, p. 961 e MAURO, *cit.*.

[88] M. DONALD, *Texas Court Hears 3-Way Argument in Medellín Case*, *Consular Rights in America*, *Issue* 29, *September* 2005.

[89] WILLIAMS, *cit.*, pp. 4 e 15-17, sottolinea le ragioni pro e contro l'incostituzionalità del *Memorandum* Bush.

[90] Vedi tuttavia *infra*, pag. 20 e nota 135.

[91] Non manca infatti chi, WILLIAMS, *cit.*, p. 13, sottolinea, al pari dell'Opinione Dissidente Torruella nei casi riuniti *United States v. Li*, *cit.*, come questa decisione si discosti, a favore del detenuto, da quelle che invece «hold that suppression is never a proper remedy for a violation of the notification provision» e che pertanto respingono seccamente la domanda. Per *Torres*, infatti, chi ha subito la violazione della Convenzione ha aperta la possibilità di dimostrare di averne avuto danno e di essere allora (teoricamente) legittimato ad un risarcimento dello stesso. Sul triplice *test* necessario alla dimostrazione del danno, cfr. *infra*, nota 130.

[92] *Osbaldo Torres vs. State of Oklahoma*- Nº 2004-442- *September* 6, 2004. Cfr. L.E. CARTER, *cit.*, p. 259ss.; M. J. GOLDSMITH, *Torres v. State, No. PCD-04-442 (Okla. Crim. App. May 13, 2004) (order granting stay of execution and remanding case for evidentiary hearing)*, 17 *Capital Defense Jn'l*, 2004, p. 261ss.; H. L. FINSTUEN, *From the World Court to Oklahoma Court: the Significance of Torres v. State for International Court of Justice Authority, Individual Rights, and the Availability of Remedy in Vienna Convention Disputes*, 58 *Oklahoma Law Rev.*, 2004, p. 255ss.; J. KOVEN LEVIT, *The Supreme Court, Constitutional Courts and the Role of International Law in Constitutional Jurisprudence: a Tale of International Law in the Heartland: Torres and the Role of State Courts in Transanational Legal Conversation*, 12 *Tulsa Jn'l of Comparative & Int'l Law*, 2004, p. 163ss.; M. H. MORGAN, *Torres v. Mullin, 124 S. Ct. 562 (2003) (Mem.) (Breyer, J., Dissenting from a Denial of Certiorari)*, 16 *Capital Defense Jn'l*, 2004, p. 609ss. e S. D. MURPHY, *Implementation of Avena Decision by Oklahoma Court*, 98 *American Jn'l Int'l Law*, 2004, p. 581ss.

nare se il detenuto avesse tratto danno dalla obliterazione dei suoi diritti, il risultato finale fu comunque disastroso. Come sempre [93], l'onere della prova dell'esistenza del danno da mancata informazione sul diritto all'assistenza consolare, e da conseguente mancato esercizio dello stesso, fu infatti posto a carico del ricorrente [94] ma, nonostante la prova offerta [95], la Corte decise macabramente che, poiché nel maggio precedente la clemenza del Governatore dello stato aveva commutato la condanna a morte in ergastolo (peraltro senza possibilità di libertà *on parole* [96]), il condannato non poteva dimostrare di aver subito un qualsiasi danno o pregiudizio [97].

ii. Le pronunce della Corte Suprema: i casi Bustillo v. Johnson e Sanchez-Llamas v. Oregon

Senza tener conto della decisione *in re Medellín* di nemmeno otto mesi prima, nel novembre 2005 la Corte Suprema decise comunque di dare ingresso a due cause relative alla mancata applicazione della Con-

---

[93] Fa eccezione la sola sentenza *Jogi v. Voge*s, *Carper, Madigan, and Piland*, *infra*, p. 58.

[94] Questo principio, posto dalla Corte Suprema nel 1998, nella decisione relativa al caso *Breard*, è stato infatti sempre seguito dalle corti inferiori. Come aveva già sottolineato l'Opinione del Giudice *ah hoc* annessa ad *Avena*, XI, § 66, tuttavia, «No court in the United States has found that there is cause for the prejudice in cases of a Vienna Convention claim, under the argument that Article 36 rights are not constitutional rights».

[95] La maggior parte delle decisioni nega invece che la prova sia raggiunta perché «The defendant did not present any evidence regarding his knowledge of his right to consular notification or whether he would have availed himself of the right. Most notably, there has been no showing that, had defendant contacted the consular post, assistance would have been provided».

[96] *Executive Order* 2004-17*, May* 13, 2004.

[97] «We find that Torres was actually prejudiced by the failure to inform him of his rights under the Vienna Convention, and by counsel's acts or omissions which might have affected his sentencing...The Governor's grant of clemency in Torres's case ensures that Torres is not subject to the death penalty. Any assistance Mexico could have given in this regard has become moot. The Executive Branch grant of clemency and limitation of Torres's sentence to life without the possibility of parole renders these issues moot. Under these circumstances, Torres has already received relief from his capital sentences. No further relief is required. Consequently, Torres's application for post-conviction relief is denied». In dottrina, vedi M.J. GOLDSMITH, *Torres v. State, No. PCD-04-442 (Okla. Crim. App. May 13, 2004) (order granting stay of execution and remanding case for evidentiary hearing)*, 17 *Capital Defense Jn'l*, 2004, p. 261ss., nonché J.H. CARTER, *Avena in an Oklahoma Court*, *Note from ASIL President*.

venzione di Vienna: si tratta dei casi riuniti *Bustillo v. Johnson* [98] e *Sanchez-Llamas v. Oregon* [99], la cui udienza orale si è tenuta il 29 marzo 2006 e che sono stati decisi il 29 giugno successivo [100].

Nel caso *Bustillo*, la posta in gioco era rappresentata dalla "*procedural default* ", dal momento che la mancata osservanza dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna era stata eccepita solo dopo che l'imputazione e la condanna erano state confermate in appello [101], anche perché l'avvocato d'ufficio assegnato all'imputato nei due gradi di merito ignorava -per sua stessa ammissione- l'esistenza della Convenzione [102].

---

[98] No. 05-51, On Writ of Certiorari to the Supreme Court of Virginia.

[99] No. 04-10566, On Writ of Certiorari to the Supreme Court of Oregon.

[100] S. NELSON, *Medill News Service*, Northwestern University: «The evidence in Mario Bustillo's trial was inconclusive. Several witnesses testified that it was not Bustillo, but another Honduran man who murdered James Merry outside a Springfield, Virginia, restaurant. Bustillo was convicted of the murder four months later and sentenced to 30 years in prison. While he was appealing, he was contacted by the Honduran consulate-...Moises Sanchez-Llamas was arrested in December 1999 after he fired a gun at some police officers, wounding one in the leg. He was read his Miranda rights in Spanish and English but was never informed of his Vienna Convention right to contact the Mexican consulate. During a long interrogation process, Sanchez-Llamas made some incriminating statements and was charged with attempted murder and attempted aggravated murder...». A commento alla sentenza, si veda F.L. KIRGIS, *The Supreme Court Decides a Consular Convention Case*, *ASIL Insight*, vol. 10, 16, 7 luglio 2006 e *Consular Rights in America*, *Issue* 31, *July* 2006.

[101] «After his conviction became final, Bustillo filed a petition for a writ of habeas corpus in state court. There, for the first time, he argued that authorities had violated his right to consular notification under Article 36 of the Vienna Convention. He claimed that if he had been advised of his right to confer with the Honduran Consulate, he would have done so without delay. Moreover, the Honduran Consulate executed an affidavit stating that it would have endeavoured to help Mr. Bustillo in his defence, had it learned of his detention prior to trial. The state habeas court dismissed Bustillo's Vienna Convention claim as procedurally barred because he had failed to raise the issue at trial or on appeal. The court also denied Bustillo's claim of ineffective assistance of counsel, ruling that his belated claim that counsel should have informed him of his Vienna Convention rights was barred by the applicable statute of limitations».

[102] La Corte Suprema ha deciso sul punto che «Once Bustillo became aware of his Vienna Convention rights, nothing prevented him from raising an ineffective-assistance-of-counsel claim predicated on his trial counsel's failure to assert the State's violation of those rights. Through such a claim, full effect could have been given to Article 36, without dishonouring state procedural rules that are compatible with due process. Bustillo did not include a Vienna-Convention-based, ineffective-assistance-of-counsel claim along with his direct Vienna Convention claim in his initial habeas petition». Siamo dunque in presenza di una doppia "*procedural default*".

Nel caso *Sanchez Llamas*, invece, la difesa aveva fatto valere senza successo sia dall'udienza *pre-trial*, che nel processo di primo grado e in appello, l'inefficacia probatoria delle dichiarazioni confessorie rese dall'imputato alla polizia senza previa informazione del diritto di poter godere dell'assistenza consolare [103].

La Corte Suprema si è posta tre interrogativi: uno generale, riguardante entrambi i casi, «*does Article 36 create rights that defendants may invoke in criminal proceedings?*», e due relativi invece a ciascun caso: «*does a violation of Article 36 require suppression of a defendant's statements to police?*» [caso *Sanchez-Llamas*]; «*may a state, in post-conviction proceedings, treat a defendant's Article 36 claim as defaulted because he failed to raise the claim at trial?*» [caso *Bustillo*].

Poiché la soluzione dei problemi specifici è stata ritenuta conforme a quella già data dalle corti statali, la Corte Suprema si è auto-esentata dall'affrontare e dal risolvere espressamente il problema di fondo: i ricorrenti avrebbero perso la causa anche se l'art. 36 fosse stato interpretato nei sensi da essi auspicati; la Corte ritiene dunque senza decidere che così sia [104].

Ma vediamo il dettaglio.

---

[103] Nel procedimento avanti la Corte Suprema, gli Stati Uniti hanno presentato una memoria, i cui punti salienti sono: «There is a long-established presumption that treaties and other international agreements do not create individual rights, unless there is a clear indication to the contrary. The history, structure and language of the Vienna Convention, make clear that signatories did not understand Article 36 to create individual rights... Even if the treaty conferred individual rights, suppression of evidence would not be an appropriate remedy. The treaty would not prevent states like Virginia from applying procedural default rules that doomed Bustillo's claims. A victory for the foreign nationals could encourage future litigants who want to assert rights under a variety of human rights treaties, including the Convention against Torture» (*sic*!). Sul problema della *suppression of evidence* in particolare, si veda K. E. FERRIS, *Violation of Vienna Convention on Consular Relations Does Not Warrant Suppression of Evidence – Commonwealth v. Diemer, 57 Mass. App. Ct. 677 (2003), review denied, 439 Mass. 1106 (2003), cert. denied, Diemer v. Massachusetts, 540 U.S. 1150 (2004)*, 28 *Suffolk Transnational Law Rev.*, 2005, p. 369ss.

[104] «Because we conclude that Sanchez-Llamas and Bustillo are not in any event entitled to relief on their claims, we find it unnecessary to resolve the question whether the Vienna Convention grants individuals enforceable rights. Therefore, for purposes of addressing petitioners' claims, we assume, without deciding, that Article 36 does grant Bustillo and Sanchez-Llamas such rights». L'Opinione Dissidente Breyer *et al.* ha invece preso in considerazione (punto II) anche la prima questione, risolvendola nel senso della CIG, citando a conforto pronunzie di corti tedesche, australiane e canadesi.

a. Bustillo v. Johnson

Nonostante la questione ritenuta toccasse direttamente, come si è accennato, la regola della "*procedural default*" già due volte dichiarata incompatibile con la Convenzione di Vienna [105], la Corte Suprema non svolge alcuna argomentazione al riguardo; essa si limita a richiamare il responso negativo deciso in *Breard v. Greene* [106], cioè prima delle pronunce della CIG, e ad aggiungere che l'interpretazione della Corte Internazionale merita «*respectful consideration*» [107], ma non la obbliga a riconsiderare il proprio modo d'intendere la Convenzione [108]. Ai sensi dell'art. 2.2 della Costituzione, infatti, il potere giudiziario negli Stati Uniti è ap-

---

[105] L'Opinione separata Koroma annessa a *La Grand*, §§ 3, 5 e 6, aveva lamentato che la CIG non avesse direttamente affermato che «A United States law, whether substantive or procedural in character, is inherently inconsistent with the obligations undertaken by the United States in the Vienna Convention» e avesse invece ritenuto la regola della *procedural default* «simultaneously both consistent and inconsistent with the United States obligations under the Convention».

[106] «In Breard, the petitioner argued that the Convention is the supreme law of the land and thus trumps the procedural default doctrine. We rejected this argument as plainly incorrect: it has been recognized in international law that, absent a clear and express statement to the contrary, the procedural rules of the forum State govern the implementation of the treaty in that State». L'Opinione Dissidente mette invece l'accento sull'art. 36 cpv., sottolinea l'obbligo dello Stato di dare pieno effetto ai diritti riconosciuti al primo comma ed afferma che questa norma «means that a State's ordinary procedural default rules apply unless (1) the defendant's failure to raise a Convention matter can itself be traced to the failure of the police to inform the defendant of those Convention rights, and (2) state law does not provide any other effective way for the defendant to raise that issue». La stessa Opinione esclude inoltre la fondatezza del riferimento a Breard poiché «Breard concerned a federal, rather than (as in Bustillo's case) a state procedural default rule» e «those different kinds of rules are treated differently under the Supremacy Clause». L'Opinione si spinge poi fino ad affermare l'opportunità di una modifica della legislazione: «The modification is appropriate because the full effect proviso in Article 36(2) provides a clear and express statement that sometimes the Convention might trump a domestic procedural rule».

[107] *Contra*, il recente caso *Jogi v. Voges, Carper, Madigan, and Piland*, 425 F. 3d (7thCir. 2005), N° 01-1657, anche in 119 *Harvard Law Rev.*, 2006, p. 2644ss., dove la CIG è definita «The international body with the authority to render binding interpretations of the Convention», evidenziandosi tuttavia che «This proposition is controversial in some circles» e che «The Supreme Court has not yet taken the step we have described».

[108] In senso opposto, cfr. Opinione Dissidente: «That respectful consideration counsels in favour of an interpretation that is consistent with the ICJ's reading of the Convention here» e «To show that kind of respect, we must read the opinions in light of the Convention's underlying language and purposes and ask whether, or to what extent, they require modification of a State's ordinary procedural rules».

pannaggio della Corte Suprema e delle corti inferiori e si estende anche ai trattati [109]. E se pur è vero che la CIG ha dichiarato incompatibile con la Convenzione l'applicazione della *procedural defaul rule* fattane in *Breard* [110], -di nuovo- «*nothing suggests that ICJ's interpretations were intended to be binding on U.S. courts*» [111].

Del resto, si precisa, neppure la stessa Corte Internazionale avrebbe dovuto superare la chiara dizione della prima parte dell'art. 36.2, per la quale i diritti garantiti al primo comma vanno esercitati in conformità all'ordinamento interno dello Stato di ricezione [112]. E di più, in un sistema giuridico quale quello statunitense, la regola che sancisce la decadenza, essendo federale, prima su ogni diversa disposizione della Convenzione [113].

---

[109] «If treaties are to be given effect as federal law, determining their meaning as a matter of federal law is emphatically the province and duty of the judicial department». L'Opinione Dissidente conclude invece in senso contrario, adottando una soluzione intermedia: «[We] would remand these cases, thereby permitting the States to apply their own procedural and remedial laws, but with the understanding that Art. VI, clause 2 of the Federal Constitution ("All Treaties made ... under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land and the Judges in every State shall be bound thereby") requires that the application of those laws be consistent with the Convention's demand for an effective remedy for an Article 36 violation».

[110] Anche molti *amici curiae*, sottolinea la Corte, hanno sostenuto l'obbligo degli Stati Uniti di conformarsi all'interpretazione di *Avena*.

[111] L'affermazione è infatti ripetuta due volte: «The ICJ's decisions have no binding force except between the parties and in respect of that particular case. Any interpretation of law the ICJ renders in the course of resolving particular disputes is thus not binding precedent even as to the ICJ itself; there is accordingly little reason to think that such interpretations were intended to be controlling on our courts» e, con espresso riferimento al *Memorandum* Bush, «Although the United States has agreed to discharge its international obligations in having state courts give effect to the decision in Avena, it has not taken the view that the ICJ's interpretation of Article 36 is binding on our courts». *Contra* l'Opinione Dissidente, la quale sottolinea che «Today's decision interprets an international treaty in a manner that conflicts not only with the treaty's language and history, but also with the ICJ's interpretation of the same treaty provision. In creating this conflict, the Court's decision is unprecedented».

[112] L'Opinione Dissidente mette in evidenza che, mentre la maggioranza ritiene che «it would be odd to treat Convention rights more favourably than rights protected by the U. S. Constitution», «nations are of course free to agree to grant one another's citizens protections that differ from the protections enjoyed by citizens at home, particularly when circumstances call for differential treatment».

[113] L'Opinione Ginsburg aggiunge al riguardo, con riferimento all'applicazione della *Miranda clause,* che «It would be unseemly for this Court to command state courts to

Conscia inoltre dell'impunità guadagnata dagli Stati Uniti con la denuncia del Protocollo facoltativo, quali che fossero gli effetti di *LaGrand* e *Avena* prima di tale atto, -dice la Corte-, è perlomeno dubbio che si debba accordare oggi peso decisivo all'interpretazione di un tribunale, la cui giurisdizione in materia non è più accettata. Così, giurisdizione e diritto sostanziale sono confusi, è dimenticato il principio *tempus regit actum* [114] e il diritto interno prevale ovviamente in tutta facilità.

La supremazia del diritto interno sul diritto internazionale emerge tuttavia anche da un altro passo, nel quale la Corte sottolinea come la conclusione internazionalmente già raggiunta fin da *LaGrand* in tema di "*procedural default*" confligga irrimediabilmente con l'«*adversarial system*» [115] processuale statunitense, che si fonda sul principio per il quale spetta alla parte di articolare e di far valere circostanze di fatto ed argomentazioni giuridiche e di sottoporle ai tribunali «*at the appropriate time for adjudication*». Se l'interpretazione della nozione di "effetto pieno" elaborata dalla CIG fosse accolta, non solo la «*procedural default rule*» ne sarebbe sovvertita, ma -l'esagerazione è chiaramente voluta- anche ogni altra regola che impone alla parte di sottoporre alle corti le proprie doglianze entro un limite processual/temporale determinato, «*such as statutes of limitations and prohibitions against filing successive habeas petitions*» [116]. Il che val quanto dire: va bene il diritto internazionale, fin che

---

relax their identical, or even less stringent procedural default rules, while federal courts operate without constraint in this regard».

[114] *Jogi vs. Voges*, *Carper, Madigan, and Piland*, *cit*., invece, afferma correttamente che «Although the Department of State, at the President's instruction, has since notified the United Nations that the United States was withdrawing from the Protocol, the President announced at the same time that he was directing the state courts to follow Avena. We interpret that action as an acknowledgment on the part of the Executive Branch that the withdrawal from the Optional Protocol is a prospective action only, and that it has no effect on disputes that were tendered to and finally decided by the ICJ before the withdrawal».

[115] «What makes a system adversarial rather than inquisitorial is...the presence of a judge who does not conduct the factual and legal investigation himself, but instead decides on the basis of facts and arguments pro and con adduced by the parties».

[116] L'Opinione Dissidente conclude invece che «The ICJ said that the Convention prohibits application of procedural rules that would bar assertion of a Convention violation claim only where it has been the failure of the United States itself to inform that may have precluded counsel from being in a position to have raised the question of a violation of the Vienna Convention in the initial trial and the defendant was not aware of those rights and the State is unwilling to provide some other effective remedy, for example an ineffective-assistance-of-counsel claim...Since procedural default rules themselves typically excuse defaults where a defendant shows cause and prejudice, it is difficult to see how

non pretenda di minare l'ordinamento interno *ab imis fundamentis*: se così dovesse essere, sarebbe chiedere troppo ad uno Stato e al suo sistema giuridico.

Del resto, precisa infine la Corte, l'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna è simile per natura e finalità alla *Miranda clause*: ebbene, se l'imputato omette di far valere fin da subito, nella fase *pre-trial*, o al più tardi in prime cure, un *Miranda claim*, la regola della *procedural default* gli si applica inesorabilmente [117], e nessuno ha mai avuto alcunché da ridire. Non si vede dunque perché si dovrebbe procedere in modo diverso nei confronti di una regola sostanzialmente uguale [118].

b. Sanchez-Llamas v. Oregon

In questo caso, come si accennava, alle corti di merito era stato chiesto «*to suppress*» le dichiarazioni pregiudizievoli rese alla polizia dall'arrestato -poi condannato su quella base-, non previamente posto a conoscenza del diritto attribuitogli dall'art. 36.1 [119].

---

this statement overlooks the importance of procedural default rules in an adversary system, or is inconsistent with the basic framework of that system».

[117] Vedi da ultimo *The People v. Ontiveros*, Corte d'Appello del 4 *District*, Stato della California, N° SCE211301- *June* 23, 2006.

[118] Cfr. Opinione Concorrente Ginsburg. L'Opinione Dissidente è di diverso avviso: «Article 36 says both that its rights shall be exercised in conformity with the host country's laws and regulations and that those laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which those rights are intended. This interpretation makes both the "conformity" requirement and the "full effect" requirement meaningful. And the ICJ specified that the Convention forbids American States to apply a procedural default rule to bar assertion of a Convention violation claim where it has been the failure of the United States itself to inform that may have precluded counsel from being in a position to have raised the question of a violation of the Vienna Convention in the initial trial. The majority's argument overlooks what the ICJ actually said, overstates what it actually meant, and is inconsistent with what it actually did».

[119] I precedenti sono molti, e tutti con esito negativo. Oltre a *United States v. Li*, *cit.*, a *U.S. v. Lombera-Camorlinga*, *cit.*, e a *The People of the State of New York v. Herrera*, *cit.*, cfr. ad es. *United States v. De La Pava*, 268 F.3d (2d Cir., 2001); *Murphy v. Netherland*, *cit.*; *United States v. Page*, 232 F.3d (6th Cir., 2000); *United States v. Chaparro-Alcantara*, 226 F.3d (7th Cir.2000); *United States v. Ortiz*, 315 F.3d (8th Cir., 2002); *Tumbaco Chavez v. State of Oregon*, (CR9801722; CA A106896) 2000; *The people of the State of Illinois v. Vasquez*, No. 99-CF-540-2-03-0042 (senza data); *State of Ohio v. Gulertekin*, 99AP-900, *June* 8, 2000 e *The People v. Ontiveros*, *cit.* e *The People of the State of Colorado v. Preciado-Flores*, Colorado Court of Appeals, N° 99CA2533, *October* 2002. Dalla so-

La Convenzione, obietta la Corte, non prescrive l'adozione di rimedi processuali specifici [120]: anzi, affida l'applicazione dell'art. 36 all'ordinamento interno dei singoli Stati. *Sanchez-Llamas*, invece, non solo fonda la sua domanda sull'idea che la «*suppression*» costituisca un rimedio appropriato tanto ai sensi della Convenzione che del diritto interno [121], ma chiede che il suo *petitum* venga accolto in virtù dell'autorità che la Corte Suprema ha «*to develop remedies for the enforcement of federal law in state-court criminal proceedings*».

Nessun potere di supervisione, si risponde, esiste tuttavia in capo alla Corte Suprema nei confronti delle sentenze delle corti statali, con la sola eccezione dei casi di violazione del Quarto, Quinto e Sesto Emendamento [122]. Di più, si aggiunge, dal momento che nessuna disposizione della

---

miglianza dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna con la *Miranda clause*, WILLIAMS, *cit*., p. 20 trae invece la conclusione che «The courts should treat a confession obtained in violation of the Vienna Convention the same as it would a confession obtained in violation of Miranda. The rationale for excluding confessions without providing Miranda warnings is that the interrogation process is often so intimidating to a suspect, that the confession may not be reliable. A confession which is obtained from a foreign national, who is often unfamiliar with the American legal system is also unreliable. Therefore, any inmate from whom a confession was extracted without providing consular access, should have his conviction and sentence reevaluated in the same manner that a Miranda-defective confession would be. Thus, if the admission of the confession harmed the defendant, he should be entitled to a new trial».

[120] *Contra*, *Jogi v. Voges, Carper, Madigan, and Piland*, *cit*.: «It is unremarkable that the Vienna Convention does not spell out particular methods of enforcement. Treaties, after all, are signed by countries with differing legal systems that provide different kinds of remedies».

[121] «In Sanchez-Llamas's view, although full effect may not automatically require an exclusionary rule, it does require an appropriate judicial remedy of some kind. There is reason to doubt this interpretation. In particular, there is little indication that other parties to the Convention have interpreted Article 36 to require a judicial remedy in the context of criminal prosecutions».

[122] «Federal courts hold no supervisory authority over state judicial proceedings and may intervene only to correct wrongs of constitutional dimension» che riguardino "unreasonable searches" e "coerced confessions". «Unlike the search-and-seizure context -where the need to obtain valuable evidence may tempt authorities to transgress Fourth Amendment limitations», aggiunge la sentenza, «police win little, if any, practical advantage from violating Article 36. Suppression would» dunque «be a vastly disproportionate remedy for an Article 36 violation». In senso contrario, si veda l'Opinione Dissidente Torruella, annessa ai casi riuniti *United States v. Li*, *cit*.: «What the majority does not discuss, however, is what makes these rights fundamental. In my view, we consider these rights fundamental not merely because they appear in the Constitution, but because they are essential to the fair and efficient administration of our justice system. In my view, the right to

Convenzione prevede espressamente la «*statements suppression*», ogni decisione in tal senso estenderebbe indebitamente l'ambito delle obbligazioni internazionali degli Stati Uniti [123] e «*add to any treaty*» non ricade nel potere di quanti amministrano giustizia.

Nulla impedisce invece che la violazione dell'art. 36.1(b) costituisca parte di un «*challenge to the voluntariness*» delle dichiarazioni fatte alla polizia: nessuna indicazione è tuttavia fornita sulle circostanze in cui la violazione stessa potrebbe rendere la dichiarazione «*involuntary*», né sugli effetti generali o specifici che le corti di merito dovrebbero derivarne. La similitudine con la *Miranda clause* non viene ripresa né proseguita fino alle conseguenze che da questa discendono, cioè l'aversi per non avvenuta ogni affermazione, confessione o dichiarazione ottenuta senza previa comunicazione della formula di rito, purché -come *Sanchez-Llamas* aveva fatto per l'art. 36.1(b)- la circostanza sia stata puntualmente eccepita nei tempi dovuti (*procedural default*).

Il punto più grave della motivazione di questa parte della decisione è però forse quello in cui la Corte Suprema, riprendendo testualmente parte delle affermazioni della difesa USA davanti alla CIG [124] e contraddi-

---

consular notification and access responds to the same basic concerns for fairness and efficient administration of justice as does the right to counsel...Without the aid of consular official, I think that we presume too much to think that an alien can present his defence with even a minimum of effectiveness. The result is injury not only to the individual alien, but also to the equity and efficacy of our criminal justice system».

[123] L'Opinione Dissidente ritiene invece che «Sometimes suppression could prove the only effective remedy. And, if that is so, then the Convention, which insists upon effective remedies, would require suppression in an appropriate case. Much depends upon the circumstances. It may be true that in most circumstances, there is likely to be little connection between an Article 36 violation and evidence or statements obtained by police. But one cannot guarantee in advance that Miranda will adequately cure every seriously prejudicial failure to inform an arrested person of his right to contact his consular post. One can imagine a case, for example, involving a foreign national who speaks little English, who comes from a country where confessions made to the police cannot be used in court as evidence, who does not understand that a state-provided lawyer can provide him crucial assistance in an interrogation, and whose native community has great fear of police abuse. A person who fully understands his Miranda rights but does not fully understand the implications of these rights for our legal system may or may not be able to show that his confession was involuntary under Miranda, but he will certainly have a claim under the Vienna Convention. In such a case suppression of a confession may prove the only effective remedy. I would not rule out the existence of such cases in advance».

[124] «Indeed, Article 36 does not guarantee defendants any assistance at all. The provision secures only a right of foreign nationals to have their consulate informed of their arrest or detention, not to have their consulate intervene, or to have law enforcement

cendo il precedente paragone con *Miranda*, afferma che il diritto all'informazione sull'assistenza consolare è -al più- «*remotely connected to the gathering of evidence*» in quanto la mancata informazione «*is unlikely, with any frequency, to produce unreliable confessions*» [125].

5. Conclusioni

La pronuncia della Corte Suprema nei casi riuniti *Bustillo* e *Sanchez Llamas* sembra (si tratta ovviamente d'ipotesi e di supposizioni) dovuta, più che a *technicalities*, a due ragioni politiche: la prima costituita dal fatto che la denuncia del Protocollo facoltativo annesso alla Convenzione di Vienna impedirà in futuro qualsiasi contenzioso internazionale in materia a carico degli Stati Uniti; la seconda dal fatto che la Corte era stata concomitantemente investita di un problema ancor più spinoso, quello della legittimità o meno delle commissioni militari speciali istituite dal Presidente per giudicare i detenuti per terrorismo di *Guantanamo* [126]. In una visione strategica dell'esercizio del potere giudiziario, non desta sorpresa che la massima autorità giurisdizionale del paese, decisa a contenere l'Esecutivo, si sia concentrata su problemi suscettibili di accreditare nel mondo un'immagine positiva o negativa della democrazia statunitense ed abbia tralasciato invece di approfondire con la cura dovuta profili giuridici che concernono in prevalenza masse anonime di persone venute negli Stati Uniti solo per sopravvivere.

A ciò si aggiunge naturalmente anche il tradizionale atteggiamento di

---

authorities cease their investigation pending any such notice or intervention. In most circumstances, there is likely to be little connection between an Article 36 violation and evidence or statements obtained by police».

[125] E all'argomentazione dell'attore, per la quale «The failure to inform defendants of their right to consular notification gives them a misleadingly incomplete picture of their legal options», oppone che «Leaving aside the suggestion that it is the role of police to advise defendants of their legal options, we think other constitutional and statutory requirements effectively protect the interests served, in Sanchez-Llamas' view, by Article 36» ed afferma con petizione di principio che ogni straniero detenuto negli USA è protetto dalla regola dell'equo processo. Cfr. anche J.M. GÓMEZ-ROBLEDO, *El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estado Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, p. 173ss.

[126] *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defence, et Al.,* Nº 05 -184-*Decided June* 29, 2006.

diffidenza, se non di ostilità, verso il diritto internazionale convenzionale [127] che, pur proclamato dall'art. 6.2 della Costituzione «*supreme Law of the Land*» e, in quanto tale, «*enforceable in courts as long as it is self-executing*» come la Convenzione di Vienna [128], è da sempre avvertito come un corpo estraneo, "reo" di voler disciplinare -soprattutto quando lo pretenda in via preminente- fattispecie cui la sovranità federale e/o statale può provvedere o provvede già in modo egregio, e comunque consono al comune sentire dell'opinione pubblica dominante.

La sentenza assegna infatti *de facto* al diritto internazionale la natura di un sistema che va applicato nei soli limiti in cui il diritto interno lo consenta, il richiamo alla prevalenza dei princîpi del diritto statale è continuo, anche a scapito della più semplice lettura della norma pattizia, ed evidente è la cura che l'ordinamento nazionale resti intatto e non scalfito in alcuna delle sue regole da fattori esterni [129]: la necessità dell'*effet utile* di cui all'art. 36 cpv. della Convenzione è totalmente obliterata.

Per negare ogni possibilità di applicazione preferenziale del diritto internazionale, la Corte Suprema ha dovuto del resto necessariamente imboccare, nella parte motiva concernente *Sanchez Llamas,* una strada opposta a quella di *LaGrand* e *Avena*, affermando, come si è visto, che il

---

[127] Cfr. ad esempio E. Deck Harrill, *Exorcising the Ghost: Finding a Right and a Remedy in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations*, 55 *South Carolina Law Rev.*, 2004, p. 569ss.; J. Fitzpatrick, *cit.*, p. 427; M. Fleishman, *Reciprocity Unmasked: The Role of the Mexican Government in Defence of its Foreign Nationals in United States Death Penalty Cases*, 20 *Arizona Jn'l of Int'l and Comparative Law*, 2003, p. 359ss.: «Currently, the United States remains impervious to international pressure concerning abuses of the Vienna Convention. This resistance has been bolstered by the combined force of unabated freedom of individual states to uphold their criminal laws; the federal government's impotence to control state action; and the judiciary's unwillingness to recognize the force of international treaty obligations» e J. Quigley, *American Style in International Human Rights Adjudication*, 19 *Ohio State Jn'l on Dispute Resolution*, 2003, p. 249ss., in particolare p. 258.

[128] Cfr. la dichiarazione del Dipartimento di Stato prima della ratifica. Davanti alla Corte Interamericana, tuttavia, l'avvocato dello stesso Dipartimento di Stato fece valere che «The Vienna Convention does not require the domestic courts of State parties to take any actions in criminal proceedings, either to give effect to its provisions or to remedy their alleged violation».

[129] L'Opinione Dissidente afferma infatti che «Rather than seek to apply Article 36's language and purposes to the federal/state relationships that characterize America's legal system, the Court simply rejects the notion that Article 36(2) sets forth any relevant requirement».

diritto all'informazione sull'assistenza consolare è «*at best remotely connected to the gathering of evidence*» e, nella parte concernente *Bustillo,* eliminando alla radice ogni possibilità del pur contestabile rimedio delle «*evidentiary hearings*», tra l'altro con grave possibile pregiudizio per i molti casi analoghi pendenti e futuri.

Il problema della *procedural default* è inoltre solo apparentemente trattato in maniera autonoma rispetto a quello della *suppression of evidences*, e viceversa: quest'ultima, dice la Corte, non costituisce "rimedio appropriato" -nel silenzio della Convenzione e delle decisioni della CIG-, potendo essere concessa negli Stati Uniti solo per la violazione di norme costituzionali, ma, aggiunge, se anche lo fosse, la relativa azione sarebbe improponibile perché ormai preclusa da tempo. Ciò spiega per un verso la trattazione riunita dei due casi, ma costituisce nella sostanza un vicolo cieco e un labirinto senza filo di Arianna: preclusa sarebbe infatti anche l'azione di risarcimento civile per cattivo patrocinio dell'avvocato ignorante. Insomma, davvero non si comprende come l'unica vera vittima della (doppia) situazione di discriminazione, cui non si può certo rimproverare di non aver personalmente azionato fin da subito il diritto che gli deriva dall'art. 36 della Convenzione di Vienna, possa finalmente vedere la "sua giustizia" *comply with Avena*.

Neppure l'Opinione dissidente esce del resto da una visione eccentrica del diritto internazionale quando ritiene, ferma ancora a *Breard*, che lo straniero dovrebbe bensì poter ottenere un "riesame" e una "revisione" del verdetto di colpevolezza e della pena irrogata, ma avendo dimostrato tuttavia previamente di aver subito un pregiudizio a causa della violazione dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna. La CIG, tuttavia, non ha statuito che, oltre al danno, occorra anche la beffa: né può ritenersi che il riferimento della norma convenzionale alle modalità processuali di "rimedio" previste dall'ordinamento interno dello Stato di ricezione possa spingersi fino a pretenderla.

La conclusione menzionata discende in parte, -è vero-, dalla mancata decisione della CIG circa la natura del diritto all'informazione sull'assistenza consolare e dalla mancata condivisione, da parte di quest'ultima, della tesi della Corte Interamericana: se questo diritto individuale azionabile davanti ai tribunali di ogni Stato membro avesse natura di diritto fondamentale, nessuna dimostrazione di danno sarebbe necessaria, risiedendo questo nella violazione stessa, e tanto meno una dimostrazione specifica e "tipica". La (mancata) premessa avrebbe tuttavia portato a concludere, come la Corte Interamericana ha fatto anche in sede conten-

ziosa [130], che il processo deve essere almeno parzialmente rifatto, in quanto viziato *ab initio* [131]. Di più, in applicazione della nozione di vittima e di vittima potenziale, tutti i processi pendenti e futuri con identico vizio si sarebbero trovati in situazione di pericolo.

La costruzione della necessità della prova del danno che, secondo la prassi ormai da tempo accreditata, può essere raggiunta superando positivamente un triplice *test* fondato su presunzioni semplici [132], non acquista tuttavia per questo legittimità concettuale: essa traspone infatti *de plano* al diritto interno e ai rapporti Stato/individuo la figura dell'illecito aquiliano disegnata dalla CIG nei rapporti Stato/Stato, senza darsi carico del fatto che la conseguenza che ne deriva è assurda: il diritto internazionale può essere impunemente violato dallo Stato nei confronti dei sottoposti alla sua giurisdizione, se non ne consegua un danno dimostrato.

All'Opinione dissidente manca inoltre la coerenza logica mostrata nel recente caso *Jogi* dalla *Court of Appeal* del 7° *Circuit* [133] la quale, -conseguentemente alla premessa per la quale non esiste nel diritto interno al-

---

[130] Si veda per tutti la decisione resa nel caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, sentenza C 52 del 30 maggio 1999.

[131] Salvo aver poi il problema di decidere quale materiale probatorio raccolto nel "vecchio" processo potrebbe essere utilizzato (o non utilizzato) nel secondo. Su questo punto, si veda ancora la giurisprudenza della Corte Interamericana, e segnatamente la sentenza C 119 del 25 novembre 2004 relativa al caso *Lori Berenson Mejía c. Perú* e l'opinione Dissidente Medina Quiroga.

[132] Bishop, *cit*., p. 58ss: «In order to show actual prejudice due to an alleged deprivation of notification due under the Vienna Convention, a defendant must show (1) that he did not know of his right to consular assistance; (2) that he would have availed himself of that right; and (3) that there was a likelihood that the contact with the consul would have resulted in assistance to him».

[133] «In 1995, Tejpaul Jogi, a citizen of India residing in the United States, was charged with aggravated battery with a firearm in Champaign County, Illinois. Although investigators were aware of Jogi's Indian citizenship, he was never informed of his right to contact the Indian consulate for legal assistance. Nor is there any hint that the Champaign County law enforcement officials ever contacted the Indian consulate on their own initiative on Jogi's behalf. After pleading guilty, serving six years of his twelve-year sentence, and being removed to India, Jogi filed a pro se complaint in federal court, seeking compensatory, nominal, and punitive damages against county officials. Jogi's complaint relies on the Alien Tort Statute». A commento della sentenza, si veda J. R. Crook, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: State Diplomatic and Consular Relations: Seventh Circuit Allows Suit Seeking Damages for Lack of Consular Notification*, 100 *American Jn'l of Int'l Law*, 2006, p. 217ss.

cun "rimedio" per l'illecito [134] commesso dallo Stato nei confronti dello straniero-, ha sancito il diritto della "vittima" un risarcimento monetario, rimesso poi per la quantificazione alla corte di primo grado. «*The language and negotiation history of Article 36 are unambiguous and the treaty established an individual right of consular notification. Because the Convention mentioned no particular enforcement measures, Article 36's directive that a signatory's laws must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under the Article are intended, is of particular importance: in the absence of any administrative remedy or other alternative to measures (such as suppression of evidence), a damages action is the only avenue left. This remedy must be available if the United States is to remain consistent with other signatories*» [135].

Allo stato attuale delle cose, agli stranieri che per una qualsiasi ragione si trovino anche momentaneamente privati della libertà personale non resta dunque che puntare non certo sull'ultima sentenza texana *in re Medellín*, quasi sicuramente negativa, quanto sul ricorso che inevitabilmente ne scaturirà alla Corte Suprema, che ha chiaramente mostrato di attenderselo, cioè in un ripensamento di questa. La tematica giuridica sarà tuttavia, allora, più complessa, essendo più che ragionevole immaginare che vi sarà compreso anche il problema della legittimità costituzionale del *Memorandum* Bush.

Speriamo bene..., ma l'Aja e San José sembrano ormai tanto lontane.

6. Post factum

Nelle more della pubblicazione di questo scritto [136], l'*American Society of International Law* ha reso noto l'esito del giudizio della Texas Criminal Court sulla domanda di *writ of habeas corpus* proposta da *José Medellín Rojas* [137].

---

[134] Anche se la Corte aggiunge che «We need not to decide whether a violation of Article 36 is best characterized as a tort or a regulatory violation».

[135] Deck Harrill, cit., p. 571, sottolinea non senza desolante fondatezza che «Violations of the Vienna Convention are costless to those committing the violations, and non-compliance in the United States will continue unless and until costs are imposed on willful violators».

[136] Cfr. F.L. Kirgis, *The Texas Court of Criminal Appeals Decides Medellin's Consular Convention Case, ASIL Insight*, Volume 10, Issue 32, December 8, 2006. Il verdetto è stato pronunziato il 15 novembre 2006.

[137] Cfr. *supra*, p. 45.

Come era da attendersi, la corte ha negato all'unanimità ogni possibile forma di revisione del processo e/o della condanna, affermando che "*the ICJ Avena decision and the Presidential memorandum do not constitute binding federal law that could preempt a Texas statute limiting the availability of habeas corpus relief*".

Sul primo punto, il tribunale richiama la pronunzia della Suprema Corte qui sopra commentata e se ne avvale per ribadire che "*claims under Article 36 of the Vienna Convention may be subjected to the same procedural default rules that apply generally to other federal-law claims*" e che alla decisione resa dalla CIG in *Avena* può al più attribuirsi "*respectful consideration*": primo effetto perverso della prevalenza del diritto interno sul diritto internazionale riaffermata dalla massima autorità giurisdizionale del Paese [138].

Quanto al secondo punto, ben più estesamente trattato, il tribunale [139], dopo aver sottolineato che il *Memorandum* Bush "*is unprecedented*", si è diviso: alcuni giudici hanno affermato che il Presidente -ordinando alle corti di dare esecuzione alle statuizioni della CIG contenute in *Avena*- ha ecceduto "*his constitutional authority by intruding into the independent powers of the judiciary*", poiché egli non può "*dictate to the judiciary what law to apply or how to interpret the applicable law*" [140]; altri hanno invece sostenuto che la natura formale dell'atto presidenziale ne impedisce comunque la primazia rispetto alle leggi. Come che sia, la decisione internazionale è stata nuovamente disattesa *in toto*, la posta in gioco essendo infatti l'iniqua applicazione ad oltranza della regola della decadenza processuale.

Anche l'estensore della nota informativa dell'*ASIL* dà per certo che

---

[138] La nota dell'*ASIL* pone correttamente in evidenza che, essendo *Medellín* uno dei messicani direttamente toccati da *Avena*, "under Articles 59 and 60 of the ICJ Statute, the ICJ's decisions have binding force as a matter of international law as between the parties to the specific case it has decided".

[139] Contro il parere del governo federale, intervenuto come *amicus curiae*.

[140] "When issuing the February 28, 2005, memorandum", aggiunge il tribunale, "the President's authority was not at its maximum because the President did not act pursuant to an express or implied authorization of Congress...Based on the foregoing, we hold that the President's memorandum ordering us to give effect to the ICJ Avena decision cannot be sustained under the express or implied constitutional powers of the President relied on by Medellín and the United States or under any power granted to the President by an act of Congress cited by Medellín and the United States. As such, the President has violated the separation of powers doctrine by intruding into the domain of the judiciary, and therefore, Medellín cannot show that the President's memorandum preempts Section 5".

Medellín Rojas radicherà prontamente presso la Corte Suprema una nuova azione, volta ad ottenere un altro (secondo) *writ of certiorari* e che dunque "la palla" ritornerà nelle mani dei più alti giudici del Paese. Quale sarà il giudizio che ne potrà scaturire, è difficile dire oggi. Se *Medellín Rojas* non fosse rinchiuso nel braccio della morte, si potrebbe dire: "e la storia continua".

SABINO CASSESE

FEDERALISMI E REGIONALISMI

SOMMARIO : 1. Varietà di federalismi; 2. I tre principi del federalismo; 3. I diversi tipi di regionalismo; 4. L'Italia: uno sviluppo "in itinere"; 5. Intoppi e difficoltà

1. *Varietà di federalismi*

Secondo una valutazione pubblicata dalla rivista "Publius", che si dedica da 30 anni allo studio del federalismo, nel mondo vi sono 350 Stati con una struttura federale, mentre altri 180 hanno caratteristiche unitarie. Il 40% della popolazione mondiale fa parte di ordinamenti politici con strutture federali.

Ma, con il diffondersi del federalismo, questa geniale invenzione americana della fine del '700, si è andata diversificando, per cui, oggi, il termine ha una grande varietà di significati.

Per porre rimedio alla polisemia della parola federalismo, si usa, ora, accompagnare il sostantivo con un aggettivo. Si parla, dunque, di federalismo interno, per riferirsi a Stati che assumono strutture federali e di federalismo esterno, per indicare più Stati che si uniscono in un ordinamento superiore (è il caso dell'Unione europea e del Mercosur). Si parla di federalismo territoriale, per riferirsi alla distribuzione dei poteri sul territorio, e di federalismo culturale, quale quello introdotto, ad esempio, in Belgio con la divisione del Paese in fiamminghi, valloni ed abitanti della regione di Bruxelles. Si parla di federalismo per aggregazione per riferirsi, ad esempio, all'esperienza realizzatasi in Germania nel corso dell'800, contrapponendolo al federalismo per disaggregazione. Si parla di federalismo cooperativo, per indicare i rapporti pattizi o contrattuali che vengono a stabilirsi tra governo centrale e governi decentrati, nell'ambito della struttura federale. Si adopera il termine federalismo associativo per l'ipotesi quando sulla struttura federale vengono

ad inserirsi accordi multilaterali tra i diversi enti (è il caso dei "Gemeinschaftsaufgaben" tedeschi). Si usa l'espressione federalismo fiscale, per indicare l'attribuzione di larghi poteri impositivi autonomi agli organismi decentrati.

Accanto a queste specie di federalismo, che si sono sviluppate nell'esperienza concreta dopo il 1878, vi sono, poi, i modelli elaborati dagli studiosi: vi è, dunque, un federalismo della scuola economica, uno della scuola politica, vi è il federalismo neoistituzionalista, ecc.

Come può notarsi, quindi, l'espressione federalismo, dopo due secoli di vita, ha cominciato a mostrare i segni di una certa usura, per cui presenta scarso rigore scientifico. Per questo motivo, oggi, si può dire che il federalismo è un "genus", al quale appartengono diverse specie. A queste specie ci si riferisce quando si accompagna il sostantivo con un aggettivo che serva a qualificarlo.

2. *I tre principi del federalismo*

Per evitare la confusione delle lingue che l'espressione federalismo produce, provo, innanzitutto, a riassumerne i principi fondamentali, quelli comuni a tutte le specie. Essi sono tre.

Il primo è quello della separazione delle materie e della attribuzione al centro, da parte della Costituzione, di competenze determinate. Le competenze degli Stati federati, invece, non sono elencate. La conseguenza di questo riparto di attribuzioni è semplice: il potere centrale, costituito dallo Stato federale, ha solo i compiti espressamente attribuiti ad esso. Gli Stati federati, invece, sono liberi di spaziare in tutti gli altri settori, perchè hanno le competenze residuali. Unica eccezione è quella delle materie – che sono, di regola, poche – nelle quali vi è competenza concorrente, perchè Stati e governi federali possono ambedue intervenire.

Il secondo principio del federalismo è opposto al primo: partecipazione dei due livelli di governo nell'esercizio dei poteri. Negli Stati federali, al centro, sono, infatti, rappresentate non solo le istanze del popolo, ma anche quelle degli Stati federali. Ad esempio, in America, accanto alla Camera dei rappresentanti, vi è il Senato con una partecipazione paritaria, per cui ogni Stato è rappresentato da due senatori, indipendentemente dalla sua dimensione. In Germania, accanto alla Dieta federale, vi è il

Consiglio federale dove sono rappresentati i "Laender": ogni "Land" ha tre rappresentanti; ma i "Laender" con più di 2 milioni di abitanti hanno 4 rappresentanti, quelli con più di 6 milioni di abitanti cinque e quelli con più di 7 milioni di abitanti sei. In un modo o in un altro, la rappresentanza nazionale degli Stati serve non solo a far sentire la voce di questi ultimi presso il governo centrale, ma anche a tenere il potere federale sotto controllo.

Il terzo principio di federalismo è quello dell'arbitrato tra Stati e governo federale. La risoluzione dei conflitti tra l'uno e l'altro è attribuita ad un'autorità centrale neutrale, posta in una posizione di indipendenza, come la Corte suprema degli Stati Uniti d'America o la Corte costituzionale tedesca.

3. *I diversi tipi di regionalismo*

Il regionalismo si differenzia dal federalismo per il suo aspetto genetico. Ma, poi, federalismo ed alcuni tipi di regionalismo finiscono per confluire in un unico genere.

Il regionalismo si afferma, con denominazioni diverse, in Stati unitari, quali Italia, Spagna, Francia e Regno Unito. Non può dirsi lo stesso della Germania perché questa, nonostante il forte accentramento, ha sempre avuto e conservato una struttura quasi federale.

Il regionalismo nasce, dunque, per una esigenza, propria degli Stati unitari accentrati, di decentramento in area vasta, per l'insufficienza dei livelli di base, quali comuni e province.

All'interno della famiglia degli Stati regionalizzati, si producono, però, due fratture, tra Stati con regioni dotate di potestà legislativa (come in Italia) e Stati con regioni esclusivamente amministrative (come in Francia); e tra Stati con regioni ordinarie e diffuse su tutto il territorio (così Italia, Francia e Spagna) e Stati con regioni differenziate e riconosciute solo in alcune parti del territorio (ad esempio, Scozia e Galles nel Regno Unito).

Gli Stati con regioni dotate di potestà legislative e diffuse su tutto il territorio, nonostante la diversa genesi, tendono a confluire nel modello federale.

Dunque, non solo esistono diversi tipi di regionalismo. Ma alcuni di questi non si differenziano dal federalismo.

4. *L'Italia: uno sviluppo "in itinere"*

L'Italia si trova in una fase di transizione.

Dopo quasi cento anni di discussioni, la Costituzione del 1948 scelse il modello regionale. Ma per l'attuazione si dovette aspettare il 1970 (elezione dei primi consigli regionali) e per i trasferimenti di funzioni statali il 1972, il 1977 e il 1997 (date dei tre trasferimenti).

Nel 2001 la Costituzione è stata modificata, introducendo il primo dei tre tratti caratteristici del federalismo: allo Stato è assegnata la funzione legislativa (esclusiva o concorrente con quella regionale) per un numero limitato di materie. Le altre, residue, sono assegnate alle regioni. Tuttavia, da un lato, lo Stato può sostituirsi alle regioni per tutelare l'unità giuridica e quella economica; dall'altro, le funzioni amministrative sono assegnate in via principale ai comuni e solo se occorre assicurare l'esercizio unitario, sono conferite a province, regioni e Stato.

Del nuovo disegno è stata avviata ora l'attuazione con la l. n. 131 del 2003. Questa delega il governo a stabilire sia i principi fondamentali per l'esercizio della funzione legislativa concorrente regionale, sia le funzioni fondamentali dei comuni, delle province e delle città metropolitane; e stabilisce le procedure per la partecipazione regionale all'attività comunitaria e internazionale, per il conferimento delle funzioni amministrative alle regioni e per l'esercizio del potere sostitutivo statale. L'attuazione spetta allo Stato, ma con il parere o l'intesa della Conferenza Stato – regioni o di quella unificata.

Gli altri due tratti del federalismo sono delineati dal disegno di legge costituzionale del governo, di ulteriore modifica della seconda parte della Costituzione.

Questo, oltre ad attribuire la funzione legislativa esclusiva alle regioni in ulteriori materie (assistenza e organizzazione sanitaria, organizzazione scolastica e polizia locale), istituisce un Senato federale eletto su base regionale e composto di persone elette tra chi abbia avuto o abbia cariche pubbliche elettive in enti territoriali locali o regionali, all'interno della regione, o sia stato eletto senatore o deputato nella regione. Al Senato è assegnata principalmente la funzione di stabilire i principi per la legislazione concorrente regionale, di rinviare leggi regionali e di dare il parere per l'annullamento di leggi regionali e per lo scioglimento di consigli regionali.

Il terzo tratto è presente nella modificazione della composizione della Corte costituzionale, che risulterebbe composta per un terzo da giudici eletti dal Senato federale.

5. *Intoppi e difficoltà*

Avremo una Repubblica migliore se e quando sarà attuato questo disegno? Certamente no, se non si terrà conto di altre importanti variabili, che si elencano rapidamente.

In primo luogo, la permanenza di una struttura binaria, in parte statale, in parte regionale, per cui in ogni regione vi sono uffici statali e uffici regionali.

In secondo luogo, la debolezza amministrativa regionale. Le regioni recano il segno della loro origine composita e del reclutamento del personale secondo criteri diversi dal merito. Solo in pochi casi esse hanno toccato la soglia dell'efficienza.

In terzo luogo, le troppe procedure ascendenti e discendenti, che costringono sia lo Stato, sia le regioni nella "trappola della decisione congiunta".

STEFANO CECCANTI

FEDERALISMO E FORME DI GOVERNO.

L'inopportunità delle differenziazioni di modello. Le buone (e persistenti) ragioni della legge costituzionale 1/1999.

SOMMARIO
Premessa. Il perché del sottotitolo con le due tesi; 1. Il "mimetismo istituzionale" delle forme di governo negli Stati decentrati: la differenziazione non è una virtù; 2. Il disegno di legge governativo: una saldatura sbagliata tra federalismo e forma di governo nazionale; 3. Le due linee di attacco alla forma neo-parlamentare e le possibili modifiche per una "flessibilità compatibile" con essa; 4. Dove esercitare creativamente l'autonomia; 5. Conclusione: le statue di sale, ovvero la nostalgia dell'impotenza. Riferimenti bibliografici essenziali.

Premessa. Il perché del sottotitolo con le due tesi

Ho scelto di arricchire il chiaro titolo avalutativo assegnatomi ("Federalismo e forme di governo") con un sottotitolo che enuncia chiaramente le due tesi che sosterrò e che costituiscono del resto il centro di un lavoro che stavo preparando per la rivista "Quaderni Costituzionali". Sarebbe infatti inaccettabile perché elusivo riprodurre in questa sede tutta una serie di dettagli di carattere comparatistico e di ricostruzione della legge costituzionale n. 1/1999 [su cui, cfr. tra gli altri, Barbera 1999, Ceccanti 200, Fusaro 1997, 2002 e 2004, oltre ai testi oltre citati], evitando di spiegare le proprie ragioni (in contraddittorio con quelle di altri) sui due punti cardine del dibattito odierno costituzionalistico e politico. Cosa pensare infatti delle due principali scelte operate dalla 1/1999 (e confermate dalla 2/2001 per la maggioranza delle speciali), cioè la parziale differenziazione delle forme di governo (in una banda di oscillazione interna alla forma di governo parlamentare, come risulta dalla classificazione proposta in Ceccanti 2002) e al contempo la preferenza accordata in via transitoria e come soluzione standard a quella neo-parlamentare fondata su governi di legislatura tranne deroga in favore di forme parlamentari tendenti all'assemblearismo?

Dal mio punto di vista, come argomenterò, la differenziazione, pur

già inquadrata, è eccessiva perché, oltre a costituire un'anomalia comparatistica, rischia di danneggiare le regioni tradizionalmente più instabili alle prese con le nuove competenze successive alla riforma del Titolo Quinto, mentre le uniche eccezioni ben motivate sono quelle dell'Alto Adige e della Val D'Aosta per l'esistenza di fratture etnico-linguistiche. Pertanto, nonostante tutte le solide motivazioni su cui si appuntano varie critiche verso la legge 1/1999 per alcune sue rigidità [in ultimo si veda la puntuale esposizione di Di Giovine 2003], al di là di alcuni limitati correttivi che si possono introdurre, recedere dall'adozione del modello neoparlamentare, nelle condizioni odierne del sistema dei partiti, porterebbe fatalmente alla restaurazione di forme di assemblearismo, non a una via di mezzo equilibrata tra rigidità e flessibilità. Quella riforma, in astratto ben criticabile, è in realtà la risposta storica e concreta che consente la stabilità e l'efficienza dei governi, surrogando la attuale frammentazione di un sistema dei partiti a bipolarismo debole. Finché queste ultime caratteristiche non si modifichino, e sarà con tutta probabilità un cammino non breve, fare a meno delle stampelle istituzionali "neo-parlamentari", soprattutto del "simul stabunt simul cadent" significa cadere indietro nella transizione. Per di più a macchie di leopardo sul territorio. Credo, in sintonia con gli elettori del Friuli-Venezia Giulia, che quella strada non debba essere percorsa.

1. *Il "mimetismo istitituzionale" delle forme di governo negli Stati decentrati: la differenziazione non è una virtù*

Il rapporto tra federalismo e forme di governo, almeno in questa fase di stesura degli Statuti regionali, porta con sé anzitutto il problema del giudizio da dare sull'autonomia costituzionale in materia di forme di governo decentrate, su cui molto si è scritto nell'ultimo decennio, soprattutto in termini comparatistici, alla ricerca di analogie e differenze [da Mezzetti, Groppi e D'Ignazio 1991 a Lauvaux 1998 a Olivetti 2002, in quest'ultimo caso con bibliografia più che completa].

Eppure, alla fine della lettura di tutte le possibili differenze, non si può non cogliere il dato di fondo riassuntivo, segnalato da tutti gli autori, che incide sul nostro dibattito. Anche se l'analisi del diritto comparato non è di per sé automaticamente risolutiva, in quanto in materia istituzionale non c'è un divieto di inventare soluzioni "nuove", l'idea che il federalismo (o regionalismo forte) comporterebbe di per sé la scelta esclusiva (o almeno preferenziale) per la differenziazione della forma di governo

delle entità federate, non ha solidi riferimenti comparatistici in altri Paesi che abbiano un tipo di Stato marcatamente decentrato. Domina ovunque quello che è comunemente definito un "mimetismo istituzionale" rispetto alla forma di governo centrale:

- sia dove i vincoli siano già molto stringenti in Costituzione per contenuto (Austria, artt. da 95 a 106, ma ancor più Spagna 152.2 per le Comunità con accesso veloce all'autonomia per le quali è prevista "una assemblea legislativa eletta a suffragio universale secondo un sistema di rappresentanza proporzionale che assicuri, inoltre, la rappresentanza delle diverse zone del territorio; un Consiglio di governo con funzioni esecutive ed amministrative, e un Presidente, eletto dall'Assemblea tra i suoi membri e nominato dal Re, cui spetta la direzione del Consiglio di Governo, la suprema rappresentanza della Comunità e l'ordinaria rappresentanza dello Stato in essa. Il Presidente e i membri del Consiglio di Governo sono politicamente responsabili davanti all'Assemblea".;

- o anche solo per effetto della procedura di approvazione che passa spesso per il parlamento nazionale (Austria art. 99, Spagna art. 146, ma ancor più Belgio, art. 118, che rinvia a una legge speciale; quella vigente, del 16 luglio 1993, disciplina in modo dettagliatissimo le modalità di elezione e composizione delle assemblee e dei governi comunitari e regionali) spingendo di per sé a una notevole omogeneità;

- sia dove tali vincoli formali sono minori e dove l'omogeneità si è comunque imposta lo stesso (Usa, dove l'art. IV sez. IV vincola solo alla forma di governo repubblicana; Germania art. 28.1: "principi dello Stato di diritto, repubblicano, democratico e sociale" e esistenza di un'assemblea eletta a suffragio universale e diretto, con voto libero, segreto ed eguale; Spagna per le Comunità con accesso lento di cui all'art. 143).

Per questo, nei più solidi contributi, anche stranieri, di diritto pubblico comparato, si parla di "forte somiglianza tra le strutture regionali e centrali" dovuta alle norme e ancor più perché "il gioco dei partiti politici viene a rinforzare e a confermare tali tendenze" [Grewe-Ruiz Fabri 1995, 1995, 334 s.], di "mimetismo", "omogeneità" per "principi strutturali...applicazione...successivo sviluppo" [Ruiz-Rico Ruiz 1996, 387 s.].

Il ragionamento sull'indiscutibile mimetismo sarebbe però incompleto se non si parlasse anche dei suoi esiti concreti, cioè il consolidarsi anche a livello di Stati federati e di Regioni della logica del Governo di legislatura, con "elezione praticamente diretta" del capo del governo, in cui i consiglieri (o deputati) regionali sono eletti come "epifenomeno di una elezione presidenziale" [Solé Tura 1985, 282]

È solo un caso che sia così? Ciò non ha forse a che vedere con le

clausole esigenti che, al di là delle differenziazioni, impongono una garanzia dell'uguaglianza nei diritti su tutto il territorio (Germania 72.2, Spagna 149.1.1)? Le grandi finalità delle Costituzioni dello Stato sociale si potrebbero garantire con strutture costituzionali regionali del tutto diverse e con sistemi di partito radicalmente diversi tra una Regione e l'altra?

In questa consapevolezza (anche comparatistica), la Corte costituzionale (sentenza 304/2002) ha interpretato in senso forte il riferimento all'"armonia con la Costituzione" a cui l'art. 121 Cost. come modificato dalla legge cost. 1/1999, vincola gli Statuti. Esso, dice la Corte, «rinsalda l'esigenza di puntuale rispetto di ogni disposizione della Costituzione, poiché mira non solo ad evitare il contrasto con le singole previsioni di questa, dal quale non può certo generarsi armonia, ma anche a scongiurare il pericolo che lo Statuto, pur rispettoso della lettera della Costituzione, ne eluda lo spirito». Silvio Gambino ha recentemente chiosato in modo esemplare questo riferimento forte all'"armonia", mostrandone i significati profondi, tra cui l'opposizione alle "minacce recessive" aventi "conseguenze particolarmente problematiche ai fini della garanzia della cittadinanza unitaria e sociale" [2003, 7], anche se poi, a mio modesto avviso, incoerentemente con tali premesse, ha riproposto a conclusione del suo ragionamento un convinto sostegno alle ragioni costituzionali e politiche della forma di governo del nuovo Statuto calabrese.

Delle due l'una: o si propende per una visione forte dell'"armonia" e allora si sostiene una sostanziale uniformità delle forme di governo (la deroga dal modello neo-parlamentare non significa che lo Statuto assuma valore costituzionale, ma è semplicemente la Costituzione stessa che si auto-limita, lasciando allo Statuto uno spazio) oppure se ne propone una più debole e allora diventa ben difendibile un'ampia differenziazione (come ha più volte coerentemente sostenuto, tra gli altri, Beniamino Caravita; resto dissenziente sulle sue premesse, ma vi vedo una ferrea logica). Non c'è spinta alla persistenza di un'unità politica reale, se gli incentivi istituzionali (in particolare, norme sulle forme di governo e sistemi elettorali) provocano esiti difformi sul territorio. Come scrive Barbera "è cosa buona e giusta auspicare partiti organizzati su basi federali, ma non sarebbe altrettanto auspicabile assecondare il declino dell'organizzazione nazionale dei soggetti politici" [1999, 573]. La differenziazione nuoce anche ad uno dei maggiori pregi degli assetti decentrati, di cui gli altri Paesi non vogliono giustamente fare a meno: l'esigenza di comparare l'operato di Governi regionali diversi per verificare in modo sperimentale l'effi-

cacia di varie soluzioni politiche, magari successivamente riprese su più larga scala, richiedono come pre-condizione proprio l'omogeneità di forme di governo e competenze legislative. Per comparare gli elementi variabili, le politiche, occorre disporre di invarianti, di costanti strutturali, di modo che le valutazioni possano isolare bene le cause della riuscita o del fallimento di alcune scelte.

In realtà il motivo principale che spinge vari Autori, pur ben consapevoli di questi dati comparatistici, ad appoggiare in questa fase le tendenze alla differenziazione delle forme di governo non ha a che vedere col federalismo, ma con i timori per la transizione della forma di governo nazionale, per le anomalie legate al "fattore B". Silvio Gambino, con grande onestà intellettuale, lo dichiara esplicitamente, ma anche Leopoldo Elia, sia pure in modo più sfumato, non come motivazione più importante, si muove in questa chiave nell'introduzione al libro di Marco Olivetti, parlando dell'esigenza di "rendere più avveduto il corpo elettorale nella scelta, a livello nazionale" sul futuro della forma di governo [Elia 2002, XIV]. Posizioni queste che, al di là del diverso giudizio che si può avere sulla prognosi del sistema nazionale e sulle conseguenti diagnosi per superare le indubbie anomalie (il consenso a un Premier in conflitto di interessi non è un surrogato anomalo a prerogative costituzionali dimostratesi deboli nella legislatura precedente? Non si supera proprio con quelle, con una nuova fisiologia di sistema?) rischia di produrre una seria eterogenesi dei fini. Infatti non mi sembra che vi sia ombra di dubbio sul fatto che nella legislatura nazionale in corso il principale contropotere istituzionale del Governo in carica sia stato rappresentato proprio dai Presidenti delle Giunte e dalla loro Conferenza: mi permetto quindi di segnalare che l'indebolimento della loro stabilità ed efficienza non comporta di per sé nessuna conseguenza immediata sulle riforme relative alla forma nazionale e finisce invece per indebolire una garanzia pluralistica del sistema.

Il timore per il "fattore B" è aumentato e ha coinvolto molti altri studiosi dopo le elezioni politiche del 2001, ma era in realtà la vera motivazione anche nel 1999 per l'inserimento di quella limitata possibilità di derogare dalla forma neo-parlamentare. Essa si era infatti poggiata non tanto su riflessioni comparatistiche, o su una generica propensione federalistica (altrimenti i medesimi sostenitori si sarebbero coerentemente mossi anche per una radicale modifica della composizione della seconda Camera in senso analogo ad altri ordinamenti, a cominciare da quello tedesco su cui cfr. Lanchester 2002), ma su una valutazione politica nazio-

nale, di per sé del tutto legittima: chi riteneva per varie ragioni che il bipolarismo in via di consolidamento non meritasse di essere stabilizzato ha cercato di ottenere una parziale garanzia di possibile ritorno indietro da quel modello. Quella che Barbera ha chiamato la speranza "di trovare qualche periferica Vandea" disposta a resistere alla transizione al maggioritario [1999, 573].

Analoghe considerazioni portano ad escludere con decisione un'altra scelta di declinazione dell'autonomia statutaria oggi esclusa dalla 1/1999 che, in una logica presidenziale, terrebbe ferma l'elezione diretta ma che vorrebbe poter eliminare il rapporto fiduciario prescritto come obbligatorio. Già nel contesto statunitense quella forma di governo, associata peraltro a un sistema maggioritario integrale per il legislativo, si presta a critiche di efficienza (nascosta a molti osservatori esterni dall'importanza geopolitica del Paese) e di irresponsabilità [Fabbrini 1993], la sua trasposizione in un contesto italiano già intriso di storia assemblearistica ci porterebbe sicuramente a stalli (anche perché c'è molta meno materia su cui negoziare) e micro-consociativismi di ogni genere, solo apparentemente temperati dall'inamovibilità del Presidente eletto. Sarebbe per di più gravemente errato ignorare l'insegnamento che ci proviene in questi anni dalla crisi delle forme di governo consociative che fuori dall'Italia, portando la consociazione a livello di coinvolgimento diretto di Governo dei vertici delle principali forze politiche, avevano sì realizzato una certa stabilità di Governo, ma con deboli capacità decisionali e con difficoltà ad imputare precise responsabilità. Qualche settimana fa è andata in crisi la "formula magica" del modello direttoriale svizzero, ma negli anni precedenti la crisi delle grandi coalizioni belghe, olandesi e austriache, con l'emergere di spinte populiste, ha segnato l'indubbia crisi di un modello.

In fondo l'originalità dell'Italia consiste nella simultaneità della transizione tra forma di governo e tipo di Stato, ma ciò non toglie che negli altri Paesi non si siano prodotte dinamiche simili: i Paesi già stabilmente maggioritari hanno visto emergere una possente spinta regionalista nella Costituzione per temperare verticalmente il maggioritario senza annullarlo (Francia, Inghilterra); i Paesi a base proporzionalistico-consociativa tradizionalmente decentrati hanno sentito il bisogno di una forma di governo nazionale dalle responsabilità più chiaramente imputabili.

Sarebbe sciocco derogare a questa spinta omogeneizzante del rendimento delle forme di governo e dei tipi di Stato, che è evidentemente influenzato anche dal comune processo costituente europeo, con terapie anomale.

2. *Il disegno di legge governativo: una saldatura sbagliata tra federalismo e forma di governo nazionale*

L'intreccio della doppia transizione (delle forme di governo e del tipo di Stato) presenta anche un altro problema connesso col nostro tema e già accennato, quello del rapporto tra forma di governo nazionale e federalismo attraverso la seconda Camera. Qui il rischio del recente disegno di legge del governo (atto Senato n. 2544 del 17 ottobre scorso) è il blocco della forma di governo nazionale per un'immissione errata di istanze federaliste, dovuta alle competenze mal congegnate di Camera e Senato. Il nuovo Senato, infatti, che viene denominato "federale" senza incidere sul sistema di elezione, se non per introdurre un'inopportuna costituzionalizzazione della proporzionale, perde sì il potere di fiducia ma mantiene un ampio ambito di legislazione paritaria e ne vede introdotto un altro, quanto mai, qualificante, di sua prevalenza, quello attinente ai princìpi della legislazione concorrente. Occorrerebbe comunque introdurre un'eventuale lettura finale su richiesta del Presidente del Consiglio, in seguito a deliberazione del Consiglio dei ministri, per non espropriare la maggioranza parlamentare, titolare di un mandato elettorale, dell'incidenza su materie delicatissime di indirizzo politico quali sono senza ombra dubbio i principi della legislazione concorrente. Sarebbe ben strano un Paese che, sulla base delle proposte dei "saggi", non a caso tutti senatori, recepite poi dal Governo, assomigliasse per metà all'Inghilterra, con campagne elettorali in cui si dà un mandato politico a una maggioranza e a un Premier per alcuni temi, quelli che riguardano nel nostro caso le materie di competenza esclusiva dello Stato, e per un'altra metà al governo diviso statunitense, in cui si vota per altri temi, nel nostro caso per i princìpi fondamentali delle materie di legislazione concorrente, dalla scuola alla sanità alla politica energetica, in modo svincolato da un Governo, da una qualsivoglia maggioranza, solo per una lista di partito comprendente candidati senatori.

Se quindi, nel punto precedente, si è paventato il rischio che la differenziazione possa essere un cavallo di Troia contro la stabilità e l'efficienza delle Giunte regionali, diminuendo la forza di un contropotere verticale al Governo nazionale, qui il pericolo è logicamente inverso, quello di un inaccettabile indebolimento del Governo nazionale in nome di un federalismo errato (non a caso, anche qui, del tutto inedito in termini comparatistici).

3. *Le due linee di attacco alla forma neo-parlamentare e le possibili modifiche per una "flessibilità compatibile" con essa*

Ci sono state due linee di attacco alla forma di governo neoparlamentare introdotta con la legge costituzionale 1/1999 per le Regioni ordinarie e con la 2/2001 per alcune delle Speciali. La prima si è manifestata in modo esplicito e a suo modo coerente con la scelta del centrodestra friulano (insieme a Rifondazione Comunista) di regredire dall'elezione diretta. La sua sconfitta elettorale nel referendum l'ha resa sostanzialmente impercorribile. La seconda linea, anticipata dalla riforma stralcio delle Marche, prontamente censurata dalla Corte costituzionale, ed ora riproposta più organicamente dalla Calabria, è invece indiretta. Non entro qui sulla disputa relativa alla costituzionalità, su cui mi sono già espresso più volte in senso negativo. Entro invece nel merito: per un verso si ripropone una elezione diretta (con vincolo di mandato ai consiglieri pena lo scioglimento automatico) obiettivamente come cortina fumogena per l'eventuale referendum oppositivo, per ottenere i consensi dei cittadini che certo non sarebbero contenti della privazione del diritto di scegliere direttamente i propri governanti regionali; per altro verso si depotenzia il Presidente togliendogli il decisivo deterrente dello scioglimento e spingendolo così a galleggiare in una stabilità inefficiente o, prima o poi, a dimettersi mentre alle sue spalle è già pronto il suo rivale istituzionale, non il Capo dell'Opposizione, come nei Paesi normali, ma il suo Vice-Presidente che disporrebbe invece di quel potere. Peraltro di Presidenti solo indicati e poi "ribaltati" è già piena la storia, anche della Calabria nella legislatura 1995-2000, prima dell'elezione diretta. Per di più che lo scioglimento sia un deterrente e non un potere di uso leggero e sconsiderato ce lo dice non solo la teoria o l'esperienza costituzionale secolare o più recente di molte democrazie parlamentari, ma in modo più ravvicinato l'esperienza di tutte (!) e quindici le Regioni ordinarie nonché quella della Sicilia, unica tra le Speciali in cui è andata già a regime e in cui le elezioni si sono svolte già da un certo tempo. Si conferma alla lettera quanto già sosteneva Bagehot per l'Inghilterra nel 1867, che cioè è il timore dello scioglimento "il segreto che tiene insieme i partiti... L'efficienza di un'assemblea richiede una solida massa di voti stabili; e questi vengono *raccolti* attraverso il legame di deferenza verso un individuo particolare, o attraverso la fede nei principi che quest'individuo rappresenta. Sentimenti che sono *mantenuti in vita* dalla paura che se si vota contro si potrebbe presto non ricevere più alcun voto per se stessi" [1995, 150; ed. or. 1867].

Al di là degli Statuti, c'è qualcosa che possa fare il legislatore nazionale per modificare la legge 1/1999, senza modificare il cuore del sistema, la connessione tra elezione diretta e potere di scioglimento (cioè senza toccare l'automatismo dimissioni-elezioni anticipate)? La critica all'eccessiva rigidità per i casi di elezioni anticipate ove ricorrano morte o impedimento permanente ha un suo fondamento: il passaggio di livello dagli enti locali alle Regioni è anche un passaggio qualitativo che può suggerire una dose maggiore di flessibilità. Si potrebbe quindi in tali casi prevedere entro breve tempo, in alternativa al voto anticipato, l'elezione consiliare di un nuovo Presidente "sulla base dei risultati elettorali", quindi dentro e da parte di una maggioranza sostanzialmente non modificata. In caso di violazione di tale norma ricorrerebbe lo scioglimento presidenziale previsto dall'art. 126.1 per atti contrari alla Costituzione. Vi è poi una terza tipologia, quella di eventuali incompatibilità sopravvenute. Mi sembra che qui, però, si debbano prendere in considerazione solo quelle particolari incompatibilità che possano derivare da uno svolgimento altamente positivo del proprio ruolo, per cui il Presidente eletto possa essere chiamato a un ruolo rilevante di Governo ad un livello superiore, di ministro o di commissario europeo. Vi è certo l'impegno preso con gli elettori e questo non può essere facilmente accantonato, al punto da consentire in ogni momento un tale passaggio. Questa esigenza può trovare soluzione insieme alla questione del tetto ai mandati consecutivi. È infatti più che ragionevole che il tetto del doppio mandato sia esteso ai Presidenti di Regione, anziché eliminato per sindaci e presidenti di provincia: la concentrazione obiettiva di potere, necessaria perché le responsabilità siano imputabili da parte degli elettori, si giustifica tanto più quanto è limitata nel tempo. Conseguentemente si può prevedere che superata la metà della seconda legislatura il Presidente nominato ad uno di tali incarichi decada con l'elezione consiliare di un successore "sulla base dei risultati elettorali". Queste tre innovazioni introdurrebbero una "flessibilità compatibile" col modello e, a quel punto, potrebbero essere completate dall'eliminazione della possibilità di derogare all'elezione diretta. In fondo le competenze legislative sono identiche e le condizioni socio-culturali soggiacenti lo sono anch'esse. Solo in Val d'Aosta e in Provincia di Bolzano, come già accennato, sono presenti in modo significativo quelle fratture profonde di carattere etnico-linguistico che possono motivare, secondo le tradizionali riflessioni politologiche [Fabbrini 1994], assetti proporzionalistico-consociativi. Del resto già il fatto che la 1/1999 avesse presentato l'elezione diretta come la regola e la sua eliminazione come una deroga ci rivela che, come ha giustamente scritto il Paper del gruppo di lavoro di

Astrid coordinato da Franco Bassanini, l'elezione diretta "è la più coerente con le acquisizioni politico-istituzionali degli anni più recenti; ed anche, probabilmente, la più idonea per affrontare la notevole estensione dei compiti e delle responsabilità regionali derivante prima dalla riforma Bassanini e ora dalla attuazione del nuovo titolo V: nuovi compiti e nuove responsabilità ai quali sarebbe difficile far fronte senza governi regionali stabili e maggioranze coese... Se questo notevole ampliamento delle competenze regionali fosse stato introdotto senza la previa revisione della forma di governo, ben più gravi sarebbero state le preoccupazioni e le riserve, giacché si sarebbero trasferiti rilevanti poteri ad enti strutturalmente inidonei a gestirli" [2002, 9 s.].

Su questa medesima linea si è recentemente inserito il progetto di legge bipartisan Vizzini-Bassanini (Atto Senato n. 2556 del 28 ottobre) che per tutti Presidenti "scelti" dagli elettori (dizione tesa ad evitare possibili elusioni della logica dell'elezione diretta in corso di legislatura) conferma il "simul..simul", tranne che nei casi di morte, impedimento permanente e di cariche di governo prima citate, col possibile subentro del Vice-Presidente o di un membro del Consiglio. La logica è totalmente diversa da quella dello Statuto calabrese dove il Vice-Presidente può subentrare sempre in caso di dimissioni contribuendo all'instabilità anche solo con la minaccia della sostituzione. Tuttavia lascia perplessa l'assenza di un riferimento al mandato elettorale, ma soprattutto la possibilità che il subentro per dimissioni dovute all'assunzione di una carica di Governo possa sempre accadere, anche a inizio legislatura.

4. *Dove esercitare creativamente l'autonomia*

Se veramente si vogliono sperimentare nell'autonomia statutaria soluzioni innovative, in una gara virtuosa interna agli standard del neo-parlamentarismo, l'arco delle scelte su cui sono possibili più soluzioni è comunque molto ampio Astrid 2002, Fusaro 2004]. Mi limito qui a indicare solo tre priorità. Equilibrio significa anzitutto riconoscimento dell'Opposizione consiliare in quanto tale (e non solo di gruppi consiliari separati o di varie minoranze sostanzialmente equiparate), di suoi contropoteri, del relativo leader, secondo le modalità da tempo immaginate (anche se non ancora concretizzate) sul piano nazionale. In secondo luogo significa, senza ignorare in questo caso la possibilità di un certo grado di differenziazione dentro princìpi comuni, per le Regioni medie e grandi capovolgere la logica della norma transitoria (il cosiddetto Tatarellum)

che unifica le coalizioni nel listino regionale (dove invece la dimensione politica più generale potrebbe sfociare in liste di partito per un 60% dell'insieme) e le separa nella dimensione territoriale più vicina al cittadino che peraltro resta quella provinciale, troppo estesa (dove invece potrebbero meglio funzionare i collegi uninominali maggioritari per il restante 40%). Il bilanciamento sarebbe garantito dal rafforzamento delle coalizioni (60-40 invece di 80-20) e dalla maggiore capacità di rappresentanza politica generale degli eletti su base regionale (rispetto all'evanescenza dei listini, i cui eletti ho la sensazione almeno superficiale che siano spesso ignoti ai più) e di rappresentati su scala più ridotta (i collegi).

In terzo luogo occorrerebbe valorizzare il ruolo di minoranze diffuse attraverso lo strumento del referendum propositivo collegato all'iniziativa legislativa popolare: in caso di mancata presa in considerazione da parte del Consiglio regionale dopo un certo periodo di tempo con una nuova raccolta di firme (in quantità maggiore rispetto all'iniziativa) su alcune materie potrebbe essere indetto un referendum propositivo su quel testo, prevedendo quorum di partecipazione più ragionevoli rispetto a quello ex art. 75 della Costituzione che oggi, tra il calo fisiologico della partecipazione e l'astensionismo provocato, trasforma in un boomerang o in mero atto propagandistico la richiesta di consultazione, destinata a sicura sconfitta. È un contropotere troppo prezioso per farlo morire di mal di quorum.

5. *Conclusione: le statue di sale, ovvero la nostalgia dell'impotenza*

Se quanto affermato sopra è plausibile, bisogna allora richiamare l'atteggiamento mentale di fondo con cui porsi all'interno di una transizione che intreccia strettamente forma di governo e federalismo, compimento del maggioritario e dello Stato decentrato. C'è un testo biblico prezioso che ci parla del come vivere la transizione. Il libro della Genesi ci ricorda che Dio sceglie Lot e la sua famiglia, salvandoli dalla rovina della città: li invita a fidarsi di lui abbandonandola senza mai guardarsi indietro. Non era importante solo uscire, ma anche e soprattutto non farsi immobilizzare dalle preoccupazioni per ciò che si lasciava alle spalle. La moglie di Lot non ce la fa ad evitare di disobbedire e viene trasformata in una statua di sale. Minerale prezioso, ma così inservibile. La tentazione di non abbandonare fino in fondo ciò che si deve lasciare è così punita in una forma per certi versi paradossale, con la condanna all'immobilismo perpetuo. Sul completamento della transizione incombe prepotente il ri-

schio di fare la fine della moglie di Lot. Il guardarsi indietro verso la nostalgia oligarchica, che nega ai cittadini elettori la decisione sul Governo di legislatura. Quella che in anni più recenti Maurice Duverger, segnalando l'atteggiamento psicologico di parte della classe politica francese di fronte al disagio per le alternanze ripetute, per un gioco politico in cui gli elettori ridiscutono seccamente le collocazioni di governo e di opposizione, ha chiamato *la "nostalgia dell'impotenza"*.

Come ha quindi autorevolmente scritto un'autorità che c'entra qualcosa con quel testo biblico, la Consulta regionale per i problemi sociali e il lavoro, la Giustizia e la Pace della Conferenza Episcopale dell'Umbria, "le diverse tendenze volte ad indebolire la posizione del Presidente della Regione... ci pare che corrano il rischio di riportare indietro il dibattito istituzionale, abbandonando il tema della capacità di decisione dell'esecutivo che è, viceversa, una risorsa a vantaggio dell'efficienza e della trasparenza nei confronti degli elettori" [2002, 2].

Riferimenti bibliografici essenziali

ASTRID 2003, *Nuovi statuti e forme di governo delle regioni*, 25 marzo, Roma, paper; AVRIL, P. 1990, *Saggio sui partiti,* Giappichelli, Torino; ID. 1997, *Les conventions de la Constitution*, Puf, Paris; BAGEHOT, W. 1867, *The English Constitution*, trad. it. *La Costituzione inglese*, Il Mulino, Bologna, 1995; BARBERA, A. 1999, *La «elezione diretta» dei Presidenti delle Giunte regionali: meglio la soluzione transitoria?*, in "Quaderni costituzionali", n, 3, pp. 572 ss.; CARAVITA, B. 2002, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Giappichelli, Torino; CECCANTI, S. 1997, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Il Mulino, Bologna; ID. 2001 *La forma di governo regionale*, in *http://www.spbo.unibo.it/pais/ceccanti/dispense/gov_reg.html*; ID. 2002, *La forma di governo neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in "Quaderni costituzionali", n. 1/2002, pp. 107 ss.; ID. 2004 *L'elezione del Governo e lo scioglimento anticipato delle Camere nei Paesi dell'Unione europea*, in Ceccanti – Vassallo (a cura di) 2004, in corso di pubblicazione; CECCANTI, S. – VASSALLO, S. (a cura di) 2004 (in corso di pubblicazione), *Come chiudere la transizione. Cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, Il Mulino, Bologna; Conferenza Episcopale Umbra. Consulta regionale per i problemi sociali e il lavoro, la giustizia e la pace 2002, *Contributo per lo Statuto della Regione dell'Umbria (testo dattiloscritto)*; DI GIOVINE, A. 2003, *Appunto sulla cultura espressa dalla l. cost. n. 1 del 1999*, in *www.costituzionalismo.it* (29 settembre); D'IGNAZIO, G. 1991, *Il sistema elettorale degli stati e del governo locale negli Stati Uniti d'America*, in Gambino 1991 (a cura di), pp. 255 ss.; DUVERGER, M. 1951, *Les partis politiques,* Armand Colin, Paris; Id. 1974, *La monarchie républicaine*, Laffont, Paris; ELIA, L. 2002, *Prefazione* a Olivetti 2002, pp. XIII ss.; FABBRINI, S. 1993, *Il Presidenzialismo degli Stati Uniti*, Laterza, Roma-Bari; ID. 1994, *Quale democrazia. L'Italia e gli altri*¸Laterza, Roma-Bari; FUSARO, C. 1997, *La legge elettorale e la forma di governo regionale, in Saggi e materiali di diritto*

regionale, a cura di A. Barbera e L. Califano, Maggioli, Rimini, pp. 223 ss.; ID. 2002, *Le forme di governo regionali*, in C. Fusaro e M. Carli, *Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, pp. 37 ss.; ID. 2004, (in corso di pubblicazione), *Le riforme che hanno avuto successo. La forma di governo regionale: pregi e difetti di una soluzione che funziona* , in Ceccanti e Vassallo (a cura di) 2004, in corso di pubblicazione; GAMBINO, S. 2003, *Statuti regionali e 'armonia con la Costituzione. Brevi note sulla forma di governo prevista nello Statuto calabrese*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (5 settembre); GAMBINO, S. (a cura di) 1991, *Sistemi elettorali e governo locale. Modelli europei a confronto,* Edizioni delle autonomie, Roma; GAMBINO, S. – RUIZ-RICO RUIZ, G. (a cura di) 1996, *Forme di governo. Sistemi elettorali. Partiti politici: Spagna e Italia*, Maggioli, Rimini; GREWE, C. – RUIZ FABRI, H. 1995, *Droits constitutionnel européens,* Puf, Paris; GROPPI, T. 1991, *I sistemi elettorali a livello locale e autonomico in Spagna*, in Gambino 1991 (a cura di) *,* pp. 109 ss.; LANCHESTER, F. 2002, *Le Costtuzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Giuffré, Milano; LAUVAUX, P. 1994, *L'évolution des fonctions exécutives en Europe*, in AA. VV., *Les régimes politiques européens en perspective*, La Documentation Française, Paris, pp. 30 ss. ; ID. 1998, *Les grandes démocraties contemporaines*, Puf, Paris ; MEZZETTI, L. 1991, *Sistemi elettorali locali e forma di governo nella Repubblica federale tedesca*, in Gambino 1991 (a cura di), pp. 71 ss.; MORRONE, A. 2004, *Lo Stato regionale in trasformazione*, in Ceccanti-Vassallo (a cura di) 2004, in corso di pubblicazione; OLIVETTI, M. 2002, *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni*, Il Mulino, Bologna; RUIZ-RICO RUIZ, G. 1996, *La forma di governo regionale in Spagna*, in Gambino, S. – Ruiz-Rico Ruiz, G. (a cura di)*,* pp. 387 ss.; SOLÉ TURA, J. 1985, *Les Comunitats Autònomes coma sistemas semi-presidenciais*, in AA. VV., *El Govern a la Constituciò espanyola i als Estatuts d'autonomia*, pp. 277 ss.; VASSALLO, S. 2002, *Le giunte regionali in cerca di stabilità*, in *Il maggioritario regionale*, a cura di A. Chiaramonte e R. D'Alimonte, Il Mulino, Bologna pp. 59 ss.

TOMMASO EDOARDO FROSINI

FEDERALISMO E BICAMERALISMO

SOMMARIO:
1. *Premessa*. 2. *Bicameralismo differenziato e legislazione concorrente*. 3. *Come rappresentare le autonomie territoriali?* 4. *Il* Bundesrat*: da organo di rappresentanza dei* Laender *a Camera politica*. 5. *Bicameralismo e federalismo: la proposta italiana*. 6. *Una chiosa finale*.

1. *Premessa*

A fronte di una incertezza sulla qualificazione giuridica del federalismo corrisponde una certezza sull'organizzazione dello stesso, e cioè che tutti gli Stati più o meno federali, ovvero al loro interno significativamente decentrati, prevedono una seconda Camera composta dalla rappresentanza delle autonomie territoriali. A questo dato certo ci si arriva agevolmente per il tramite della ricerca comparatistica. Infatti, se si esamina la struttura del bicameralismo negli Stati federali si giunge alla conclusione che una delle due Camere del Parlamento è finalizzata a dare la rappresentanza agli enti territoriali, ovvero gli enti che hanno potestà legislativa. Le differenze, semmai, riguardano i criteri di scelta dei rappresentanti e le competenze ad essi assegnate.

In questa relazione vorrei provare a mettere a fuoco proprio questo aspetto relativo alla composizione e alle funzioni delle seconde Camere negli Stati federali; per poi svolgere un rapido esame del progetto di riforma del bicameralismo italiano, e vedere così se tale progetto si inscrive, oppure no, nell'ambito della struttura costituzionale dei sistemi federali.

2. *Bicameralismo differenziato e legislazione concorrente*

Prima però c'è una domanda alla quale occorre dare risposta. Quali sono le concrete esigenze che inducono le autonomie territoriali a vedersi rappresentate all'interno di una Camera parlamentare? Direi che l'esigen-

za è soprattutto una: collaborare, in vari modi e forme, alla definizione della legislazione condivisa, ovvero concorrente tra Stato e autonomie territoriali. Infatti, se vi fosse una legislazione nettamente ripartita, allora si potrebbe anche sostenere la non necessarietà di una Camera delle autonomie territoriali; perché queste ultime avrebbero assegnata la loro specifica competenza legislativa così come l'avrebbe altrettanto lo Stato, e non ci sarebbe bisogno di un incontro parlamentare tra i due soggetti. Salvo prevedere altre forme di incontro – per giuste esigenze di equilibrio costituzionale e nel rispetto del principio di collaborazione tra i livelli di governo – presso specifici organi, quale per esempio una sorta di conferenza unificata di tipo permanente. Il bicameralismo differenziato, con una Camera rappresentativa delle autonomie territoriali, è bene che ci sia soprattutto quando l'ordinamento costituzionale prevede una legislazione condivisa, ovvero concorrente fra Stato e autonomie territoriali. La conseguenza di questa affermazione è vedere fino a che punto la legislazione concorrente è intrinseca al federalismo. Perché se la risposta fosse negativa, allora verrebbe in dubbio l'esigenza di avere una Camera di rappresentanza delle autonomie territoriali, e verrebbe meno, sul piano teorico, l'equazione fra federalismo e bicameralismo differenziato.

Provo a spingermi ancora oltre. La Camera delle autonomie territoriali diventa tale non tanto e non solo perché è composta da rappresentanti degli enti decentrati, ma piuttosto per le funzioni che essa è chiamata a svolgere. La partecipazione al procedimento di formazione di alcune leggi è da ritenersi l'attività costituzionalmente più rilevante delle Camere delle autonomie territoriali, poi vengono le attività esecutive, di controllo e di nomina.

3. *Come rappresentare le autonomie territoriali?*

Certo, non nego l'importanza del meccanismo di rappresentanza all'interno della Camera delle autonomie territoriali. La differenza di opzioni, però, mi induce a ridurne la portata. Infatti, attraverso un rapido sguardo comparatistico, possiamo rilevare la presenza di almeno tre modi di rappresentare. Quella in cui i rappresentanti degli stati coincidono con i loro esecutivi, in quanto da questi nominati e revocati e scelti tra i membri degli stessi esecutivi, secondo il modello del *Bundesrat* tedesco (art. 51, comma 1, GG); quella in cui rappresentanti degli stati sono eletti a suffragio universale da parte della popolazione del singolo stato, secondo il modello del Senato statunitense (dopo l'emendamento del

1913); e quella in cui i rappresentanti degli stati sono eletti dai Parlamenti degli Stati membri, ma non necessariamente appartenenti ai Parlamenti stessi, secondo il modello del *Bundesrat* austriaco. C'è anche un quarto modo di rappresentare del tipo misto, elezione e nomina, che troviamo in Spagna e in Belgio ma che, anche per la sua peculiarità, non prendo adesso in esame.

Dal modo in cui vengono ad essere componenti delle Camere delle autonomie territoriali ne discendono, poi, una serie di problemi, che qui mi limito solo ad accennare. C'è il problema del mandato imperativo: è chiaro che i componenti nominati dai governi territoriali hanno il vincolo di mandato, sono chiamati cioè a svolgere la loro attività secondo un mandato ben preciso che li vincola all'organo che li ha nominati; essi non rappresentano il territorio ma piuttosto il governo dello Stato membro, e non è certo la stessa cosa. Ben diversa è la situazione di coloro i quali sono eletti dal corpo elettorale, e in parte anche coloro che sono eletti dai Parlamenti degli Stati membri: qui il vincolo di mandato si affievolisce, perché l'elezione postula una certa forma di libertà dell'agire politico (al limite si può prevedere il *recall*); essi sono chiamati semmai a rispondere del loro operato presso l'elettorato, ovvero presso i Parlamenti che li hanno eletti. Il legame col territorio c'è ma non è diretto, perché viene ad essere filtrato attraverso l'elezione. Nel caso del sistema austriaco poi, l'elezione da parte dei Parlamenti dei singoli Stati fa emergere chiaramente i rapporti di forza partitica presenti all'interno dell'Assemblea legislativa del singolo *Land*.

Delle tre opzioni – nomina, elezione popolare, elezione parlamentare – nessuna manifesta in maniera netta e decisa la rappresentanza col territorio. In particolare, la prima, quella riferita alla nomina modello *Bundesrat* tedesco, crea senza dubbio un maggior collegamento, salvo essere in parte filtrato dall'organo che sceglie e nomina, cioè il Governo dello Stato; il quale rappresenta sì il territorio ma lo rappresenta secondo una parte politica. Questo aspetto, talvolta non sufficientemente evidenziato, ha una sua ricaduta sull'organizzazione e sul funzionamento della Camera delle autonomie territoriali. Certo, si può dire, come ha detto già nel 1984 il Tribunale Costituzionale Federale, che il *Bundesrat* non ha funzioni politiche e che pertanto non è una seconda Camera, in quanto non opera affatto su un piano paritario rispetto al *Bundestag*. Ma questa interpretazione, a me pare, finisce proprio col rafforzare il ruolo politico del *Bundesrat* perché lo colloca in una posizione più forte ed inattaccabile rispetto a quella di cui godrebbe se fosse solo un "mero" ramo di un Parlamento bicamerale, eterno secondo per competenze e peso politico

rispetto alla Camera elettiva. Ricordo, a tale proposito, quanto prescritto dall'art. 50 del *Grundgesezt*: "Attraverso il *Bundesrat* i *Laender* collaborano alla legislazione e all'amministrazione della Federazione e negli affari dell'Unione europea". Quindi il *Bundesrat* un ruolo politico ce l'ha, e lo esercita anche in opposizione alla maggioranza di governo rappresentata nel *Bundestag*.

4. *Il* Bundesrat*: da organo di rappresentanza dei* Laender *a Camera politica*

Può valere la pena, a questo punto, spendere qualche parola in più sul *Bundesrat*, anche perché si tratta di un modello celebrato, specialmente da noi, e soprattutto da molti ritenuto quello più aderente al sistema federale. A parte il fatto che la non elezione dei suoi componenti comporta un forte *deficit* di democraticità dell'organo, ma quello che occorre sottolineare è che il *Bundesrat* partecipa alla direzione politica del *Bund,* e pertanto la sua funzione non si può ridurre alla mera tutela degli interessi particolaristici dei *Laender*. Diversi sono i casi di attivismo politico che si potrebbero citare: come la vicenda delle maggioranze contrapposte nel periodo 1969-1982 e nel periodo successivo al 1990, che ha spostato la logica decisionale del *Bundesrat* non più solo riferita al principio federale ma piuttosto in prevalenza a quella partitica. Questo ha finito col produrre un sostanziale potere di veto nei confronti della maggioranza di Governo, andando così ad incidere sulla forma di governo basata sul rapporto fiduciario esclusivo fra *Bundestag* e Governo nella figura del Cancelliere. Dal punto di vista della prassi politica, poi, si sottolineano in particolare due norme costituzionali, che prevedono il voto del *Bundesrat* per l'approvazione delle seguenti leggi: sulle imposte (art. 105, comma 3, GG) e su quelle che regolano i procedimenti amministrativi che anche l'autorità dei *Laender* devono seguire (art. 84, comma 1, GG). Se il *Bundesrat* respinge la legge approvata dal *Bundestag* l'*iter* legislativo non è completato. La conseguenza è che il dialogo e la ricerca di un compromesso fra maggioranza ed opposizione si sposta nella Commissione di conciliazione (*Vermitthungsausschuss*: art. 77, comma 2, GG), che diventa così quasi una terza camera arbitrale per la risoluzione dei contrasti politici.

È stato detto che lo sviluppo in senso politico del *Bundesrat* è dovuto ad una sorta di compensazione per la ridotta autonomia dei *Laender,* che si è venuta a determinare a causa di un crescente interventismo del *Bund*. Ma se così fosse, allora sarebbe bene puntare a rafforzare l'autonomia dei

Laender e ridurre i casi in cui il *Bundesrat* può esercitare il suo diritto di approvazione. Questa previsione può essere interpretata nel senso di una valorizzazione del federalismo attraverso una ulteriore crescita dell'autonomia territoriale, piuttosto che attraverso la presenza di una Camera rappresentativa delle autonomie territoriali. Che ci deve essere, sia chiaro; ma che finisce inevitabilmente col diventare un organo a più facce, di cui quella a tutela degli interessi territoriali è una delle tante e non più l'unica.

Un altro accenno, relativo all'organizzazione delle seconde Camere negli Stati federali, è quello sul numero dei rappresentanti assicurati a ciascuna entità. Qui, la dottrina, soprattutto quella tedesca, ha elaborato una concezione fondata su due criteri: quello *aritmetico*, secondo cui ciascun ente statale ha un uguale numero di rappresentanti, e quello *geometrico*, secondo cui il numero dei rappresentanti varia in ragione della popolazione e/o del territorio dello Stato membro. La questione non è di poco conto, ed investe un profilo del rapporto fra federalismo e democrazia. È chiaro, infatti, che laddove si privilegia il criterio aritmetico, si calca maggiormente su una maggiore espansione del principio federale; viceversa, il criterio geometrico si fonda sul principio democratico, dove ognuno conta per quello che vale come popolazione e come grandezza del territorio.

Ma anche questo aspetto, come il precedente riferito al modo di selezione dei componenti la Camera delle autonomie territoriali, fa emergere sullo sfondo quella strisciante conflittualità fra Governo federale e governi statali, come una sfida giocata non sulla ricerca di un equilibrio, e quindi vorrei dire nella logica della separazione fra poteri, ma piuttosto come una agguerrita competizione che mira alla prevaricazione. A questo proposito si può citare quello che scriveva Publius (Madison) il 29 gennaio 1788 nella lettera n. 46 del *The Federalist*: "Sia il governo federale che quelli dei singoli Stati non sono che delegati e agenti del popolo, ai quali sono stati attribuiti diversi poteri e che sono chiamati a svolgere diverse funzioni [pertanto sono soggetti] al controllo di un'autorità [il popolo] superiore ad ambedue per quanto riguarda i loro eventuali tentativi di reciproche usurpazioni".

5. *Bicameralismo e federalismo: la proposta italiana*

E veniamo ora a svolgere un rapido esame del recente progetto di riforma del bicameralismo italiano presentato nello scorso ottobre dal Governo, nell'ambito di un disegno di legge costituzionale che prevede una serie di significative modifiche alla parte seconda della Costituzione

(AS n. 2544). Va subito detto che ci sono diversi argomenti a favore di una riforma del bicameralismo con l'introduzione di una Camera delle Regioni, ovvero come è definita nel progetto di un "Senato federale". Il primo argomento è quello relativo alla riforma del Titolo Quinto della Costituzione, con la ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni e con la fissazione di un largo catalogo di materie concorrenti; da qui, l'esigenza di collocare la rappresentanza regionale in una delle due Camere parlamentari. C'è poi l'argomento della forma di governo: infatti, solo superando l'attuale bicameralismo paritario è possibile modificare (come si dice di voler fare) la forma di governo parlamentare nel senso del c.d. premierato, che esclude il Senato dal circuito fiduciario, di cui rimane unica titolare la Camera dei deputati. Togliendo al Senato il potere fiduciario non solo si rende possibile il premierato, ma si evita il pericolo (come nel 1994) della formazione di maggioranze diverse nelle due Camere. Il terzo argomento, infine, ha una sua forza costituzionale, per così dire. Infatti, l'esigenza di trasformare una delle due Camere in una Camera delle autonomie territoriali lo troviamo in una legge costituzionale, la n. 3 del 2001, all'art. 11: laddove, si provvede a riformare la Commissione bicamerale per le questioni regionali accrescendone i poteri e prevedendo l'inserimento di rappresentanti delle autonomie locali ma "Sino alla revisione delle norme del Titolo I della Costituzione". Si tratta quindi di una "promessa costituzionale", un impegno che il legislatore costituzionale ha preso con se stesso di riformare l'attuale bicameralismo paritario rendendolo differenziato.

Compiuta questa operazione la riforma dovrebbe delineare una nuova figura di "Senato federale", cioè di un'assemblea in cui trovino rappresentanza gli interessi delle Regioni chiamate così a partecipare al processo decisionale statale. Senza volere qui entrare nei particolari, va detto che, stando al progetto di revisione costituzionale, il Senato sarebbe federale solo di nome; e poi non sarebbe il Senato *delle* ma piuttosto *per le* Regioni. E questo per una serie di motivi, che qui mi limito appena ad accennare. Faccio riferimento però al testo approvato in prima lettura dal Senato (della Repubblica) in data 25 marzo 2004.

Rispetto al testo originario si registra, con soddisfazione, l'eliminazione del riferimento costituzionale al sistema elettorale proporzionale per la elezione del Senato federale. E questo, non certo per un'ossessione antiproporzionalistica, ma piuttosto per una ragionevole convinzione che è sempre meglio non "ingessare" un sistema elettorale, qualunque esso sia, costituzionalizzandolo. Sarà semmai la legge a disciplinare il metodo di elezione del Senato, così come è stato finora. Anche la elezione conte-

stuale, sia pure nella versione "affievolita", dei senatori con i Consigli regionali la ritengo un aspetto valutabile positivamente, e comunque migliorativo del progetto originario, perché in grado di favorire un qualche legame fra senatore e territorio regionale. Certo, non produce una vera e propria rappresentanza territoriale, ma almeno apre ad una forma di collegamento Senato-Regione, che si potrà ulteriormente intensificare con la prassi. Lascia invece perplessi la formuletta contenuta in uno dei commi dell'articolo 57 Cost., laddove si prevede che "I senatori e gli organi della corrispondente Regione mantengono rapporti di reciproca informazione e collaborazione". Disposizione inutile, sia perché nel concreto inapplicabile sia perché il legame politico e istituzionale senatore/organo regionale dovrebbe potersi produrre per il tramite dell'elezione contestuale prima ricordata (e, come dirò appresso, dalla auspicabile presenza in Senato dei presidenti di Regione).

Fin qui, in poche battute, la questione della rappresentanza. Certo, ci sarebbero altre soluzioni; e non ho in mente il solito modello *Bundesrat* con la nomina (e la revoca) dei senatori da parte dei governi regionali. L'idea, per esempio, di prevedere quali componenti di diritto del Senato federale i presidenti di Regione potrebbe essere un ulteriore contributo al rafforzamento del legame Senato/Regioni. Sul problema della rappresentanza del Senato federale, comunque, vi è ancora incertezza, e quindi si procede a singhiozzo. In tal senso, assai significativa mi è parsa una recente dichiarazione del sen.D'Onofrio dopo un incontro con i presidenti di Regione: "Stiamo discutendo su due visioni del Senato federale completamente diverse. I governatori vogliono una Camera su base regionale, noi una Camera nazionale con senatori eletti nelle Regioni". L'elezione contestuale e la presenza dei presidenti di Regioni può forse rappresentare una equilibrata mediazione fra le "due visioni del Senato federale completamente diverse". Ed evitare così che il Senato, sia pure "federale", diventi mero usbergo di "*invalidi della Costituzione*", per riprendere la bruciante definizione di Luigi Palma (risalente al 1869, e riferita proprio alla riforma del Senato dell'epoca).

Per la sua composizione e per le sue funzioni il Senato federale sembra configurarsi come un organo politico specializzato nel trattare le questioni regionali. Il bicameralismo che sta nascendo, pertanto, sarebbe in realtà un bicameralismo per specializzazione o funzionale più che un bicameralismo a rappresentanza differenziata. Ma qui occorre segnalare le incongruità che si annidano nella parte relativa alle competenze del Senato federale; specialmente perché queste riguarderebbero tutta la legislazione statale concorrente *ex* articolo 117 Cost.. Tenuto conto che il Sena-

to non dovrebbe essere più una Camera politica, assegnandogli questa estesa competenza si corre il concreto rischio di far nascere un doppio monocameralismo, in luogo dell'attuale bicameralismo paritario. Infatti: con una mano si sottrae il Senato dal rapporto fiduciario con il Governo mentre con l'altra gli si affida l'ultima e decisiva parola sulle leggi relative alla determinazione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente. Una competenza questa, che invece dovrebbe spettare alla Camera, che rappresenta l'unità politica della Nazione, dal momento che si tratta di materie relative alle politiche di settore assai significative per l'indirizzo politico di Governo. Il quale Governo, qualora nel Senato ci fosse una maggioranza politica diversa da quella che lo sostiene (eventualità assai possibile con sistemi elettorali differenti fra Camera e Senato), sarebbe esposto al rischio di vedere paralizzato il suo programma. Immaginare un Senato federale quale organo di contrappeso istituzionale alla maggioranza – ispirandosi così alla recente tesi di Bruce Ackerman sulla *nuova separazione dei poteri* – vorrebbe dire auspicare continue e ripetute forme di conflittualità che ferirebbero gravemente il parlamentarismo e la governabilità.

Pertanto, al fine di riequilibrare il rapporto fra Camera e Senato federale, in funzione del buon governare, può essere utile rivolgere lo sguardo ad alcune esperienze europee. In particolare, si potrebbero tenere presenti alcune norme della Legge Fondamentale tedesca: gli articoli 77 e 78, i quali prevedono che se il *Bundesrat* si oppone ad una legge per la quale sia necessaria la approvazione, tale opposizione possa essere superata da un voto del *Bundestag,* e così pure sulle proposte avanzate dalla commissione mista; oppure della Costituzione spagnola: l'articolo 90, il quale prevede che in caso di un veto o di modifiche da parte del Senato, il Congresso dei deputati possa superare il veto e decidere definitivamente sul testo o a maggioranza assoluta o trascorsi due mesi a maggioranza semplice.

Per quanto concerne il procedimento legislativo, non solo si è mantenuta un'ampia categoria di leggi bicamerali, ma uno degli emendamenti approvati in Commissione ha ricondotto a tale tipologia quelle ipotesi in cui la Costituzione indica la "legge dello Stato" o la "legge della Repubblica". È chiaro che quest'ultima espressione risulta sufficientemente ampia da consentire all'interprete di ritenere che laddove vi è in Costituzione una riserva di legge, questa debba essere approvata da entrambe le Camere.

Fin qui rapide osservazioni sul progetto normativo, il quale è ancora *work in progress*. Certo, va comunque detto che il concreto atteggiarsi

del Senato federale nell'assetto costituzionale sarà anche affidato al principio di effettività, al suo dispiegarsi nella Costituzione in senso materiale. Solo così il Senato e i senatori si potranno conquistare un preciso ruolo nell'ordinamento, e scacciare l'incubo di diventare gli "invalidi della Costituzione".

6. *Una chiosa finale*

Ho voluto evidenziare riserve e critiche al progetto di bicameralismo approvato dal Senato della Repubblica; adesso, vorrei però provare ad evidenziare la *par costruens* del testo di riforma costituzionale, e quindi cercare di vedere il "bicchiere mezzo pieno" anziché quello "mezzo vuoto".

Punto primo. Volente o nolente si mette fine al bicameralismo perfetto e paritario. Non era questo uno dei tormentoni dell'organizzazione parlamentare italiana? Quante volte abbiamo letto (e scritto) che il bicameralismo italiano rappresenta un'anomalia nel panorama dei sistemi parlamentari europei, laddove le seconde Camere non sono un doppione delle prime ma hanno piuttosto una loro specifica funzione? E poi: quante volte abbiamo letto (e scritto) che il bicameralismo paritario rallenta ed indebolisce l'attività legislativa, riducendola ad una stancante *navette* dove finiscono col prevalere le mediazioni, i compromessi a scapito dell'efficacia e della chiarezza dell'atto legislativo, il quale dovrebbe essere generale ed astratto? Ancora: quante volte abbiamo letto (e scritto) che un sistema regionale, a maggior ragione se accentuato come è l'attuale, necessita di una seconda Camera privata del rapporto fiduciario col governo e rappresentativa per quanto possibile delle autonomie territoriali? Sul punto, mi piace riportare quanto diceva Costantino Mortati alla Costituente il 18 settembre 1947 (citazione che traggo dal pionieristico libretto di Nicola Occhiocupo, *La Camera delle Regioni* del 1975): "La riforma regionale non sarebbe completa, essa anzi sarebbe frustrata nei motivi e negli intendimenti che ne hanno informato la istituzione, sarebbe deviata dalle finalità politiche che l'hanno promossa, se non trovasse il suo svolgimento e la sua collocazione nell'ordinamento del Parlamento [...] Donde la necessità di dare alle regioni una voce specifica in Parlamento, di fare [...] un centro unitario di interessi organizzati da far valere unitariamente ed in modo istituzionale". Affermazioni, a distanza di oltre mezzo secolo, ancora valide, anzi validissime.

Punto secondo. Nel progetto di riforma del Senato si riducono so-

stanziosamente il numero dei senatori. Anche qui, quante volte abbiamo letto (e scritto) che 315 senatori insieme a 630 deputati (anch'essi ora ridotti a 400) rappresentano una pletora di persone, che eccede di molto in confronto agli altri parlamentari europei? Sarà pure un discorso un po' demagogico, ma l'alto numero dei parlamentari ha sempre suscitato critiche e riserve. E più volte si è auspicata una sensibile riduzione (anche per il bilancio dello Stato...). Essere riusciti a convincere i senatori a votare la riduzione della loro composizione, insieme e soprattutto alla riforma della struttura e delle funzioni del Senato, ha fatto altresì affievolire il noto paradosso delle riforme costituzionali. Che poi l'elezione dei 200 senatori avverrà in ciascuna Regione contestualmente all'elezione dei rispettivi Consigli regionali, è un aspetto che reputo favorevole. Bisognava assolutamente trovare un sistema che collegasse i senatori al territorio, affinché si sentissero espressione di quel territorio; visto e considerato che la nomina degli stessi da parte dei governi regionali era realisticamente molto difficile da realizzare. Sarà pure affievolita la contestualità, ma almeno c'è; e la prassi, che talvolta è più efficace della norma, potrà contribuire a rendere politicamente forte il legame Senato-Consigli regionali.

Punto terzo. L'elezione di 7 giudici costituzionali su 15 riservata al Senato federale potrà essere eccessiva (perché si è esclusa completamente la Camera da questa competenza?), ma prova ad introdurre quello che da tempo una buona parte della dottrina va rivendicando, e cioè l'esigenza di stabilire una istituzionale connessione tra le Regioni e la Corte costituzionale. Sul punto, nel lontano 1972, in un articolo intitolato *La Corte costituzionale, un istituto da riformare*, Giuliano Amato e Franco Bassanini avevano proposto di far scegliere al Capo dello Stato i 5 giudici di sua spettanza in una rosa di candidature proposte dai Consigli regionali. Questo riferimento vale a dimostrare come già da tempo fosse avvertita l'esigenza di dare una sorta di rappresentanza regionale alla Corte. Aver mantenuto la libertà di scelta al Capo dello Stato ed aver assegnato al Senato federale il compito di creare una sorta di collegamento tra le Regioni e la Corte mi sembra soluzione più ragionevole. Comunque, non è che la Corte avrà i giudici delle regioni; perché anche quelli eletti dal Senato federale dovranno comunque essere, come sono oggi, magistrati delle giurisdizioni superiori, professori ordinari di diritto e avvocati con venti anni di esercizio. La loro preparazione e professionalità giuridica rimane la garanzia per una equilibrata attività della Corte.

Infine, il ripristino dell'interesse nazionale quale clausola a tutela di

qualsiasi eccesso di devoluzione mi sembra un aspetto da segnare a favore del testo della riforma.

Ultimo e conclusivo punto. Forse non è nemmeno mezzo pieno il bicchiere del Senato federale, ma lo è piuttosto soltanto per un quarto: adesso spetta alla Camera dei deputati saperlo ben riempire, laddove bisognerebbe riuscire a regolare in maniera ordinata e razionale le competenze legislative in capo al Senato federale, che dovrebbe anche essere integrato nella sua composizione con i presidenti di Regione.

ANTONIO BRANCASI

FEDERALISMO E FISCALITÀ: PROFILI GIURIDICI

Dopo la riforma del titolo V della Costituzione, una relazione su federalismo e fiscalità dovrebbe porsi l'interrogativo se si possa parlare di riassetto della finanza pubblica in senso federale e quale sia eventualmente il modello di federalismo fiscale delineato dal legislatore costituzionale.

Ora, stando al modo in cui la legge finanziaria 2003 (art 3 della l. 27 dicembre 2002, n. 289) ha congegnato il procedimento di attuazione dell'art 119 Cost, bisognerebbe dire che attualmente non è ancora possibile rispondere a questi interrogativi. Viene infatti istituita una Alta Commissione con il compito di proporre al Governo le soluzioni attuative; Commissione che deve però operare tenendo conto dell'accordo sui meccanismi strutturali del federalismo fiscale da raggiungere in sede di Conferenza unificata tra Stato, Regioni ed EE.LL. Evidentemente, se ad avviare l'intero processo attuativo deve essere un accordo politico, ciò significa che il nuovo titolo V non ci fornisce alcun modello, ma al più ci indica alcuni valori che devono essere comunque rispettati (ad es, autosufficienza finanziaria delle singole collettività, ma anche solidarietà). La circostanza poi che questo accordo non sia stato ancora raggiunto (ed incidentalmente va aggiunto che ciò è avvenuto perché il Governo si è sottratto al confronto) confermerebbe della impossibilità di rispondere agli interrogativi iniziali.

Stando così le cose, la mia relazione dovrebbe porsi un altro interrogativo, e cioè dovrebbe chiedersi quali possano essere i modelli di federalismo fiscale coerenti con il nuovo assetto istituzionale dell'ordinamento delineato appunto dal nuovo titolo V.

Ma è poi vero che dalla Costituzione non sia possibile ricavare un modello di federalismo fiscale? Le cose, a mio parere, stanno in termini esattamente opposti, perché, in realtà, dal nuovo titolo V è possibile ricavare una serie di proposizioni semplici che, per un vincolo di coerenza, implicano altre proposizioni; proposizioni che tutte assieme, una volta as-

semblate tra loro, determinano inevitabilmente, come unico possibile risultato, un certo modello di federalismo fiscale. Inoltre, alcune di queste proposizioni sono vere e proprie regole, stabilite in maniera incontrovertibile dalla Costituzione, e danno luogo, a loro volta, ad ulteriori regole che si presentano anch'esse incontrovertibili, perché sono le uniche coerenti e compatibili con le prime. E preme rilevare che queste regole sono di per sé sufficienti ad inficiare alcuni modelli alternativi di federalismo fiscale, che vengono attualmente prospettati. Ciò non significa che l'attuazione del nuovo art 119 Cost. non richieda alcune scelte importanti; significa soltanto che preliminarmente bisogna delimitare l'ambito delle scelte possibili, con una operazione che prenda sul serio la Costituzione e che proprio per questo deve anteporsi all'indirizzo politico ed agli accordi preposti ad esprimerlo.

Si ripropongono così gli interrogativi iniziali, ma, a questo punto, diventa secondario ricercarne la risposta, perché, visto il metodo con cui si intende pervenire alla istituzione del federalismo fiscale, non si tratta tanto di discutere il modello complessivo ricavabile dalla Costituzione, quanto piuttosto le proposizioni su cui esso si basa. Soltanto in questo modo, chiarendoci sul grado di condivisione dei singoli passaggi, è infatti possibile un confronto costruttivo.

Ed allora, non resta che passare all'esame di queste proposizioni ricavabili dal nuovo titolo V della Costituzione.

Prima proposizione: viene delineato il superamento dell'assetto binario della finanza delle autonomie, che prefigurava un distinto e separato rapporto Stato-Regioni e Stato-EE.LL, e la sostituzione con un sistema "a cascata" di rapporti Stato-Regioni-EE.LL. Ad avvalorare questa affermazione concorrono vari elementi.

In primo luogo, bisogna tener presente che la costruzione ed il funzionamento del nuovo assetto finanziario degli EE.LL si regge sulle leggi di coordinamento del sistema tributario e della finanza pubblica, leggi che rientrano nella potestà concorrente delle Regioni. Ciò significa che la disciplina statale, essendo circoscritta ai soli principi fondamentali del coordinamento e dovendo lasciare spazio al coordinamento regionale, deve avere ad oggetto i sistemi regionali delle autonomie e non i singoli enti e che sono poi le Regioni a dover stabilire le regole per i vari enti. In concreto: il patto di stabilità interna, definito dallo Stato, dovrebbe determinare gli obiettivi che i sistemi regionali delle autonomie sono tenuti a perseguire, mentre dovrebbero essere poi le Regioni a ripartire tali

obiettivi tra i vari enti territoriali, in conformità ad eventuali principi fondamentali stabiliti dallo stesso Stato.

L'altro elemento, che conferma il superamento del sistema binario, è il fatto che in ordine al sistema tributario, non soltanto regionale ma anche locale, la potestà legislativa spetta alle Regioni ed è una potestà di tipo esclusivo. Il punto è in dottrina abbastanza condiviso e lo ritengo esatto, perché la disciplina del sistema tributario è eretta a distinta e separata materia nel momento stesso in cui l'art 117 riserva alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina del suo sistema tributario. Stando così le cose, il criterio della competenza residuale della Regione implica che in ordine al sistema tributario regionale e locale la potestà esclusiva è appunto delle Regioni.

Non è peraltro possibile ignorare gli elementi che depongono nel senso della permanenza di rapporti di tipo binario. Mi riferisco, in particolare, alla perequazione fiscale, che l'art 117 riserva alla competenza esclusiva dello Stato e che sembrerebbe escludere ogni intervento delle Regioni in ordine alla ripartizione tra gli EE.LL del fondo perequativo; e mi riferisco alle risorse aggiuntive ed agli interventi speciali dell'art 119 c.5, che consistono in misure disposte direttamente dallo Stato a favore di singoli EE.LL, oltre che di singole Regioni. Ma anche questi elementi di continuità con il precedente modello binario possono essere letti diversamente e comunque possono dar luogo ad esiti di segno opposto. Ed infatti nelle materie di sua competenza esclusiva lo Stato può conferire funzioni amministrative alle Regioni e può delegare loro funzioni regolamentari, per cui non è esclusa la possibilità di attrarre anche queste risorse nel nuovo modello "a cascata" di rapporti Stato-Regioni-EE.LL. Addirittura vi è stato chi ha sostenuto che una soluzione del genere, nel caso del fondo perequativo, sarebbe resa doverosa dalla Costituzione, in considerazione della formulazione letterale dell'art 119 c.3, che individua come destinatari del fondo i territori e non gli enti con minore capacità fiscale.

Seconda proposizione: gli EE.LL dispongono di una autonomia finanziaria identica a quella delle Regioni, in quanto non vi è norma dell'art 119 che, nel riconoscere questa autonomia, si riferisca agli EE.LL in termini diversi rispetto alle Regioni. Non vi è quindi soltanto il superamento del modello binario, ma è la stessa potestà esclusiva delle Regioni, in ordine al sistema tributario locale, ad essere del tutto particolare: non soltanto perché limitata dalle leggi di coordinamento, ma anche perché limitata dalla autonomia che gli stessi EE.LL hanno di "stabilire ed applicare" tributi propri. Con ciò si aprirebbe il problema di quale debba essere

l'ambito di disciplina occupabile dalla legge regionale: problema che può essere accantonato rilevando che la legge regionale deve limitarsi a disciplinare soltanto ed esclusivamente i profili coperti dalla riserva di legge dell'art 23 Cost. e segnalando che proprio il potere riconosciuto dall'art 119 agli EE.LL di "stabilire ed applicare" tributi propri ha indotto taluni a ritenere necessaria una rilettura della riserva di legge in materia di prestazioni imposte.

Terza proposizione: ciascuna Regione e ciascun ente locale deve disporre di risorse adeguate alle funzioni da esercitare. In questo senso si esprime l'art 119 c.4: si tratta certamente di una norma di garanzia.. Ma cosa intende garantire? È stato detto che la norma intenderebbe garantire soltanto l'insieme degli enti territoriali ed imporrebbe allo Stato di cedere a tali enti le risorse che impiegava nell'esercizio delle funzioni ad essi conferite; così come imporrebbe alle Regioni analogo comportamento nei confronti degli EE.LL. In definitiva, né lo Stato né le Regioni dovrebbero trarre vantaggio, in termini finanziari, dalla attuazione del titolo V. La norma potrà anche voler dire questo, ma ancor prima vuole garantire che ciascun ente, singolarmente considerato, disponga di risorse adeguate all'esercizio delle sue funzioni. Ciò apre due ordini di problemi: come determinare il costo delle funzioni e chi lo deve determinare

Sul primo punto sembrerebbe ricorrere un circolo vizioso, perché il costo di una funzione dipende dalle scelte che vengono fatte in ordine al modo di esercitarla e tali scelte dipendono, a loro volta, dalle risorse che si hanno a disposizione. In realtà, il costo di una funzione è comunque determinabile qualora si assuma a termine di riferimento un certo modello di esercizio della medesima; modello che sarà quello risultante dal pregresso modo di esercitarla o che dovrà essere definito da chi è preposto ad effettuare questo calcolo, fermo restando, in entrambe le ipotesi, che l'ente preposto ad esercitare la funzione può poi provvedervi secondo un proprio modello. La Costituzione non prende esplicitamente posizione sul criterio da seguire nel determinare il costo delle funzioni.

Vi è però il principio che né lo Stato né le Regioni devono trarre vantaggio, in termini finanziari, dalla attuazione del titolo V, per cui bisogna quanto meno concludere che il costo complessivo, su base nazionale o regionale, delle funzioni non può essere determinato in misura minore di quanto precedentemente impiegato dall'ente che era preposto a svolgerle: si tratta del criterio della spesa storica già impiegato nei precedenti trasferimenti e che i decreti Bassanini hanno provveduto ad affinare. Il criterio della spesa storica potrebbe essere utilizzato anche per ripartire

tra i singoli enti il costo complessivo, su base nazionale o regionale, delle funzioni: concettualmente si può ben dire che la spesa effettuata per l'esercizio delle funzioni in un determinato ambito territoriale corrisponde alle risorse adeguate che l'ente esponenziale di tale territorio deve poter disporre. Una conclusione del genere è però possibile a condizione che la Costituzione non fornisca indicazioni di segno contrario (sul punto avremo modo di tornare).

Quanto al secondo punto, relativo a chi deve provvedere a determinare il costo delle funzioni, si potrebbe dire che ciò compete all'ente che le esercita, oppure all'ente che provvede a conferirle, oppure all'ente che dispone sulle medesime della potestà legislativa (le tre cose possono non coincidere: lo Stato individua le funzioni fondamentali degli EE.LL anche nelle materie di competenza esclusiva regionale e tali funzioni potrebbero essere attualmente esercitate anche dalle Regioni). Ma, a monte di ciò, viene in rilievo il tipo di potere esercitato nel determinare il costo delle funzioni, perché tra la nuova versione del titolo V della Cost. e la precedente vi è una fondamentale differenza, che non mi sembra sia stata sufficientemente messa in luce: la disciplina della finanza delle autonomie non è più relegata nel solo art 119, ma dipende anche dall'art 117 che definisce il tipo di potestà legislativa relativa a tale autonomia. Ed allora, il fatto che alla attuazione dell'art 119 devono provvedere le leggi di coordinamento comporta che anche per l'operazione propedeutica a tale attuazione, quella appunto di determinazione del costo delle funzioni, vale il sistema "a cascata" che si diceva, per cui lo Stato deve determinare il costo delle funzioni di ciascun sistema regionale delle autonomie e sono poi le Regioni a determinare il costo delle funzioni di ciascun ente, sulla base delle medesime regole seguite dallo Stato ed in conformità ad eventuali ulteriori principi fondamentali da questo stabiliti.

Quarta proposizione: a ciascuna Regione ed a ciascun ente locale deve essere garantita una eguale autonomia finanziaria. In tal senso depone l'art 116 c.3 che, nel mentre consente il riconoscimento di forme di autonomia differenziata, stabilisce tuttavia che ciò deve avvenire nel rispetto dei principi di cui all'art 119 e cioè non deve comportare una autonomia differenziata soltanto in termini di maggiori risorse rispetto al costo delle funzioni. Si deve conseguentemente ritenere che il criterio della spesa storica può concettualmente assicurare risorse adeguate, ma la Costituzione prescrive anche un egual grado di adeguatezza delle risorse, per cui, nel ripartire il costo complessivo delle funzioni tra i singoli enti, è necessario adottare indicatori di fabbisogno che consentano una perequa-

zione dei bisogni (l'esercizio delle medesime funzioni presenta un costo diverso in relazione alle differenti realtà).

Quinta proposizione: le entrate proprie sono quelle che conseguono dall'esercizio delle competenze relative alle materie di settore e comprendono quelle di natura latamente commutativa, cioè che traggono giustificazione sia nelle utilità fornite al contribuente dall'ente, sia negli oneri che le attività dei contribuenti generano in capo all'ente. In tal senso depone l'art 117: ed infatti, siccome la norma non riserva alla potestà esclusiva dello Stato la disciplina delle sue entrate proprie, questa disciplina, a differenza di quella dei tributi, non viene eretta dalla Costituzione a distinta e separata materia ed è quindi attratta nelle altre materie di settore.

Da ciò due ordini di conseguenze. Nel costruire il nuovo assetto finanziario, il calcolo del costo delle funzioni va effettuato al netto delle entrate fornite dall'esercizio delle medesime. Inoltre, la potestà di istituire queste entrate segue la competenza ad esercitare le funzioni da cui le medesime derivano, per cui le Regioni dispongono al riguardo di una potestà legislativa che non necessariamente è di tipo esclusivo, come nel caso dei tributi, ma che può essere anche concorrente; così come, qualora queste entrate siano coperte dalla riserva di legge dell'art 23 Cost., la possibilità di istituirle è conferita agli EE.LL dalla legge regionale o statale, a seconda della relativa materia di settore.

Sesta proposizione: il potere impositivo è riconosciuto direttamente dalla Costituzione alle Regioni ed agli EE.LL ed incontra soltanto due ordini di limiti: a livello regionale, quelli posti dalle norme di coordinamento (che, essendo poste anche dalle leggi regionali, si configurano anche come un autolimite); a livello di EE.LL, oltre ai limiti posti dalle norme di coordinamento, opera la riserva di legge.

La questione di fondo è in che misura le Regioni possono "inventarsi" i loro tributi propri e quelli degli EE.LL. Il fatto che si tratti di una potestà riconosciuta direttamente dalla Costituzione e che questa potestà sia esercitata mediante competenze di tipo esclusivo conduce ad affermare che non è necessario che la legge statale stabilisca quali sono i tributi propri di Regioni ed EE.LL. Certo vi sono i principi fondamentali del coordinamento del sistema tributario che certamente devono evitare fenomeni di doppia imposizione e che devono ripartire le aree di prelievo: il fatto è che le competenze residuali non spettano più allo Stato per cui questa ripartizione dovrebbe avvenire individuando le aree di prelievo riservate allo Stato e lasciando le altre alle autonomie territoriali.

Questa conclusione sembrerebbe contraddire quanto si è detto a proposito della adeguatezza delle risorse: avrebbe poco senso affermare che lo Stato deve garantire a ciascun sistema regionale delle autonomie risorse corrispondenti al costo delle funzioni attribuite ai relativi enti, se poi queste risorse devono essere assicurate da entrate tra le quali vi sono i tributi propri che non sono stabiliti dallo Stato; in altri termini ricorrerebbe una equazione in cui un addendo (l'ammontare dei tributi) è nella piena disponibilità degli enti stessi e costituisce quindi una incognita. Questa contraddizione è in realtà soltanto apparente, perché la clausola di corrispondenza delle risorse al costo delle funzioni non opera nel senso della attribuzione di tributi da parte dello Stato, quanto piuttosto nel senso che lo Stato deve garantire tali tributi, cedendo parte della propria potestà impositiva ai singoli sistemi regionali delle autonomie: e le Regioni devono poi ripartire la titolarità di tali tributi tra gli EE.LL..

Il punto è particolarmente rilevante perché su di esso si fonda una ulteriore regola. Nell'ambito dei tributi propri bisogna distinguere tra quelli ceduti dallo Stato o, nel caso degli EE.LL, dalle Regioni e quelli invece "nuovi", che cioè non sono garantiti in funzione della corrispondenza delle risorse al costo delle funzioni. La differenza non riguarda i poteri che gli enti territoriali possono esercitare: poteri che sono gli stessi. La Regione potrà liberamente disciplinare entrambi i tipi di tributi, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato, e gli EE.LL. potranno farlo in conformità alle leggi regionali rese necessarie dalla riserva di legge. La differenza tra i due tipi di tributi sta nel diverso rilievo che presenta il loro gettito: nel caso dei tributi ceduti il loro gettito potenziale, calcolato tenendo conto di una aliquota standard, concorre a finanziare il fabbisogno di spesa riconosciuto all'ente dallo Stato o dalla Regione. Il gettito derivante dalla applicazione di aliquote maggiori a quelle standard o dalla istituzione di "nuovi" tributi dovrebbe invece finanziare il fabbisogno ulteriore, e cioè quel fabbisogno aggiuntivo derivante dalla scelta di espandere l'attività dell'ente o, al limite, dalla incapacità di conseguire livelli standard di efficienza gestionale. In altri termini, siccome la riserva di legge rende comunque necessaria una disciplina dei tributi locali da parte delle Regioni, queste dovranno, innanzi tutto, garantire a Comuni e Province la disponibilità di tributi il cui gettito potenziale, calcolato in base ad aliquote standard e sommato alle altre entrate autonome, corrisponda al costo delle loro funzioni; oltre a ciò, le Regioni dovranno però consentire a tali enti non soltanto di ridurre il prelievo, ma anche di aumentarlo mediante l'incremento delle aliquote o la istituzione di altri tributi.

Tutto ciò presenta dirette implicazioni sul problema dei livelli delle prestazioni. Lo Stato è competente a determinare i livelli essenziali e le Regioni, a loro volta, possono stabilire livelli più elevati. In entrambi i casi, sia lo Stato che le Regioni nel prendere la relativa decisione devono preoccuparsi della sostenibilità finanziaria delle conseguenti spese (art 81 c. 4 Cost) e nel valutare ciò non devono tener conto delle complessive risorse potenziali degli enti (perché altrimenti l'autonomia di ciascun ente potrebbe risultare completamente vanificata dalle decisioni prese dal livello superiore di governo in ordine ai livelli delle prestazioni), quanto piuttosto devono tener conto delle sole entrate ad essi garantite. Se poi le entrate garantite non fossero sufficienti a finanziare più elevati o nuovi livelli di prestazioni, lo Stato e le Regioni dovrebbero aumentare tali entrate cedendo agli enti ulteriori tributi o ulteriori compartecipazioni.

Settima proposizione: l'attribuzione delle compartecipazioni ai tributi erariali avviene mediante l'esercizio della potestà concorrente in materia di coordinamento, per cui anche in questo caso vale il sistema "a cascata" Stato-Regioni-EE.LL. In particolare, lo Stato dovrebbe attribuire le compartecipazioni ai singoli sistemi regionali delle autonomie e le Regioni dovrebbero ripartirle tra gli EE.LL.

Il problema è quello della quantità di compartecipazioni da attribuire e del modo in cui ripartirle ed anche a questo riguardo è possibile ricavare una regola estremamente precisa dall'art 119. Il dato da cui muovere è che, per gli enti con maggiore capacità fiscale, il costo delle funzioni deve essere eguagliato dalla somma tra il gettito potenziale dei tributi propri garantiti, calcolato in base ad una aliquota standard, ed il gettito delle compartecipazioni (art 119 c. 4).

Se tutti gli enti, per l'esercizio delle loro funzioni, dovessero sopportare il medesimo costo, le stesse quote di compartecipazioni, riconosciute agli enti con maggiore capacità fiscale, andrebbero riconosciute anche a tutti gli altri enti. Giustamente si potrebbe obiettare che in questo modo gli enti con minore capacità fiscale non disporrebbero di risorse corrispondenti al costo delle loro funzioni, poiché i loro tributi e le loro compartecipazioni, applicati ad una minore capacità fiscale, darebbero luogo anche ad un minor gettito: ma questa obiezione è tenuta ben presente dalla norma costituzionale, che, proprio in considerazione di ciò, istituisce il fondo perequativo

Il fatto è che non tutti gli enti devono sopportare il medesimo costo pro-capite per esercitare le loro funzioni e ciò per due ordini di motivi: non tutti gli enti, neppure quelli del medesimo livello istituzionale situati

nella stessa Regione, dispongono delle stesse competenze (criterio della differenziazione); ma, principalmente, il costo per l'esercizio delle medesime funzioni si diversifica in relazione al livello dei bisogni. Da ciò consegue che la quota di compartecipazioni, determinata ai sensi del punto precedente, deve essere incrementata o ridotta in relazione alla circostanza che l'ente, per esercitare le sue funzioni, debba sopportare un costo pro-capite maggiore o minore di quello sopportato dagli enti con maggiore capacità fiscale. In questo modo si realizza la perequazione dei bisogni e sono assicurate a ciascun ente risorse adeguate in misura eguale.

Ottava proposizione: la perequazione da realizzare mediante l'apposito fondo (art 119 c. 3) riguarda esclusivamente gli squilibri di capacità fiscale esistenti tra le varie collettività, essa deve essere integrale e deve compensare il minor gettito sia delle compartecipazioni che dei tributi propri: in particolare, per questi ultimi la compensazione è limitata a quelli garantiti in funzione della copertura del costo delle funzioni e non riguarda gli ulteriori tributi propri autonomamente istituti dai singoli enti (ritorna così la distinzione tra i due tipi di tributi propri). In definitiva, la perequazione fiscale, pur integrale, rimane circoscritta alle entrate tributarie riconosciute per la copertura del fabbisogno calcolato nei modi che si è detto.

Il primo punto, che si tratti di perequare soltanto gli squilibri fiscali, è agevolmente spiegabile, perché la perequazione dei bisogni va viceversa realizzata "a monte" mediante la determinazione, ad aliquote differenziate, delle compartecipazioni. Il fatto poi che debba essere una perequazione integrale, ma tuttavia circoscritta, discende dalla previsione secondo cui l'importo delle relative risorse deve essere tale da "finanziare integralmente", assieme a quelle derivanti dai tributi propri e dalle compartecipazioni, le competenze attribuite agli enti territoriali (comma 4).

I problemi interpretativi sono semmai altri e riguardano il fatto che, ai sensi del comma 3, il fondo perequativo è istituito, non per gli enti, bensì "per i territori" con minore capacità fiscale. È in effetti difficile immaginare una assegnazione di fondi ai territori, per cui la formula impiegata dalla norma o è dovuta alla consapevolezza che la capacità fiscale è caratteristica delle singole collettività e non dei relativi enti, oppure sta ad indicare, come da taluno sostenuto, che il fondo viene ripartito tra i territori regionali e sono poi le Regioni ad effettuare le assegnazioni ai singoli enti. Ed in effetti, è difficile immaginare che possa avvenire diversamente, tenuto conto che sono i tributi propri e le compartecipazioni di ciascun ente a rendere rilevanti gli squilibri di capacità fiscale e che,

nel caso degli EE.LL, sono proprio le Regioni a dover garantire tali cespiti ai singoli enti.

Bisogna peraltro dar conto che la soluzione di una ripartizione "a cascata", dallo Stato alle Regioni e da queste agli EE.LL, apre l'ulteriore problema della impossibilità di perequare mediante il fondo gli squilibri infraregionali di capacità fiscale: in altri termini, alcune Regioni non concorrerebbero alla ripartizione del fondo, sebbene nel loro territorio potrebbero esservi EE.LL con capacità fiscale minore di quella delle Regioni che concorrono a tale ripartizione. Si tratta però di un problema agevolmente risolvibile: è sufficiente che i principi fondamentali di coordinamento, stabiliti dallo Stato, prevedano che le Regioni, nell'attribuire le compartecipazioni ai singoli EE.LL, lo facciano differenziando le quote di compartecipazione non soltanto in relazione al minor o maggior costo delle funzioni, ma anche in funzione della perequazione degli squilibri infraregionali di capacità fiscale.

Nona proposizione: la Costituzione tipizza le entrate di Regioni ed EE.LL, nel senso che l'elencazione dell'art 119 è esaustiva e non possono ricorrere altri tipi di entrate.

La questione è estremamente rilevante: l'esperienza passata insegna. Si tenga infatti presente che nella finanza regionale le entrate previste dal precedente art 119 vi sono sempre state; il fatto è che oltre ad esse ne furono istituite molte altre (si pensi al fondo per il finanziamento dei programmi regionali di sviluppo, al fondo sanitario, ai fondi per i trasporti ed ai molteplici altri fondi settoriali) che assunsero una rilevanza quantitativa talmente predominante da snaturare l'intero modello delineato dalla Costituzione. La nuova formulazione dell'art 119 consente ora di affermare il principio della tipicità delle entrate degli enti territoriali, nel senso che esse devono essere esclusivamente quelle previste dalla norma costituzionale: in questo modo viene escluso il ripetersi della precedente esperienza.

Una regola del genere ha l'effetto di trasformare radicalmente i rapporti tra i vari livelli di governo, perché l'art 119 non prevede, oltre a quelli realizzati mediante il fondo perequativo, altri trasferimenti finanziari dalle Regioni agli EE.LL e limita i trasferimenti dallo Stato a Regioni ed EE.LL esclusivamente a quelli previsti dal comma 5. Si tratta delle risorse aggiuntive e degli interventi speciali, che dovrebbero servire, non a finanziare le normali funzioni degli enti e neppure a garantire la perequazione dei bisogni, quanto piuttosto a rimuovere i fattori strutturali

che generano la necessità stessa di una perequazione fiscale e dei bisogni.

Decima proposizione: la tipizzazione delle risorse degli enti territoriali è limitata alle entrate necessarie a garantire la loro autonomia finanziaria. In questo modo, mediante la precisazione della precedente proposizione, viene risolto il problema di quali funzioni (se quelle amministrative o quelle legislative) le risorse previste dall'art 119 sono destinate a finanziare.

Nel contesto del precedente titolo V, l'interrogativo non aveva motivo di porsi, perché il sistema si caratterizzava per il tendenziale parallelismo tra competenze legislative ed amministrative, cosicché finanziando l'ente titolare delle prime si finanziava anche quello titolare delle seconde, e viceversa. Certo, anche in tale contesto vi era il fenomeno della delega di funzioni amministrative, dallo Stato alle Regioni e da queste agli EE.LL, che comprometteva il parallelismo; ma la distinzione tra titolarità (spettante all'ente delegante) ed esercizio (spettante all'ente delegato) delle competenze amministrative consentiva di ribadire il modello. Quando poi anche questo accorgimento è entrato in crisi nei rapporti tra Regioni ed EE.LL, la soluzione del problema finanziario è stata agevolata dalla presenza nel sistema di un ulteriore elemento di semplificazione, e cioè il fatto che l'art 119 non riguardava gli EE.LL e che mancava una disciplina costituzionale delle loro entrate.

Lo scenario del nuovo titolo V è completamente diverso: per un verso, infatti, l'art 119 disciplina anche la finanza degli EE.LL e lo fa, come si è detto, tipizzando le entrate che concorrono a definire la loro autonomia finanziaria, mentre, per altro verso, viene completamente superato il parallelismo. Tutto ciò pone il problema di individuare il tipo di funzioni sulle quali commisurare, nel dare attuazione all'art 119, l'autonomia finanziaria degli enti.

Affermare che il problema neppure si pone, in considerazione della sostituzione del modello "binario" con il sistema "a cascata" di rapporti Stato-Regioni-EE.LL, significherebbe eludere la questione, che poi si riproporrebbe appieno nei rapporti Regioni-EE.LL. Ed infatti le competenze amministrative dovrebbero tendenzialmente spettare ai Comuni, ma l'ente che ha la potestà legislativa di disciplinarle deve intestarle ai vari enti e nel provvedere a ciò deve tener conto dell'eventuale necessità di "assicurarne l'esercizio unitario", con il possibile esito di mantenerle a se stesso o di attribuirle ad enti diversi dai Comuni, "sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza" (art 118 c.1). In partico-

lare, tra le competenze amministrative ve ne possono essere alcune che hanno ad oggetto attività di programmazione e di finanziamento degli enti territoriali preposti a realizzare poi le specifiche iniziative o a gestire concretamente le relative attività. Il problema che si diceva viene allora a precisarsi in questi termini: è possibile all'ente che dispone della potestà legislativa riservarsi queste competenze, oppure attribuirle ad un livello istituzionale superiore a quello preposto alla realizzazione degli specifici interventi, qualora ritenga che le medesime richiedono di essere esercitate in maniera unitaria ? L'alternativa è tra il ritenere che funzioni del genere scompaiono e non sono più ammissibili per il solo fatto che i trasferimenti finanziari non sono previsti tra le entrate che, ai sensi dell'art 119, compongono l'autonomia finanziaria degli enti territoriali, oppure sostenere una sorta di prevalenza dell'art 118 sull'art 119.

Per risolvere questo problema bisogna muovere dalla considerazione che vi sono ambiti in cui le competenze dell'ente, anche eventualmente di natura amministrativa, lo investono della potestà di definire le politiche da perseguire; vi sono invece ambiti in cui l'ente dispone di competenze che servono ad attuare le altrui politiche oppure a condizionarle ed orientarle mediante l'esercizio di potestà legislative (come nel caso della determinazione dei livelli delle prestazioni) o anche amministrative. Questi due ambiti non sono delimitati direttamente dalla Costituzione che si limita ad attribuire la competenza a delimitarli e si limita a stabilire i criteri da seguire nel farlo.

Per i profili che ci interessano, bisogna anche muovere dalla constatazione che l'autonomia finanziaria è un attributo meramente strumentale che serve agli enti per poter concretamente esercitare quei poteri che consentono loro di perseguire in autonomia proprie politiche, per cui essa è predicabile esclusivamente entro gli ambiti in cui ricorre questa possibilità ed è in riferimento a tali ambiti che opera l'art 119 e la tipizzazione delle forme di finanziamento da esso prescritta (in questo senso va, a mio parere, interpretato l'art 119, c. 4, quando parla di integrale finanziamento delle funzioni "pubbliche" attribuite agli enti territoriali, visto che sarebbe difficile immaginare che abbia con ciò voluto contrapporre le funzioni pubbliche a quelle private). Fuori dagli ambiti di autonomia politica, gli EE.LL (ma il discorso vale logicamente anche per le Regioni) devono poter disporre di risorse per l'esercizio di competenze che richiedono l'impiego di mezzi finanziari, ma queste risorse sono ulteriori e diverse da quelle previste dall'art 119, in quanto non concorrono a comporre la loro autonomia finanziaria, e restano liberamente disciplinate

dal sovrastante livello di governo che è competente a definire le politiche a cui l'esercizio di tali competenze è funzionale.

Da questa soluzione discende che gli enti forniti di potestà legislativa dispongono anche del potere di lasciar fuori dall'ambito di applicazione dell'art 119 il finanziamento di determinate competenze amministrative e di istituire per esse appositi trasferimenti finanziari. Si tratta di un esito che attenua notevolmente il modello garantista di autonomia finanziaria, ma che non vale a svuotarlo, perché risulta comunque circoscritto da alcuni correttivi previsti dal nuovo titolo V.

In primo luogo, questo potere va esercitato secondo il principio di sussidiarietà, per cui è necessario che la sottrazione di competenze amministrative all'area dell'autonomia finanziaria non dipenda semplicemente dall'esistenza (o creazione) di una funzione amministrativa di finanziamento (perché il mero finanziamento deve pur sempre avvenire nei modi stabiliti dall'art 119), ma si giustifichi per la presenza (o l'istituzione) di una sovrastante competenza di tipo programmatorio, non altrimenti allocabile.

In secondo luogo vi sono le funzioni "fondamentali" degli EE.LL, che compete allo Stato individuare mediante l'esercizio della sua potestà legislativa esclusiva di tipo trasversale. È possibile, allora, riconoscere agli EE.LL un ambito di maggiore autonomia, relativamente alle loro funzioni "fondamentali", con l'esito di escludere che tali funzioni possano essere sottordinate a competenze programmatorie esercitate da altri. In definitiva né lo Stato né le Regioni potrebbero sottrarre il finanziamento di queste funzioni all'ambito di applicazione dell'art 119.

Conclusivamente, si può dire che siamo in presenza di una sorta di dieci comandamenti, dai quali scaturisce un modello che cerca di conciliare il massimo di federalismo fiscale (articolato su più livelli di governo) con il massimo di solidarietà (realizzata mediante la perequazione fiscale e dei bisogni). Un federalismo, in altri termini, non come separazione, bensì come strumento di responsabilizzazione.

ENRICO MORONI

L'IDEA FEDERALISTA

Astuzia della cronologia. I dieci anni della Facoltà di Scienze Politiche corrispondono ai dieci anni dalla introduzione del termine «federalismo» nella discussione istituzionale, federalismo inteso come regionalismo spinto, nel dibattito sulle autonomie. Fu nella conclusione precipitosa, nella persuasione che fosse finita la prima repubblica, quando Nilde Iotti, nella relazione che accompagnava il progetto della Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali, scriveva: «il regionalismo ai limiti del federalismo».

Il federalismo non occupa nella storia del pensiero politico un posto chiaramente definito, problematico è il suo significato. Un caso esemplare della babele, o proliferazione semantica o eterogenesi lessicale, lo troviamo nel termine «federalismo fiscale» che si porta dietro un margine paradossale di ambiguità. Pare che la formula del federalismo fiscale, inizialmente applicata nell'ambito della scienza delle finanze pubbliche per indicare soprattutto istanze di intervento del governo centrale a sostegno di politiche pubbliche dei governi locali negli Stati federali, abbia affermato un'esigenza di uniformità e di centralizzazione, quando poi la suggestiva evoluzione semantica trasmette un messaggio di controllo diretto da parte dei cittadini sul prelievo di risorse finanziarie operato localmente dallo Stato.

Mettere ordine, dare unità e rigore al linguaggio giuridico e filosofico? Ci ha già provato negli anni Venti la Società francese di filosofia, con André Lalande che ha voluto superare, positivisticamente illudendosi, l'anarchia linguistica con definizioni definitive ma poi inutili a star dietro all'uso delle parole.

La storia del federalismo – il termine è comparso solo verso la fine del Settecento – è cominciata con la fondazione degli Stati Uniti d'America, e così fin dall'inizio si è manifestato il rapporto tra federalismo e storia europea. Gli americani si trovarono immediatamente di fronte a una scelta, dove si giocava il proprio destino. Erano aperte due vie: o

ripetere in America una specie di storia europea su scala ridotta, e allora non si sarebbero evitati il confronto di forza permanente tra gli Stati e le guerre intestine, con le conseguenze materiali e ideali di tutto ciò; oppure dar vita ad una storia nuova con un sistema politico nuovo, se si fosse trovato il modo di assicurare sia l'indipendenza degli Stati, la diversità, sia quella dell'Unione. Così la diversità e l'unità: come accadde.

Ma il federalismo non si risolve in una teoria puramente istituzionale: sarebbe del tutto inadeguata di fronte alla direzione generale, caratterizzata dall'emergere di elementi di federalismo, verso la quale si stanno sviluppando nel nostro tempo la costruzione dello Stato e l'organizzazione internazionale. Basti considerare che circa un terzo dell'umanità vive in Stati le cui costituzioni si definiscono federali.

Lo schema interpretativo più organico che permette di dominare teoricamente la tendenza del federalismo verso la globalità è quello sviluppato da Mario Albertini, il quale definisce il federalismo come un'ideologia che ha un suo aspetto di struttura (lo Stato federale: l'aspetto istituzionale del federalismo è certamente il più conosciuto e il più studiato), un aspetto di valore (la pace universale e il cosmopolitismo come obiettivo, riflessione sul significato storico globale delle istituzioni federali, che non si trova nel pensiero costituzionale americano, in conformità con il suo carattere pragmatico, mentre risulta dagli scritti di filosofia politica di Kant e di Proudhon) e un aspetto storico-sociale (il superamento della divisione della società in classi e in nazioni, dunque la capacità del progetto federalistico di uscire dal mondo dell'utopia e di incidere sul processo storico).

Ma la crisi dello Stato nazionale si manifesta anche in una direzione opposta, nei movimenti per l'autogoverno regionale e locale, nella tendenza al superamento degli aspetti accentratori e autoritari dello Stato nazionale. Albertini e anche Lucio Levi, nei loro scritti hanno prestato attenzione solo a una faccia del federalismo, hanno considerato il federalismo fra gli Stati e non il federalismo nell'interno di uno Stato.

Due diversi (complementari, confliggenti?) tipi di federalismo: quello sovranazionale (o esterno): più stati nazionali decidono di alienare una parte della loro sovranità per unirsi in una federazione sovranazionale configurata come superiore stato federale. E, dall'altra parte, il federalismo infranazionale o interno, dove stati regionali, veri stati con una loro sovranità, si uniscono in uno Stato federale nazionale.

Chi (come Corrado Malandrino) ha cercato di classificare, per categorie descrittive, il federalismo, ne ha trovati perlomeno quattro: l'esterno e l'interno, il sovranazionale e l'infranazionale, e in entrambi i casi il fede-

ralismo si presenta come formula di unione tra realtà sovrane diverse, oppure formula di contestazione di una unità accentratrice.

Le altre due tipologie, diverse per il contenuto, le forme, i valori di riferimento, dipendono dall'attenzione agli aspetti politici oppure a quelli economico-sociali. Si può dire di un federalismo istituzionale, interno o esterno, già detto. Ma se abbraccia l'intera sfera sociopolitica, economica e culturale della vita associata, si può parlare di federalismo integrale, oltre il mero federalismo politico-istituzionale.

Il federalismo interno, cui è prevalentemente dedicato questo convegno, non sembra possa avvalersi di una riflessione teorica approfondita. Le enciclopedie, i dizionari delle idee politiche sono inutilizzabili. Inutile cercare nell'*Enciclopedia del diritto*, in un volume del 1968. Persino il *Dizionario di politica*, diretto da Norberto Bobbio e Nicola Matteucci (1983), e nella seconda edizione anche da Gianfranco Pasquino (1990) – Pasquino che ha sempre rimproverato a Bobbio il disinteresse per le riforme istituzionali – non dice niente del federalismo interno. E pensare che Bobbio ha visto in Cattaneo non solo il precursore del federalismo europeo ma anche il pensatore che ha visto i limiti illiberali e autoritari delle istituzioni dello Stato nazionale unitario, e dunque il modello, il suo, di una sfortunata filosofia militante, soffocata nell'Ottocento da una egemonia spiritualistica di maniera, tra giobertismo e hegelismo. Successivamente la autorevole *Enciclopedia delle scienze sociali*, dell'Istituto della Enciclopedia Italiana (vol. IV, 1994), mentre ripropone con aggiustamenti la voce *Federalismo* di Luigi Levi del *Dizionario di politica*, affida a Giuseppe de Vergottini la trattazione della voce *Federazione*. Nel giro di poche pagine viene in evidenza la scissione tra riflessione teorica e riflessione giuridica.

Ma il federalismo, nella teoria e nella prassi, è cosa antica. Quattrocento anni fa (1603) veniva pubblicata in Germania la *Politica methodice digesta* del calvinista Johannes Althusius, per 34 anni *Syndikus* (consulente legale e supremo funzionario giuridico-amministrativo) a Emdem. Il grande trattato di scienza politica (più di mille pagine, cinquanta per l'indice delle cose notevoli), svolge un sistema interamente federalistico.

Non credo che sia avvenuta per caso la traduzione italiana, a cura di Antonio Giolitti, come primo volume della "Biblioteca di cultura giuridica", nel 1943, presso Einaudi, Bobbio ispiratore, del testo, degli anni Ottanta dell'Ottocento, di Otto von Gierke, che ha sistemato Althusius ben in alto nella storia delle dottrine politiche. In quel periodo, esce, nel 1945, un'antologia degli scritti politici di Carlo Cattaneo, con l'introdu-

zione, *Stati Uniti d'Italia*, di Norberto Bobbio. Nello stesso anno il grande chiarificatore interveniva su *Le due facce del federalismo* e su *Federalismo vecchio e nuovo*, in "GL". Quotidiano del Partito d'Azione.

Tra natura e convenzione, la dottrina di Althusius è l'espressione più significativa dell'elaborazione monarcomaca, *summa* del pensiero politico antiassolutistico. La *Politica methodice digesta*, già dal titolo, che riprende una parola, politica, per quasi due millenni caduta in desuetudine, usata soltanto in dizioni che denotavano fattispecie del tutto marginali, indica la tensione ricostruttiva del grande trattato sistematico, descrittivo perché, aristotelicamente, per Althusius la società umana passa naturalmente dalle aggregazioni semplici alle più complesse fino allo Stato, e insieme razionalisticamente appoggiato al motivo del consenso che fonda la forza del potere, giusnaturalisticamente convenzionale. Da una parte la grande espansione dei valori comunitari, così caratteristici degli organismi corporativi del tempo e della mentalità tedesca, dall'altra l'attenzione al pericolo della degenerazione della vita insieme, quando la predisposizione naturale della vita dell'uomo alla vita associata trova ostacolo nell'amministrazione tirannica dello Stato: il capitolo più lungo della *Politica* è proprio dedicato alla tirannide ed ai rimedi per liberarsene.

Subito Althusius afferma il principio della sovranità popolare, quasi un secolo e mezzo prima di Rousseau (con una grande differenza: il ruolo dei corpi intermedi): «Attribuisco i cosiddetti diritti di sovranità non al sommo magistrato, ma allo stato o associazione universale». Il popolo ne è titolare, la sovranità gli appartiene talmente che neanche volesse può rinunciarvi, poiché costituisce «lo spirito, l'anima e il cuore», la vita del popolo. Il popolo può delegare, dare in amministrazione il suo diritto: i governanti sono solo funzionari, esecutori del diritto sovrano del popolo, *famuli et ministri* della comunità.

La politica viene definita da Althusius *simbiotica*, ad esprimere il fondamento della società, che risiede nella socievolezza. Si introduce l'dea di un contratto ed anche viene annunciata la significativa dottrina della *communicatio*.

La *communicatio*, che mette in comune le cose e le opere, si presenta secondo tre aspetti, che Althusius sviluppa con sistematicità. Viene applicata ai beni, alle funzioni, al diritto. Proprio dalla comunicazione tra i cittadini di cose, di opere, di diritti e di mutua concordia nasce il *politeuma*, che è il diritto simbiotico della città. Stabilita l'idea fondamentale della *consociatio symbiotica*, che si regge sulla *communicatio*, si delinea poi una struttura di successivi livelli di complessità. I gruppi ristretti dan-

no origine ai più grandi, nell'ordine che Althusius descrive: famiglia, corporazione, comune, provincia, Stato.

Studi recenti hanno sottolineato che è intrinseco al sistema althusiano delle *consociationes* simbiotiche private e pubbliche, particolari e universali, l'affermazione forte della loro capacità di autoamministrazione. Ancor più si comincia (Malandrino) a cogliere il nesso con la problematica della sussidiarietà, che nel sistema althusiano può rientrare come criterio implicito di regolamento dei rapporti fra i livelli politico-amministrativi corrispondenti alle varie forme di associazioni pubbliche. Gierke, ad esempio ricorda che ogni associazione inferiore, in quanto comunità reale originaria, ha diritto alla propria vita sociale particolare e alla sua sfera giuridica di autogoverno orientata alla realizzazione dei fini peculiari: questa sfera non può essere violata dalle associazioni superiori. Thomas Hüglin recentemente ha scritto che è proprio del «federalismo integrale» di Althusius un carattere non centralistico dell'amministrazione. Significa che il massimo livello – quello centrale – della burocrazia amministrativa, non si sovrappone all'amministrazione locale, «ma s'inserisce solo laddove le esigenze amministrative superino la capacità di autoregolazione del contesto particolare». Già nella prima modernità dunque il concetto di sussidiarietà (al di là dell'assenza del termine) si può così rintracciare nel protofederalismo althusiano.

Il pensiero della sussidiarietà appartiene sì alla tradizione liberale, ma è soprattutto con l'avvento delle encicliche dei papi Leone XIII (1891, *Rerum novarum*) e Pio XI (1931, *Quadragesimo anno*), che si ha la formulazione dottrinale. Dalla *Quadragesimo Anno*: «Siccome non è lecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. L'oggetto naturale di qualsiasi intervento nella società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già di distruggerle e di assorbirle». E un brano della *Centesimus annus* (1991, Giovanni Paolo II): «Una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune».

Nella *Politica methodice digesta*, negli ampliamenti della seconda (1610) e terza (1614) edizione, si trova il principio che un corpo politico minore è autorizzato dalla sua stessa intima costituzione e dalle sue finalità esistenziali a trattare e a portare a termine autonomamente le proprie

competenze sul piano della comunicazione dei diritti e dell'amministrazione. Althusius ha delineato il concetto di governo autosufficiente delle comunità cittadine nelle materie di pertinenza locale.

Non solo. Nel sistema althusiano, dove è regolamentato in modo particolareggiato il diritto di resistenza contro la tirannide, questo diritto va fino alla completa secessione. Quando la tirannide si conserva fino a far morire la speranza in un futuro di pace, quando non c'è consonanza con gli altri membri dello Stato sul rimedio da prendere, allora anche una sola provincia può svincolarsi e ricostruire una nuova comunità politica.

Ha commentato Pierre Mesnard (*Il pensiero politico rinascimentale*): «È questo il segno più netto di un'assoluta demarcazione tra i partigiani e gli avversari della monarchia classica. Da una parte i regalisti dei vecchi paesi latini, che apprendono dalla storia e che costatano ogni giorno grandi vantaggi di un potere personale forte e centralizzato, i quali tendono ad assorbire il regno nello scettro e la legge nel sovrano. Dall'altra magistrati formatisi non più sul diritto romano, ma sulle usanze germaniche, tutte intessute di privilegi provinciali e di libertà corporative: gli occhi fissi sui vantaggi concreti e i diritti del cittadino, essi non vedono nello Stato che un garante di queste concessioni. *Ubi bene, ibi patria*; se il giogo pesa troppo, lo si spezza e lo si sostituisce». Una riprova, questa, della prevalenza dell'originario carattere federale di ogni formazione statale.

Si spiega dunque la rinnovata attenzione, non solo in Germania e in Olanda, ma anche negli Stati Uniti e in Italia, per l'opera althusiana.

Il federalismo come la teorica della libertà e della democrazia fu nel pensiero di Cattaneo, insisteva Bobbio più di cinquant'anni fa, nella introduzione a un'antologia degli scritti politici, «quasi un punto d'incontro di tutte le sue esperienze culturali, il fuoco in cui convergevano i raggi delle sue ricerche, delle sue aspirazioni, dei suoi sentimenti». L'unità federale, parole di Cattaneo, «è la sola forma d'unità che sia possibile colla libertà, colla spontaneità, colla natura». E aggiunge: «Io vagheggio una famiglia unita colla lingua, colla fratellanza, cogli interessi e soprattutto coll'amicizia, con un'amicizia non arrogante né avara, molto meno colle stringhe, colle catene, cogli odii come furono Sicilia e Napoli, Sardegna e Piemonte». Perentoriamente in una lettera del 1851: «Il federalismo è la teorica della libertà, l'unica possibil teorica della libertà». Un nesso unisce libertà e federalismo: «Libertà è repubblica; e repubblica è pluralità, ossia federazione».

Il federalismo è una questione di principio. Se non mancano gli argo-

menti storici e geografici, i riferimenti alla storia d'Italia divisa in vari stati per tradizioni, costumi e leggi diversi, non riducibili ad unità se non a scapito delle caratteristiche individuali; se non sfugge a Cattaneo l'argomento tratto dalla varia natura del suolo, del clima, dei prodotti italici, non riconducibili ad una qualsiasi uniformità legislativa e istituzionale; tuttavia il fondamento del federalismo è schiettamente ideologico: sta nel principio «secondo cui lo stato unitario, in quanto tale, non può non essere autoritario, e quindi alla fine cesareo e dispotico, perché l'unità è, di per se stessa, soffocatrice delle autonomie, della libera iniziativa, in una parola della libertà, e solo la pluralità dei centri politici o meglio l'unità articolata e non indifferenziata, l'unità nella varietà e non già l'unità senza distinzioni, sono l'unica reale garanzia della libertà, l'unico ambiente in cui può prosperare la società nella direzione del progresso civile.

Il nesso tra federalismo e liberalismo è così essenziale che il principio federalistico diventa per Cattaneo problema politico generale, non solo in Italia ma da porsi con altrettanta forza fuori d'Italia, soluzione universale del problema della convivenza civile, principio unificatore di tutti i popoli europei, ed anche degli stati occidentali progressivi con quelli orientali stazionari. L'elogio della libera agricoltura, dei liberi traffici e della libera scienza, l'aborrimento di ogni imperialismo, ogni triste illusione di conquista militare, conduce Cattaneo a considerare il patto federale tra le nazioni come il naturale sbocco di una politica internazionale, fondata sulla scienza positiva e sul principio della libertà. Sosteneva Cattaneo: «È tempo che le discordi tradizioni delle genti si costringano ad un patto di mutua tolleranza e di rispetto e d'amistà, si sottomettano tutte al codice d'un'unica giustizia, e alla luce d'una dottrina veramente universale».

Il federalismo così inteso, come teorica della libertà, era stato già suscitato in Francia dagli uomini della Gironda, nel periodo della Convenzione nazionale, in contrasto con la tendenza accentratrice dei giacobini. Cattaneo conosce e apprezza Benjamin Constant che, quando affrontava il problema di un «potere municipale», come potere distinto dagli altri poteri dello Stato, riconosceva che si dovesse introdurre nell'amministrazione dello Stato «un po' di federalismo», intendendo per federalismo non già la teorica dello Stato federale, ma più correttamente la teorica dell'autogoverno locale. Constant paragonava la libertà degli enti locali, in tutto ciò che non riguardava gli interessi generali, alla libertà di cui doveva godere l'individuo nella sfera degli interessi individuali. E poi Sismondi che richiamava l'importanza del libero comune nella compagine dello Stato, il libero comune come scuola di scienza sociale e di patriottismo, come avviamento alla democrazia. In quegli anni (nel 1835 e nel

1840) Tocqueville gettava uno sguardo molto penetrante sulla democrazia in America, sul meccanismo del più potente e libero tra gli Stati federali moderni, e ne rivelava i segreti mentre ne esaltava le virtù.

Come la vera scienza della natura consiste nel rispettare le difformità, traendone la legge, così la vera scienza della società deve fondare quella sola unità che è compatibile con la conservazione delle distinzioni. Ecco Cattaneo: non vi è vera unità che non sia nutrita di distinzioni – è il principio fondamentale della federazione – quella unità che veniva contrapposta al «politico panteismo», questa l'accusa, di Mazzini, «nel quale, per virtù metafisica dell'unità, persone e cose venivano in tal modo tramestate e assorte».

Bobbio ha ricostruito, ed era il momento di "Giustizia e libertà", i tre diversi momenti, ciascuno con i propri caratteri, dello sviluppo del pensiero federalistico di Cattaneo: prima una ideologia normativa per una generale politica europea, poi la matura idea federalistica viene applicata al problema della guerra di insurrezione nazionale, idea infine che si trasforma in principio generatore di riforme militari e amministrative. Dal '35 fino a dopo il '60, da un vago disegno che prende forma più precisa e poi si adatta al fatto compiuto dell'unità, nel turbinoso e rapido svolgersi degli eventi, un'unica idea che assume aspetti diversi. Il programma massimo dello Stato federale si riduce, a contatto con la realtà, al programma minimo dell'autonomia legislativa e amministrativa della regione

Non si trova negli scritti di Cattaneo (e sono pochi quelli in cui il problema federalistico è trattato di proposito) una chiara delineazione dello Stato federale dal punto di vista giuridico e amministrativo. Non c'è per il giurista o l'uomo di Stato una teoria della federazione, c'è il modello costante, il rinvio alle istituzioni della grande e della piccola federazione: «Solo al modo della Svizzera e degli Stati Uniti può accoppiarsi unità e libertà». È una invocazione, un programma d'azione: «Per me la sola possibil forma d'unità tra liberi popoli è un patto federale. Il potere debb'essere limitato; e non può essere limitato se non dal potere».

L'antico comune è simbolo della libertà italiana, in tutti i teorici della repubblica da Giuseppe Ferrari a Giuseppe Montanelli. La futura repubblica federale italiana vivrà nei municipi, le «repubblichette» secondo l'espressione dispregiativa di Gioberti. Tutte insieme costituiranno il «repubblicone», per il principio che «tra la padronanza municipale e l'unità nazionale non si deve frapporre alcuna sudditanza o colleganza intermedia». A questo repubblicone Cattaneo darà il nome di Stati Uniti d'Italia. Il federalismo è per Cattaneo la più valida garanzia della libertà civile e

politica, mentre lo Stato unitario, in quanto tale inevitabilmente sarà oppressivo, livellando le differenze, accentratore e così dispotico.

La federazione è lo sviluppo logico del principio che la libertà si conserva, parola di Machiavelli, tenendovi sopra le mani. Si conserva impedendo la formazione di leggi da parte di parlamenti lontani dai destinatari, e quando ciascun popolo conserva i propri usi, costumanze, leggi presso di sé, in sede locale. La federazione è l'unica possibile «teorica della libertà», applicabile, ben applicabile a due diverse situazioni, quella europea e quella italiana.

Cattaneo da una parte e Ferrari dall'altra, ma anche un federalismo cattolico di Rosmini, Balbo e altri. Vince la tensione unitaria di Mazzini che fa prevalere l'idea di nazione rispetto al federalismo, visto come elemento di disgregazione pericolosa per il nuovo Stato unitario.

Del dibattito risorgimentale non si rompe il filo, fra le due guerre e nel secondo dopoguerra, lo riprendono gli intellettuali antifascisti (Gobetti, Salvemini, Bobbio) che provano a conciliare giustizia e libertà. "Giustizia e libertà" ha tenuto per un po' acceso il dibattito sullo Stato, sui principi dell'autonomia, sul federalismo inteso in senso istituzionale ed anche sociale. Ed ha tenuto aperto il dibattito sull'europeismo. Nella *Discussione*, quasi un manifesto del 1935, *sul federalismo e l'autonomia*, Carlo Rosselli, allievo di Salvemini, fissa sei punti riassuntivi.

Il primo è il federalismo politico territoriale, in quanto applicazione del più generale concetto di autonomia, che significa libertà per i singoli gruppi in una concezione pluralista dell'organizzazione sociale.

Il secondo punto è l'istituzione delle regioni senza irrigidimenti nei confini territoriali.

Un terzo punto recita l'allargamento del patriottismo nazionale, e significa che si parla di umanità, dei valori essenziali per tutti, indipendentemente dal sangue, dalla lingua, dal territorio, dalla storia.

Il quarto punto sostiene gli organi dell'autonomia che si trovano dove la vita avviene veramente, dove l'individuo può controllare: e quindi il comune, il consiglio di fabbrica o dell'azienda agricola, cooperativa, camera del lavoro, sindacati, leghe, giornali, scuola, famiglia, gruppi sportivi, centri di cultura e tutte le forme innumerevoli di associazione libera e gli organismi della vita civile.

Il quinto punto parla di «stato federativo», mentre il sesto ed ultimo punto sostiene una iniziativa dei gruppi locali in Italia e all'estero con federazione al centro, cioè una propensione e tensione all'allargamento dell'ambito territoriale nazionale in dimensione europea.

Tra i passaggi successivi dell'elaborazione federalista, un posto di spicco spetta a Silvio Trentin. Nel 1972 sono stati pubblicati suoi inediti che contengono anche dei progetti di costituzione di uno Stato federale. L'influenza socialista ed anche comunista determinava un forte riferimento al modello dell'Unione sovietica come termine di paragone, pur visto con spirito critico per i difetti già da tempo manifesti, in quanto sistema di consigli che fanno funzionare le istituzioni ad ogni grado. Scriveva, mescolando immagini del linguaggio giuridico e biologico, in *Liberare e federare*: «In qualsiasi raggruppamento umano provvisto di un'organizzazione unitaria il tessuto sociale si suddivide in una serie innumerevole di cellule più o meno estese, più o meno compatte, all'interno delle quali l'individuo si trova incorporato come parte integrante e per la mediazione delle quali si sforza di raggiungere i suoi fini, pur collaborando al mantenimento dell'equilibrio e dell'ordine nelle relazioni di convivenza. In seno al gruppo l'individuo non vive mai isolato; coscientemente o incoscientemente è sempre portato a partecipare con la sua attività, per valorizzarne tutte le possibilità e attitudini creatrici, a un'opera, a un'impresa, a una comunità solidale e organica».

Di lì a poco doveva venire alla luce il messaggio di un altro pensatore federalista, Adriano Olivetti, implicitamente evocato. I «nuclei di vita collettiva», preesistenti allo Stato, erano fondati sui concetti di «opera», di «impresa» e di «comunità». Dalle singole autonomie individuali promanavano le «autonomie minori» o «primarie», le istituzioni di base dell'«immensa piramide» dello Stato federalista, raggruppate, all'interno di ogni circoscrizione territoriale, comuni, province, regioni, «nella misura in cui hanno di fatto acquistato una individualità, una personalità proprie, in cui determinino la nascita e garantiscano il mantenimento di un focolare di vita unitaria, suscettibile di dare un'impronta caratteristica alle relazioni tra le persone che coabitano il territorio che'esse circoscrivono». La collettività di base nei comuni e quindi ai livelli man mano superiori era tenuto insieme da un legame di natura federale.

Altri continuatori e altre varianti. Nel mondo cattolico le teorie personaliste di Mounier e Maritain impostano le relazioni tra persona, società, Stato in una visione statuale antiaccentratrice e valorizzatrice dei corpi periferici e intermedi. La società ha una vita diversa da quella dello Stato. È essenziale per la libertà che questa vita proceda dal basso, quasi che lo Stato sia un grande albero a protezione di un immenso giardino, il consorzio umano, le cui radici affondano e si estendono nel terreno che le alimenta.

Per concludere, il federalismo, inteso nel senso non meramente istituzionale e statale, inteso nella più ampia prospettiva sociale e culturale, può ormai essere pensato come un modello che si ponga in antitesi a quello dello Stato moderno, quello di Hobbes, di Bodin e anche di Rousseau. Allora l'idea federalista potrebbe rappresentare un grande *design*, come è stato scritto, un progetto rivoluzionario capace di offrire soluzioni nazionali, locali, sovranazionali e mondiali, a fronte della crisi dello Stato monolitico moderno, centralista e autoritario.

Riferimenti bibliografici

MARIO ALBERTINI, *Il federalismo*, il Mulino, Bologna 1993; CORRADO MALANDRINO, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Carocci, Roma 1998; OTTO VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Einaudi, Torino 1943; JOHANNES ALTHUSIUS, *Politica*, a cura di Demetrio Neri, Guida, Napoli 1981; CORRADO MALANDRINO, *La «sussidiarietà» nella* Politica *e nella prassi antiassolutista di J. Althusius a Emden,* in «Il pensiero politico» XXXIV (2001), pp. 41-58; NORBERTO BOBBIO, *Una filosofia militante. Studi su Carlo Cattaneo*, Einaudi, Torino 1971; SILVIO TRENTIN, *Scritti inediti. Testimonianze, studi*, Guanda, Parma 1972.