

ANNO LXXI - 2003/04

NUOVA SERIE A - N. 55,3

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



# STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 3

BEATRICE BERNARDINI D'ARNESANO, *La costituzione della repubblica greca*, 325

MARIO BOFFO, *Origini, presente e possibile futuro della politica estera e della difesa europea nel contesto della dialettica tra Europa e Stati Uniti in un mondo in rapida trasformazione*, 351

ALLAN R. BREWER-CARIAS, *El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004*, 377

ANNA MARIA DEL VECCHIO, *Il problema dello sviluppo di fronte alle emergenze e alle sfide del mondo contemporaneo*, 437

MASSIMO POGGI, *Arbitrato e risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, 465

**Direttore responsabile:** GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

**Comitato scientifico:** GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPPIÈ, GIUSEPPE GILIBERTI, RÉGINALD GRÉGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUNARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA, CHIARA TENELLA SILLANI

**Redazione:** MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

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

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

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

**Stampa:** Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXI - 2003/04

NUOVA SERIE A - N. 55,3

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



MASSIMO POGGI

*ARBITRATO E RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE  
NEGLI APPALTI DI OPERE PUBBLICHE*

SOMMARIO

1. *Dalla legge 11 febbraio n. 109 alle recenti modifiche introdotte dalla legge n. 216/1995 con specifico riferimento all'arbitrato – L'incostituzionalità.* 2. *L'art. 150 del D.P.R. n. 554 del 1999.* 3. *Arbitrato in opere pubbliche in riferimento al D.M. 2 dicembre 2000 n. 398.* 4. *Problemi applicativi e conclusioni.*

**1. *Dalla legge 11 febbraio 1994 n. 109 alle recenti modifiche introdotte dalla legge n. 216/1995 con specifico riferimento all'arbitrato – L'incostituzionalità***

L'istituto dell'arbitrato costituisce uno strumento privato di risoluzione delle controversie in alternativa alla giurisdizione ordinaria; la legge, infatti, prevede che le parti possano rivolgersi ad arbitri ossia a soggetti privati anziché alle competenti autorità giurisdizionali, ogni volta che si ritiene di poter risolvere la controversia affidandosi a persone dotate *di particolari tecniche*, specifiche, del caso.

Il ricorso al giudizio arbitrale presenta vantaggi sia da un punto di vista di celerità del procedimento e di preparazione tecnica delle persone incaricate di decidere la controversia e sia da un punto di vista della decisione emessa, visto che sono proprio le parti a scegliere, liberamente, gli arbitri. Esistono, però, anche degli svantaggi legati soprattutto al rischio di una non effettiva imparzialità e costituzionalità del giudizio. Tuttavia, l'arbitrato, nell'attuale attività della pubblica amministrazione, ha assunto un ruolo importante tanto da portare il legislatore ad adeguare la normativa esistente, in materia, alla realtà economico e sociali in continua evoluzione. In base all'art. 806 del codice di procedura civile, le parti possono far decidere da arbitri le controversie insorte tra di loro tranne in quelle previste negli art 409 e 442 c.p.c. in quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e altre che non possono formare oggetto di transazione. In sostanza dall'art 806 c.p.c. si evince che l'arbitrato non deve essere considerato strumento antagonista al processo civile ma

una strada alternativa di risoluzione delle controversie adesso, più flessibile e semplificata. Di regola, la disciplina legislativa si occupa del cosiddetto arbitrato rituale in cui arbitri privati decidono la controversia con un provvedimento che assume efficacia di sentenza<sup>1</sup>.

Nella prassi si è però diffusa un'altra forma, quella dell'arbitrato irrituale<sup>2</sup> o libero. Le parti conferiscono agli arbitri il compito di risolvere la lite mediante atto negoziale. Dunque, con il primo agli arbitri si attribuisce una funzione giurisdizionale, con il secondo invece la decisione dell'arbitro assume una valenza di atto negoziale. In specie, nell'ambito di appalti di opere pubbliche sia le vecchie norme sia le attuali, conferiscono all'arbitrato natura rituale; infatti, espressamente l'art 150, comma 1, del D.P.R. 554/99 enuncia che ad esito della procedura prevista, il lodo assume efficacia di sentenza. L'esame delle disposizioni in materia di contenzioso, elaborate nell'iter della legge quadro sui lavori pubblici, evidenziano altresì diverse applicazioni dell'istituto dell'arbitrato<sup>3</sup>. In particolar modo, la definizione delle controver-

---

<sup>1</sup> VITOLO R., *Introduzione al diritto dell'arbitrato*, Napoli, 2001.

<sup>2</sup> Cfr. A. GUARDINA, Voce arbitrato, in *Enciclopedia Treccani*, I, pagg. 2 e ss., 1995.

<sup>3</sup> Nella sostanza, si ha l'incompetenza assoluta del collegio arbitrale per la mancanza dell'essenziale presupposto costituito dal conferimento agli arbitri stessi di ogni relativo potere che risulta effettuato dalle parti nell'esercizio di una libera determinazione e la nullità del lodo anche ritenendo la sussistenza della clausola compromissoria in virtù della mera riproduzione di una siffatta clausola così come disciplinata dal predetto capitolato generale di appalto, la stessa fosse nulla prevedendo un arbitrato obbligatorio, in spregio al principio, più volte affermato dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, secondo il quale solo in virtù della concorde volontà delle parti liberamente formatasi sono consentite deroghe alla statualità della giurisdizione. Giova al riguardo notare come, secondo un risalente indirizzo della Corte di Cassazione (su cui, da ultimo, Cass. 20 maggio 1997, n. 4474; Cass. ord. 23 febbraio 2000, n. 15), ancorché caratterizzato dalla presenza di talune pronunce di segno contrario (così, ad esempio, Cass. 1 giugno 1990, n. 5144), il contrasto circa l'attribuzione della cognizione della controversia al collegio arbitrale o al giudice ordinario integrasse una questione di competenza (e non già di giurisdizione), richiamandosi il principio del "convogliamento" dell'arbitrato nell'ambito del giudizio ordinario attraverso l'impugnazione del lodo (art. 827 c.p.c.), oltreché attraverso il controllo giurisdizionale in sede di omologazione dello stesso (art. 825 c.p.c., nonché art. 51 del d.P.R. n. 1063 del 1962).

All'opposto, sulla base dell'orientamento accolto dalle Sezioni Unite della stessa Corte con la sentenza n. 527 del 3 agosto 2000 e successivamente ribadito dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (Cass. 5 dicembre 2000, n. 1251; Cass. 1 febbraio 2001, n. 1403; Cass. 5 marzo 2001, n. 3144; Cass. 13 aprile 2001, n. 5527; contra, Cass. 15 settembre 2000, n. 12175; Cass. 21 febbraio 2001, n. 2490), si ritiene che,

anche nell'arbitrato rituale, al pari di quanto accade in quello irrituale, la pronuncia arbitrale abbia natura di atto di autonomia privata, configurandosi pur sempre la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione: giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato e come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il dictum di soggetti privati, onde, nella specie, il contrasto sulla deferibilità della controversia medesima agli arbitri per essere quest'ultima devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, ovvero lo stabilire se detta controversia appartenga alla cognizione del secondo oppure dei primi (i quali, non svolgendo una forma sostitutiva della giurisdizione, non sono suscettibili di venire inquadrati in termini di organi giurisdizionali dello Stato), costituisce una questione, non già di competenza in senso tecnico, ma di merito, siccome direttamente inerente alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria, ovvero, in definitiva, del lodo, laddove, rispetto a siffatta questione, è inammissibile l'istanza di regolamento di competenza, essendo il relativo mezzo esperibile con esclusivo riferimento alle questioni riconducibili al paradigma di cui all'art. 38 c.p.c., Ciò posto, è tuttavia noto come venga correntemente riconosciuta, fatta salva l'osservanza delle relative formalità (quale appunto l'avvenuta fissazione della pubblica udienza di discussione) afferenti le facoltà spettanti alle parti, la possibilità di convertire il regolamento di competenza inammissibile in ricorso ordinario per cassazione, essendo a tal fine sufficiente (come esattamente nel caso di specie) che il ricorso stesso presenti tutti i requisiti richiesti per quest'ultima forma di impugnazione (quali la procura speciale e l'iscrizione del difensore nell'apposito albo) e che il ricorrente non abbia inequivocabilmente espresso la propria volontà di porre istanza di regolamento di competenza con dichiarata esclusione del ricorso ordinario (Cass. 20 maggio 1982, n. 3123; Cass. 29 aprile 1993, n. 5069; Cass. 18 aprile 1994, n. 3665; Cass. 1 marzo 1995, n. 2336; Cass. 20 novembre 1999, n. 803). Se per un verso è quindi indubitabile che le parti possano fare richiamo alla normativa generale in materia di appalti di opere pubbliche senza alcuno specifico riferimento alle norme che disciplinano la risoluzione delle relative controversie, sono per altro verso tuttavia censurabili le conseguenze che da ciò ha preteso di trarre la Corte, nel senso cioè di ritenere, da un lato, che difetti "così l'essenziale presupposto della volontà delle parti, nell'esercizio espresso della loro libera determinazione, di conferire agli arbitri il potere di risolvere la controversia", nonché, dall'altro lato, che, anche reputando la sussistenza della clausola compromissoria in virtù della mera riproduzione della clausola come disciplinata dal capitolato generale di appalto, la clausola stessa sia nulla contemplando un arbitrato obbligatorio. Al contrario, infatti, basterà notare come, qualora in un contratto di appalto concluso a seguito di relativa gara da un Comune, gli stipulanti, come nella specie, per regolare il relativo rapporto, abbiano fatto espresso richiamo, quale parte integrante del contratto medesimo, alle norme dei capitolato generale per le opere pubbliche approvato con d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, fra cui sono comprese quelle relative alla competenza arbitrale per la definizione delle controversie, non vi è necessità di una separata clausola compromissoria, posto che la volontà dei contraenti trova già la sua espressione, "per relationem perfectam", nel richiamo pattizio, onde, in tal caso, la fonte della competenza arbitrale va individuata non nella legge, bensì in una convenzione compromissoria concretamente intercorsa fra le parti, dalla quale deriva anche la forza vincolante della convenzione stessa, laddove, formatasi la volontà contrattuale secondo la disciplina dettata nel capitolato generale vigente nel momento in cui il contratto è stato con-

sie in materia di opere pubbliche contemplata dall'art 32 della legge 11 febbraio 199<sup>4</sup> n. 109<sup>5</sup>, citando che “qualora insorgano controversie

cluso, l'intero rapporto è retto e deve svolgersi secondo quella disciplina e le eventuali modificazioni sopravvenute di tale capitolato, così come gli interventi “abrogativi” della Corte Costituzionale, non possono alterare il regime pattizio dei contratti in corso, ciò valendo sia per le previsioni di carattere sostanziale sia per le previsioni di carattere processuale, come, ad esempio, quelle concernenti la competenza del collegio arbitrale (Cass. 21 giugno 2000, n. 8420; Cass. 17 maggio 2000, n. 6394; Cass. 21 aprile 1999, n. 3929; Cass. 16 aprile 1999, n. 3802; Cass. 28 maggio 1998, n. 5289).

Più in particolare, in tema di controversie nascenti da un contratto di appalto di opere pubbliche, deferite, in via generale, ad arbitri dall'art. 43 del relativo capitolato generale approvato con d.P.R. n. 1063 del 1962, la facoltà, riconosciuta ad entrambi i contraenti, di chiedere la deroga a tale competenza arbitrale, esclusa dall'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, il quale aveva modificato il testo dell'art. 47 del capitolato medesimo, è stata ripristinata a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del detto art. 16 (Corte Cost., sentenza n. 152 del 1996 sopra citata), onde la necessità di operare una distinzione tra gli appalti dello Stato (ovvero degli enti pubblici tenuti per legge all'osservanza dei capitolati generali per le opere statali) e gli altri appalti pubblici, atteso che, nel primo caso, la pronuncia della Corte Costituzionale produce, del tutto legittimamente, i suoi effetti ex tunc anche nei casi in cui la clausola compromissoria trovi la sua fonte nella volontà negoziale delle parti che abbiano recepito la normativa caducata attraverso il rinvio materiale alle disposizioni del capitolato generale (salvo il limite delle situazioni esaurite), mentre, nel secondo caso, come nella specie, il richiamo alle norme del capitolato medesimo operato dalle parti, le quali abbiano testualmente pattuito che quest'ultimo faccia parte integrante del contratto, assume la stessa natura e la stessa portata (negoziale appunto) dell'atto che richiama tali disposizioni, perdendo, quindi, qualsiasi collegamento con la fonte normativa di provenienza (art. 47 del d.P.R. n. 1063-62), così da conservare efficacia indipendentemente dalle successive modifiche della norma da cui sono tratte (esattamente in ragione dell'effetto vincolante che, liberamente, attraverso cioè una convenzione compromissoria intervenuta tra i contraenti, questi ultimi hanno attribuito al loro contenuto) ed, in particolare, dalla pronuncia di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 152 del 1996, concernente la devoluzione obbligatoria al giudizio arbitrale, dovendosi quindi conferire alla clausola in oggetto valore di clausola concordata e riconoscerne così la validità (Cass. 17 gennaio 2001, n. 563; Cass. 7 giugno 2000, n. 7705; Cass. 3929-99, cit.; Cass. 3802-99, cit.), anche indipendentemente dalla mancata approvazione specifica per iscritto ex art. 1341 c.c. (Cass. 3929-99, cit.) ed ancorché le previsioni del capitolato richiamato contemplino l'inderogabilità dell'arbitrato e (financo) la non impugnabilità del lodo per violazione di legge (Cass. 6394-2000, cit.).

<sup>4</sup> Sul tema si veda, CARULLO A., *I sistemi di risoluzione delle controversie: accordo bonario ed arbitrato*, pp. 391 e ss., in *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, MASTRAGOSTINO F., Torino, 2001.

<sup>5</sup> Sul quale di recente di veda, Decreto Presidente della Repubblica del 21 dicembre 1999, n. 554, in MAZZOCCO, ANGELETTI, COSTANTINI, GALLI, GUMONE, LEGGIADRO, ZOPPOLATO, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000.

relative ai lavori pubblici, le parti ne danno comunicazione al responsabile del procedimento che propone una conciliazione per l'immediata soluzione della controversia medesima". Qualora non raggiungano un accordo, entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, la soluzione è attribuita al giudice competente; dinnanzi al giudice ordinario, nel caso dei lavori in corso, si applicano gli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. Nei capitolati generali o speciali non può essere previsto che la soluzione delle controversie sia deferita ad un collegio arbitrale ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile.

La formulazione di tale norma risultò, però, essere oggetto di diverse critiche poiché essa senza apportare alcuna innovazione ai criteri di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, stabiliva semplicemente l'applicabilità del rito del lavoro ai "lavori in corso" ed escludeva il ricorso al procedimento arbitrale per la risoluzione delle controversie insorte tra pubblica amministrazione e privato imprenditore con riferimento all'esecuzione di opere pubbliche; quindi escludeva proprio il procedimento, quello arbitrale, che rispetto al giudizio ordinario ed a quello amministrativo, risultava essere il preferito per la specializzazione e la rapidità.

Le nuove norme in materia di lavori pubblici, introdotte con la legge n. 216/1995, hanno poi profondamente innovato le disposizioni in materia. Infatti, l'articolo 32 è stato riformulato dal legislatore del 1995 in maniera tale da far sì che da una originaria esclusione del giudizio arbitrale, quale mezzo per risolvere le controversie in tema di lavori pubblici, si arrivasse all'individuazione e specializzazione di un collegio arbitrale, quale tendenziale ed esclusivo giudice non solo per gli appalti ma anche per altri istituti<sup>6</sup>.

Nel testo finale dell'articolo 32, così come previsto dalla legge n. 216/1995, al comma 1, di fatti si dispone che "tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario, previsto dal comma 1 dell'art. 31 bis, possono essere deferite ad arbitri".

Con tale formulazione il legislatore ha tenuto quindi conto dell'orientamento sfavorevole della Corte Costituzionale nei confronti del così detto "arbitrato obbligatorio" ed ha voluto precisare che il ricor-

---

<sup>6</sup> Per il caso si veda: sentenze n. 488 del 18 dicembre 1991 e n. 49 del 23 febbraio 1994 della Corte Costituzionale; e Ordinanza della Cassazione civile del 28 settembre 1993, n. 716.

so al procedimento arbitrale non è obbligatorio ma facoltativo, nel senso che, in presenza di apposita clausola compromissoria – generalmente si ritiene che la clausola compromissoria non consiste in un *pactum de compromittendo* e cioè non pone in essere, un contratto preliminare per cui, nascendo la controversia, sia necessaria la stipulazione del compromesso per demandare la decisione agli arbitri. Essa contiene già e di per sé determina, il deferimento della controversia al giudizio degli arbitri. Ha natura costitutiva, non semplicemente obbligatoria e non occorre, sorta la controversia, la stipulazione di un apposito accordo per l'assoggettamento di questa alla decisione degli arbitri; per la specificazione delle controversie e per la nomina degli arbitri e cioè, in definitiva, per provocare la pronuncia, è sufficiente l'iniziativa di una delle parti, il giudice competente potrà essere il collegio arbitrale costituito presso la camera arbitrale per i lavori pubblici.

Con l'introduzione della disposizione normativa di cui si tratta, nella nuova formulazione dell'articolo 32, senz'altro, si è compiuta una notevole innovazione nel procedimento di definizione delle controversie relativa ai lavori pubblici rispetto alle categorie procedurali e processuali tradizionali.

L'articolo 32, comma 1, nel testo come modificato nell'articolo 9 bis, legge n. 216/95, rappresenta, pertanto, il risultato di una assoluta inversione di rotta rispetto la prima stesura della norma. La norma introduce, il principio procedimentale e processuale della devoluzione, alla competenza arbitrale, delle controversie in materia di appalti e concessioni non risolte tramite l'accordo bonario ex art. 31 bis.

L'obiettivo perseguito dal legislatore, mediante l'introduzione della norma in questione, sembra essere, pertanto, quello di offrire all'amministrazione tempi brevi e certi per definire il quadro economico finanziario dell'opera pubblica.

Il legislatore quindi, ha voluto con l'art. 31 bis e, poi, con l'art. 32, imprimere al contenzioso sulle opere pubbliche un'accelerazione tale da consentire agli amministratori di avere un quadro economico e finanziario certo e non suscettibile di sostanziali mutamenti.

La formulazione di tale norma, tuttavia, ha destato non pochi problemi di ordine costituzionale, in relazione alla interpretazione dell'arbitrato come mezzo di composizione delle controversie obbligatorio ovvero facoltativo in conformità ai dettami sanciti dalle sentenze in materia della Corte Costituzionale<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> CIANFLONE A. – GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.

Appare pertanto del tutto legittimo sollevare il dubbio circa la legittimità costituzionale dell'art 32 così come modificato dall'art. 9 bis, della legge n. 216/95. La locuzione, utilizzata nella legge quadro, "*la definizione delle controversie*", è ambivalente nel senso che può intendersi come "può essere" devoluta o "deve essere" devoluta.

Nel primo caso sono le parti a poter scegliere se la cognizione del mancato accordo bonario è da devolvere agli arbitri, nel secondo è il legislatore che decide sulla base di una scelta imposta. Quest'ultima interpretazione solleva evidenti indici di l'incostituzionalità.

La disciplina relativa agli arbitrati obbligatori, si pone in contrasto proprio con l'art. 24 della Costituzione ("*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento...*"), poiché si tratta di casi nei quali la deroga alla giurisdizione ordinaria non trova la propria fonte nella volontà delle parti, ma è imposta da una norma di legge o da altre fonti, comunque esterne alle parti. Non poche perplessità desta, poi, anche, l'art 32 L. 11 febbraio 1994, n. 109, in tema di esecuzione di opere pubbliche, nel testo modificato dalla Legge 2 giugno 1995, n. 216, nella parte in cui prevede che la definizione delle controversie tra gli enti pubblici e gli affidatari è attribuita ad un arbitro ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del c.p.c., in quanto si preclude alle parti la possibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria.

Nel caso invece degli arbitrati volontari, la questione di conformità al dettato dell'art. 24 Cost., si pone solo con riferimento all'essenza del contraddittorio nel procedimento per la dichiarazione di esecutività del lodo, poiché la rinuncia al giudizio ordinario trova la propria fonte in una libera scelta delle parti e non in una imposizione esterna<sup>8</sup>.

Peraltro anche la Corte costituzionale in tempi passati ha osservato che in virtù del combinato disposto degli artt. 24, comma 1, della Costituzione (diritto all'effettività della tutela giurisdizionale), 102, comma 1, della Cost. (riserva delle funzioni giurisdizionali ai giudici ordi-

---

<sup>8</sup> In specie, la Corte di Cassazione nel corso di un processo civile tra il Comune di Alleronia e l'impresa di Giovanni Martini, ha denunciato la detta norma, sospettando il contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost., prevedendo un caso di arbitrato obbligatorio nel quale la facoltà di scelta del giudice sarebbe rimessa solo ad un atto autoritativo della Pubblica Amministrazione appaltatrice, senza alcuna possibilità per il privato che partecipa alla gara o alla trattativa, di modificare tale scelta.

nari, salve le eccezioni di cui all'art. 103 della costituzione), il fondamento di qualsiasi arbitrato non può che rinvenirsi nella libera e concorde scelta delle parti.

In specie, si è ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 16 legge 10 dicembre 1981, n. 741 (*Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per la esecuzione di opere pubbliche*), che ha sostituito l'art. 47 D.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti<sup>9</sup>. La norma impugnata, prevedendo che la competenza arbitrale può essere derogata solo con una clausola inserita nel bando (o invito di gara) oppure nel caso di trattativa privata

---

<sup>9</sup> Il ricorso, con il quale è stato promosso il giudizio di legittimità costituzionale dal Commissario dello Stato per la Regione Sicilia presso la Corte Costituzionale, con sentenza n. 35, 2 maggio 1958, si è così concluso che è costituzionalmente illegittima la norma contenuta in legge regionale siciliana che implichi l'esclusione della competenza dell'Autorità giudiziaria rispetto a determinate controversie e come tale incida in senso negativo sulla giurisdizione (la fattispecie si riferisce al deferimento ad un Collegio arbitrale delle vertenze tra Amministrazione ed appaltatore di opere pubbliche); così come con sentenza n. 2 del 1963 si pronuncia l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale del titolo VIII del libro IV c.p.c. in relazione agli articoli 102 e 25 Cost., dovendo escludersi che l'istituto arbitrale intacchi la riserva dell'esercizio della funzione giurisdizionale a magistrati istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 102 Cost.), o deroghi alla norma che vieta di distogliere dal giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.) la funzione arbitrale non contraddice al principio della statualità della giurisdizione, posto dall'art. 102 Cost. Tale norma riservando solo a magistrati l'esercizio della funzione giurisdizionale non vieta ad ogni soggetto giuridico a svolgere la propria autonomia per la soluzione delle controversie di suo interesse, e di ricorrere ad un mezzo, come quello dell'arbitrato, legittimato da un regolamento del diritto di azione valido nel limite in cui su questo diritto la volontà singola opera efficacemente. Anche in seguito poi con sentenza n. 448 del 1991, la Corte si pronuncia disponendo che è costituzionalmente illegittimo, in riferimento agli artt. 24 e 102 Cost., nella parte in cui prevede un arbitrato obbligatorio. La corte ribadisce il suo orientamento secondo cui gli arbitrati obbligatori o necessari non sono conformi a Costituzione. La fonte dell'arbitrato non può risiedere nella legge o generalmente in una volontà autoritativa, in quanto solo le parti possono scegliere arbitri per la tutela dei loro diritti al posto dei giudici. Successivamente con sentenze n. 49, 206, 232 e 493 del 1994 e n. 54 del 1996, si è confermato l'orientamento della Corte per cui l'arbitrato obbligatorio è costituzionalmente legittimo solo nelle ipotesi in cui la fonte dell'obbligatorietà sia non eteronoma rispetto alle parti, bensì conseguente alla concorde volontà delle stesse di vincolarsi a derogare al fondamentale principio della statualità della giurisdizione. L'eventuale previsione di una ipotesi di arbitrato obbligatorio *ex lege* rappresenta una inammissibile compressione del diritto di azione e di difesa ad una negazione della tutela giurisdizionale.

nel contratto, finisce con il rendere obbligatorio l'arbitrato, in spregio al principio, più volte ribadito secondo cui solo a fronte della concorde e specifica volontà delle parti (liberamente formatasi), sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione.

Anche la Corte Costituzionale con decisione n. 152 del 1996, e poi, in altre sue pronunce<sup>10</sup>, ha ribadito che la facoltà di denegare l'accesso agli arbitri deve permanere sempre, in quanto l'istituto si fonda sulla concorde "e specifica volontà delle parti (liberamente formatasi)" perché "sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione" solo a fronte della espressione specifica della parte privata e di quella pubblica.

Dunque da ciò si desume che, in ambito di opere pubbliche, nonostante la posizione di supremazia dell'amministrazione, la facoltà di scelta deve comunque e sempre essere garantita in ogni situazione e grado del giudizio e quindi anche in quella disciplinata dall'art. 32.

Solo la volontà delle parti, nei termini e per gli effetti di cui agli art. 806 ss., c.p.c., può infatti derogare al principio costituzionale di riserva delle funzioni giurisdizionali alla magistratura ordinaria.

La fonte dell'arbitrato non può essere costituita da una legge ordinaria né da qualunque altra tipologia di volontà eteronoma. La competenza arbitrale può derivare esclusivamente da una cosiddetta "co-attribuzione" autonoma delle parti in lite che concordemente optano per la compromissione in arbitri della controversia, in virtù dell'art. 806 c.p.c.

Tale norma assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, per cui per evitare il deferimento al giudizio arbitrale della controversia, è sufficiente che una parte voglia il giudizio ordinario<sup>11</sup>.

Altre questioni di costituzionalità sono state poste anche in relazione all'art. 25 della Costituzione che investe direttamente il problema della riserva della giurisdizione. Si osserva, infatti, che "la garanzia costituzionale del giudice naturale opera rispetto a giudici precostituiti

---

<sup>10</sup> V. BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1963, 22 e più di recente ANDRIOLI, *L'arbitrato rituale e la Costituzione* ora in *Studi della Giustizia Costituzionale*, Milano, 1992, 350.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 71; BARILE P., *L'arbitrato rituale e la Corte Costituzionale*, in *Riv. Arbitrato*, 1992, 229 ss. e 232 ss.

nell'ambito dell'organizzazione giurisdizionale e non impedisce la risoluzione della controversia in via arbitrale”.

La giurisdizione, riservata allo Stato, si intende non nel senso di formulare la decisione di una controversia ma come potere dello stesso di dare efficacia esecutiva alla decisione; ciò sta a significare che esclusiva dello Stato non è la decisione della controversia ma la tutela coattiva del diritto<sup>12</sup>.

La Corte Costituzionale a convalida di quanto sopra, si è pronunciata con sentenza n. 440 del 27 maggio 2002 e n. 441 del 3 maggio 2003<sup>13</sup>.

I dubbi d'incostituzionalità, sono stati poi superati dal nuovo testo dell'art. 32 così come riformulato e introdotto dall'art. 10, comma 1, della legge n. 415 del 1998 che ha configurato, chiaramente, come facoltativo il ricorso all'arbitrato; infatti “tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma 1 dell'art. 31

---

<sup>12</sup> Con sentenza n. 440 del 2002, il convenuto ha eccepito l'incompetenza arbitrare in ragione dell'applicabilità al giudizio dell'art. 3 del D.L. n. 180/98, convertito in legge 3 agosto 1998 n. 267, il quale recita: “*Le controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali non possono essere devolute ai collegi arbitrali. Sono fatti salvi lodi già emessi e le controversie per le quali sia stata già notificata la domanda di arbitrato alla data di entrata in vigore del presente decreto*”. L'attrice ha sollevato la questione di costituzionalità della norma innanzi citata assumendone il contrasto con l'art. 25 della Cost. Essa assume che con la disciplina dell'arbitrato rituale dettato dal nostro codice civile la scelta del giudice naturale, è dalla legge, demandata alla parte, la quale la esercita con la sottoscrizione della clausola compromissoria. Una volta effettuata tale scelta con la previsione di accesso all'arbitrato la norma successivamente emanata che proibisce detto accesso lede il principio tutelato dall'art. 25 della Cost. e si pone in contrasto a questo. Alla luce dell'evoluzione normativa nonché dei più recenti orientamenti sia della dottrina che della giurisprudenza anche della Corte Costituzionale, sussiste una sempre più marcata assimilazione, come organo giudicante, del Collegio arbitrale, specie quando si tratti di arbitrato rituale, all'autorità giurisprudenziale ordinaria con una sostanziale equiparazione del lodo alla sentenza giudiziale. Si dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti dell'art. 3, comma 2, del Decreto legge 11 giugno 1998, n. 180 convertito con modificazione nella legge 3 agosto 1998, n. 267, in relazione all'art. 25 della Cost. Così anche con sentenza n. 441 del 31/05/2002 la Corte ribadisce la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nei confronti della citata normativa.

<sup>13</sup> Cfr. BIAGETTI V., D'OTTAVI F., MASTROPASQUA S., *I lavori pubblici nella normativa vigente*, Torino, 2001.

bis, possono essere deferite ad arbitri. Qualora sussista la competenza arbitrale, il giudizio è demandato ad un collegio arbitrale costituito presso la camera arbitrale per i lavori pubblici, istituita presso l'Autorità di cui all'art. 4 della presente legge. Con decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del regolamento, sono fissate le norme di procedura del giudizio arbitrale nel rispetto dei principi del codice di procedura civile, e sono fissate le tariffe per la determinazione dei corrispettivi dovuti dalle parti per la decisione della controversia.

Il regolamento definisce altresì, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 3 della presente legge n. 415 del 1998, la composizione e le modalità di funzionamento della camera arbitrale per i lavori pubblici; disciplina i criteri cui la camera arbitrale dovrà attenersi nel fissare i requisiti soggettivi e di professionalità per assumere l'incarico di arbitro, nonché la durata dell'incarico stesso, secondo principi di trasparenza, imparzialità e correttezza.

Dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia gli articoli 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 e 51 del capitolato generale d'appalto approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063. Dalla medesima data il richiamo ai collegi arbitrali da costituire ai sensi della normativa abrogata, contenuto nelle clausole dei contratti d'appalto già stipulati, deve intendersi riferito ai collegi da nominare con la procedura camerale secondo le modalità previste dai commi precedenti ed i relativi giudizi si svolgono secondo la disciplina da essi fissata<sup>14</sup>.

Del resto, la necessità di rinvenire il fondamento dell'arbitrato solo nella libera scelta delle Parti e non piuttosto in una volontà autoritaria, è soluzione obbligata anche in virtù degli artt. 24 e 102 della Costituzione<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Vedi Cassazione Civile, Sez. I, 24 aprile 2002, n. 5969.

<sup>15</sup> Sia con sentenza n. 488 del 1991, sia con sentenze nn. 232, 493, 206 e 49 del 1994, e di più recente formulazione con sentenze n. 152 e n. 54 del 1996, la Corte ritiene costituzionalmente illegittimo l'art. 16 legge 10 dicembre 1981, n. 741, che ha sostituito l'art. 47 D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti. La norma impugnata, prevedendo che la competenza arbitrale può essere derogata solo con una clausola inserita nel bando o invito di gara oppure nel contratto nel caso di trattativa privata, finisce con il rendere obbligatorio l'arbitrato, in sprezzo al principio, più volte ribadito secondo cui solo a fronte della concorde volontà delle parti sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione.

Il costituente ha voluto la concentrazione della funzione giurisdizionale in capo a predeterminati organi statali, lasciando all'autonomia delle parti ogni eventuale e possibile strumento alternativo di soluzione delle controversie, escludendo così ogni imposizione per legge. Lo spostamento di competenza è quindi l'effetto di una scelta compiuta dalle parti; non dovrebbe mai essere imposta per legge, né costituire un obbligo proveniente da altra autorità statale rimanendo non conforme ai principi costituzionali un eventuale rinvio di controversie a Commissioni arbitrali predeterminate e pre individuate per legge<sup>16</sup>.

È dunque ipotizzabile una disparità di trattamento tra parte pubblica e privata e un contrasto con gli art. 3 e 97 della Costituzione poiché la posizione d'uguaglianza delle parti in conflitto, necessaria nel procedimento arbitrale, ed il principio d'imparzialità dell'azione amministrativa, vengono a mancare quando si considera che parti del contratto, sull'esecuzione del quale è sorta una controversia, sono una parte pubblica ed una privata. Infatti, è vero che ciascuna delle parti in causa sceglie uno degli arbitri, ma l'autorità di vigilanza, che è parte pubblica, preposta alla cura dell'interesse della pubblica amministrazione, in stretto accordo con il Ministero dei lavori pubblici, attraverso meccanismi di controllo, piuttosto più che garantire la concorrenzialità o l'equilibrio tra le parti contrattuali, assume un ruolo determinante nella fase contenziosa con la scelta del terzo. È quindi evidente che la parte pubblica si trova in una condizione privilegiata rispetto alla parte privata, venendo così meno quel principio di assoluta parità fra le parti propria dell'arbitrato quale procedimento, in contraddittorio, informato di reale imparzialità<sup>17</sup>.

## 2. *L'art. 150 del D.P.R. 554 del 1999*

A conferma di quanto disposto dagli art. 3 e 97 della Costituzione, è intervenuto poi il regolamento d'attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici n. 109/99, ossia il D.P.R. 554/99<sup>18</sup>, prevedendo all'art. 150 che le parti, nelle controversie sorte dall'esecuzione

---

<sup>16</sup> Cfr. FAZZALARI, *Ancora sulla imparzialità dell'arbitrato*, in *Riv. Dell'Arbitrato*, 1998, 813.

<sup>17</sup> F. MASTRAGOSTINO, *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, cit. 411.

<sup>18</sup> Per il caso si veda: sentenza CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335, sulla quale il commento di MONTEDORO, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 60.

dell'appalto, possono scegliere l'arbitro in alternativa alla cognizione del giudice civile, rivolgendosi all'apposita camera arbitrale, istituita presso l'autorità dei lavori pubblici, organo a livello centrale, lasciando però la facoltà delle parti di determinare la sede del collegio arbitrale presso le sezioni regionali dell'osservatorio dei lavori pubblici.

Con l'art. 150 è quindi riconfermato il principio già stabilito dall'art. 32 della legge n. 109/94, che riconosce alle parti la facoltà di rimettere ad arbitri le controversie tra loro insorte nel corso di esecuzione del rapporto, ivi comprese quelle che non si siano potute risolvere mediante lo strumento conciliativo apprestato dall'art. 31 bis della legge. La giurisprudenza amministrativa, con sentenza del Consiglio di Stato 17 ottobre 2003 n. 6335, ha dichiarato illegittima la norma regolamentare primaria (art. 32 comma 3 della legge n. 109/1994) in quanto non contiene nessuna previsione circa l'attribuzione alla potestà regolamentare del Governo della fissazione dei criteri per la composizione dei collegi arbitrali, e tanto meno della sottrazione alle parti del potere di scegliere d'accordo fra di loro il terzo arbitro, che sovente costituisce l'ago della bilancia.

Inoltre la norma è in contrasto con gli artt. 809 e ss., c.p.c. che rientrano tra quelli fondamentali il cui rispetto è prescritto dall'art. 32, comma 2, legge n. 109/1994. I predetti articoli prevedono che il potere di stabilire il numero e le modalità di nomina degli arbitri è rimesso alle parti con il solo limite del rispetto dell'ordine pubblico. Da ciò si può dedurre che l'arbitrato non può essere che facoltativo e volontario sia per la scelta del procedimento arbitrale sia per la scelta degli arbitri, perciò se i componenti del collegio sono designati con criteri diversi da quelli di libera scelta si tratterebbe di un vero e proprio organo di giurisdizione speciale e quindi illegittimo. "Quindi l'art. 150, comma 3 del regolamento, nella parte in cui sottrae alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzione di presidente attribuendola alla camera arbitrale, è illegittimo e deve essere annullato. In ultimo si osserva che la deroga alla volontà delle parti, potrebbe al più ritenersi ragionevole ove affidata ad organo giurisdizionale ma non certo ad organo amministrativo come la camera arbitrale, organo non in grado di garantire la terzietà del giudice, in considerazione della sua natura non giurisdizionale"<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. ANGELETTI C., *La definizione delle controversie e l'arbitrato*, in TASSAN MAZZOCCO, ANGELETTI, ZOPPOLATO, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000.

L'art. 32 della legge si fa tuttavia carico di precisare ulteriormente, che possono essere deferiti ad arbitri non solo le controversie non definite per mezzo dell'accordo bonario ma anche quelle che a tale fase non sono neppure approdate, vuoi per mancanza dei presupposti di legge (inferiorità rispetto alla soglia del 10%), vuoi per estraneità dell'oggetto della pretesa dell'onere di riserva, come ad esempio per gli interessi dovuti a seguito di ritardo nel pagamento degli acconti in corso d'opera, secondo quanto espressamente sancito dall'art. 116, comma 4, del Regolamento, riproduttivo dell'art. 4, comma 1, della legge 10 dicembre 1981, n 741, abrogato dall'art. 231 del regolamento stesso.

Notevoli, quindi, sono le vicende che ha subito l'istituto dell'arbitrato: in una prima fase, da modalità facoltativa di risoluzione delle controversie a strumento unilateralmente imposto dalla parte pubblica; nella fase storica, aperta dalla legge 11 febbraio 1994 n. 10919, con l'art. 32 che nella sua formulazione originaria vietava il ricorso all'arbitrato, assegnando al giudice competente la soluzione delle controversie relative ai lavori pubblici e in particolare, alle controversie insorte durante l'esecuzione del contratto si sarebbe dovuto applicare il rito del lavoro (art. 413 e ss. del c.p.c.), da modalità di definizione delle liti vietata a modalità ammessa.

Infatti, la Corte costituzionale con sentenza n. 152 del 1996, chiarisce che, laddove la clausola compromissoria sia disposta da una delle parti, deve comunque essere garantita, a ciascuna, la facoltà di declinare la competenza arbitrale, mediante l'esercizio dell'azione giudiziaria innanzi al giudice competente<sup>20</sup>.

### **3. Arbitrato in opere pubbliche in riferimento al D.M. 2 dicembre 2000 n. 398**

Passando ora all'esame delle disposizioni in materia di contenzioso contenute nella legge quadro sui lavori pubblici, risulta essere assai complessa la nuova disciplina del giudizio arbitrale così come definita dal D.M. 2 dicembre 2000, n. 398. Infatti, occorre preliminarmente distinguere la fase della costituzione del collegio arbitrale da quella

---

<sup>20</sup> Vedi *Foro italiano*, 1996, 1, 1905 e cfr. COSTANTINI, *L'esecuzione del contratto e la risoluzione delle controversie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/1999, pag. 129 e ss.

dello svolgimento del giudizio vero e proprio. Le due fasi della costituzione del collegio arbitrale e dello svolgimento del giudizio vanno tenute distinte sia sul piano concettuale che su quello sistematico dal momento che la rispettiva disciplina è posta da differenti fonti regolamentari.

Conformemente al dettato legislativo, l'art. 150, comma 5, del Regolamento, adottato con D.P.R. 554/99 stabilisce che conclusi "gli adempimenti necessari alla costituzione del collegio, il giudizio si svolge secondo le norme fissate dal decreto interministeriale di cui all'art. 32, secondo comma, della legge" che ha trovato attuazione recentemente con l'emanazione da parte del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro della Giustizia, del decreto 2 dicembre 2000, n. 398, il quale costituisce un vero e proprio regolamento di procedura con cui il quadro normativo del giudizio arbitrale nel settore dei lavori pubblici, può ritenersi completato<sup>21</sup>.

La ratio di fondo del provvedimento è il superamento della tradizionale impostazione dell'arbitrato inteso come procedimento quasi del tutto libero nelle forme, ritenendo preferibile percorrere la strada del rigore procedimentale per adeguare le regole del giudizio arbitrale a quelle che governano il giudizio ordinario.

In questa ottica vanno inquadrare, in particolare, le disposizioni che contemplan istituti prettamente processuali, quali, la consulenza tecnica, la conciliazione, il regime delle spese e tutti quegli istituti rimasti ancora sprovvisti di una regolamentazione nella disciplina dell'arbitrato di opere pubbliche.

Le norme del decreto in oggetto regolano la procedura arbitrale sin dagli atti introduttivi, sia sotto il profilo del contenuto sia sotto quello delle modalità di presentazione.

Più precisamente, in relazione alla domanda di arbitrato, il decreto stabilisce che essa va notificata nelle forme degli atti processuali civili e deve contenere a pena di nullità rilevabile d'ufficio, la determinazione dell'oggetto della domanda con la specificazione delle somme eventualmente richieste e l'esposizione degli elementi di fatto e di diritto costituenti la ragione della domanda (art. 2 comma 1).

Per quanto riguarda le decadenze, il decreto prevede l'onere, nei confronti della parte che intende resistere all'arbitrato, di provvedere entro sessanta giorni dalla notifica, alla nomina del proprio arbitro di

---

<sup>21</sup> BUONFRATE e LEOGRANDE, *L'arbitrato negli appalti pubblici. Commento al Decreto interministeriale 2 dicembre 2000, n. 398*, Milano, 2001.

parte e del proprio atto di resistenza; in tale atto, pena la decadenza, devono essere formulate eventuali domande riconvenzionali, rispetto alle quali si riconosce il potere di controdedurre da parte dell'istante; da esercitarsi nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'atto di resistenza (art. 2, comma 2).

Gli atti introduttivi, ossia la domanda d'arbitrato, l'atto di resistenza e le eventuali controdeduzioni, vanno trasmessi alla Camera arbitrale e delimitano inderogabilmente la materia del contendere, con conseguente inammissibilità, rilevabile anche d'ufficio, di eventuali nuove domande proposte nel corso del giudizio (art. 2, comma 3).

Il decreto interministeriale provvede poi alla disciplina della fase di costituzione del collegio arbitrale attraverso un rinvio alle disposizioni del regolamento 554/99; in specie, indica le mansioni del segretario nominato dal Presidente del Collegio giudicante, e stabilisce che la formazione del collegio determina la pendenza della lite agli effetti processuali e sostanziali. L'art. 3 dispone, infatti, che effettuata la nomina degli arbitri, a norma dell'art. 150, nonché il deposito in acconto, di cui all'art. 150, comma 5, di detto regolamento, il collegio arbitrale si costituisce in prima convocazione, ad iniziativa del presidente il quale designa il segretario del collegio arbitrale a cui compete la custodia degli atti e dei documenti dell'arbitrato.

Importanti disposizioni sono dedicate poi all'istituto della ricusazione, disciplinato dall'art. 4 che prevede che gli arbitri possono essere ricusati dalle parti solo per motivi previsti dall'art. 51 c.p.c. e dall'art. 151 del regolamento, comma 9, in base al quale "non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto e dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori cui si riferiscono le controversie né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sulle controversie stesse"; e che rispetto alla normativa ordinaria in materia di arbitrato (art. 815 c.p.c.) si arricchisce con la previsione oltre che delle cause di incompatibilità previste dall'art. 51 anche di quelle previste dall'art. 151 del regolamento generale.

Risulta invece invariato il regime dei termini per la presentazione delle relative istanze da parte degli interessati e per la decisione della camera arbitrale sulle stesse, stante l'espreso rinvio all'art. 815 comma 2, c.p.c.

All'art. 5 il decreto interministeriale introduce poi l'istituto della conciliazione prevedendo che al fine di realizzare il tentativo di pacifico componimento della vertenza, il collegio arbitrale deve obbligato-

riamente convocare le parti e i loro difensori mediante il verbale di costituzione del collegio, non escludendo però la facoltà delle parti di giungere alla conciliazione nel corso del giudizio, da esercitarsi comunque prima della discussione della causa.

Nel caso fallisca il tentativo di conciliazione, l'art. 6 prevede che il "collegio arbitrale assegna alle parti i termini per il deposito dei documenti e delle memorie"; e al comma 2 prevede che i provvedimenti del collegio sono assunti con ordinanza con cui sono risolte in particolare le questioni che possono sorgere nel corso del procedimento (così come l'art. 816 ultimo comma c.p.c.; art. 175 segg. c.p.c.). Questa ordinanza ha stretta analogia con quella prevista per i giudizi ordinari, non pregiudica la decisione della causa (art. 177 c.p.c.) e può anche essere implicitamente modificata e revocata<sup>22</sup>; Può concernere tutte le questioni eccetto quelle che non possono formare oggetto di compromesso (art. 816 ultimo comma c.p.c.); in questi ultimi casi, qualora il giudizio arbitrale dipenda dalla definizione: di tale questione il collegio sospende il procedimento<sup>23</sup>.

Il decreto interministeriale, in ordine allo svolgimento del giudizio vero e proprio, trova un giusto equilibrio tra snellezza delle procedure e pieno rispetto del contraddittorio; infatti consente l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova previsti nel c.p.c., ad eccezione del giuramento in tutte le sue forme, e la possibilità di arricchire la fase istruttoria attraverso l'espletamento di consulenze tecniche disposte d'ufficio (art. 7). Inoltre l'art. 8 al secondo comma, prevede l'oralità dell'udienza di discussione, di fatti dispone che il presidente dichiara aperta la discussione, nel corso della quale i difensori delle parti illustrano oralmente le relative difese, esaurita la fase istruttoria".

Nella fase istruttoria, sono tre i punti fondamentali che occorre mettere in luce; il primo punto è che dovendo il collegio arbitrale giudicare secondo diritto, nell'esame dell'ammissibilità dei mezzi istruttori, non può prescindere dai limiti posti dall'ordinamento giuridico.

Il secondo punto concerne la mancanza, negli arbitri, dei poteri coercitivi propri degli organi giurisdizionali, idonei ad assicurare il pieno espletamento dei mezzi istruttori<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Cass., 13 febbraio 1969, n. 493, in *Mass. Foro it.*, 1969, 143; Cass, 15 aprile 1971, n. 1060, 1971, 323.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. FAZZALARI E., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Arbitrato*, 1994, 1, 7. È stato in passato generalmente escluso.

<sup>24</sup> CHIOVENDA, *Ist. Dir. Proc. Civ.*, 1, 72; ANDRIOLI V., *Commento al codice di*

Il collegio arbitrale non può ad esempio chiedere l'esibizione di documenti detenuti da terzi ovvero la ispezione di cose di terzi<sup>25</sup>, né può demandare all'autorità giudiziaria l'espletamento dell'atto istruttorio o l'applicazione di misure coercitive<sup>26</sup>.

Questi poteri coercitivi mancano al collegio arbitrale anche di fronte alle parti contendenti; tuttavia dal rifiuto di queste il collegio può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 secondo comma c.p.c.<sup>27</sup>.

Il terzo punto infine è che le difficoltà nell'acquisizione delle prove e nell'espletamento dei mezzi istruttori, non liberano il collegio arbitrale dal pronunciare e non lo autorizzano a sottrarsi a questo dovere con un non liquet.

L'attività istruttorio è documentata in verbali, sottoscritti da tutti gli arbitri costituendo così atti del giudizio anche se è controverso se ad essi si possa assegnare valore di atti pubblici, e la loro redazione è una garanzia per i contendenti pur non costituendo motivo di nullità del relativo giudizio<sup>28</sup>.

Con riferimento alla decisione finale dell'arbitrato, ossia il lodo, l'art. 9 dispone che la sua pronuncia, coincidente non con l'apposizione di tutte le firme dei componenti il collegio arbitrale ma con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i lavori pubblici, prevede il termine di 180 giorni a decorrere dalla costituzione del collegio; tale termine rimane sospeso in pendenza dell'eventuale istanza di ricusazione ed è prorogabile nei casi e con le modalità di cui all'art. 820 c.p.c.. Il lodo non viene consegnato come di regola, ai diretti interessati, ma viene depositato alla camera arbitrale visto che tutti i rapporti arbitrali sono intrattenuti dalle parti con la camera arbitrale e non con il collegio.

Novità rilevante e che esprime chiaramente l'intento del legislatore di differenziare l'arbitrato nelle opere pubbliche rispetto a quello ordi-

---

*procedura civile*, vol. 4, Napoli; sul punto cfr. anche VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1974 e MIRABELLI G. e GIACOBBE D., *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1997.

<sup>25</sup> ANDRIOLI V., *op. cit.*; D'ONOFRIO, Comm., II; VECCHIONE R., *op. cit.*

<sup>26</sup> Su questo cfr. CODOVILLA E., *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915; D'ONOFRIO, Comm., II, 292; ANDRIOLI, Comm. Cit., IV, 830; VECCHIONE, *op. cit.*, 326.

<sup>27</sup> ANDRIOLI, Comm. Cit, IV, 831. Lodo arbitrale 23 luglio 1996, n. 119, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1998, 944.

<sup>28</sup> Cass, 8 ottobre 1969, n. 3212, in *Mass. Foro It.*, 1969, 942.

nario, è la previsione di tariffe speciali per la determinazione delle spese dell'arbitrato; infatti, all'art. 10 il decreto prevede che il corrispettivo dovuto dalle parti è determinato ai sensi dell'art. 32 della legge quadro e deve essere ancorato ai parametri fissati in via generale cui si riferisce l'art. 151 comma 10 del regolamento costituito dalle tariffe allegate al decreto. Nella determinazione dei compensi ad essi spettanti, dunque risulta esserci una rilevante discrezionalità dei collegi arbitrali, ciò per ridurre al minimo gli abusi connessi all'impiego di denaro pubblico.

La predeterminazione delle tariffe speciali (l'allegato prevede otto scaglioni di valore crescenti, per ciascuno dei quali sono indicati un minimo ed un massimo) rappresenta un fattore di certezza ed elimina ogni rischio di fughe dall'arbitrato e di spese ingenti per la pubblica amministrazione. Il decreto, di fatti, statuisce che il corrispettivo è dovuto dalle parti in relazione al valore della controversia e al numero e alla importanza delle questioni trattate.

Ciò che suscita qualche perplessità nell'art. 10 è la previsione della non irripugnabilità dell'ordinanza con cui la camera arbitrale liquida il corrispettivo dovuto dalle parti ed il fatto che costituisce titolo esecutivo; ciò è in aperto contrasto con i fondamentali principi del nostro ordinamento, introducendo nel sistema, con un decreto interministeriale, un titolo esecutivo in contrasto con l'elencazione riportata nell'art. 474 c.p.c.

Ulteriormente risulta essere controverso se sia consentita l'ammissione al gratuito patrocinio nel giudizio arbitrale in genere<sup>29</sup> e quindi, nell'arbitrato relativo ad opere pubbliche.

Pure controverso è se possa ritenersi ipotizzabile nel giudizio arbitrale il fenomeno della contumacia<sup>30</sup>; in tal senso la dottrina risponde in senso affermativo.

#### **4. Problemi applicativi**

Le sentenze del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, ribadiscono l'appartenenza alla disponibilità delle parti di regolare lo svolgimento del giudizio arbitrale nel modo che ritengono più opportuno.

---

<sup>29</sup> Sulla questione cfr. CODOVILLA, *Compr.*, 390; VECCHIONE, *op. cit.*, 518.

<sup>30</sup> Ancora sulla questione cfr. CODOVILLA, *Compr.*, 386; PARRELLA, *La contumacia nel giudizio arbitrale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, I, 315.

In tal senso con ricorso 2 giugno 2000 gli appellanti impugnavano davanti al TAR del Lazio le norme regolamentari che nell'ambito della riforma dell'ordinamento dei lavori pubblici attuata in esecuzione della Legge 11 febbraio 1994 n. 109, avevano disciplinato il procedimento arbitrale (in particolare gli art. 32, 149, 150, 151 del D.P.R. n. 554/99 e l'art. 34 del Capitolo generale approvato con D.M. n. 145 del 2000).

Con successivi motivi aggiunti gli stessi soggetti impugnavano, sostenendone l'illegittimità derivata, il D.M. 2 dicembre 2000 n. 398, contenente le norme di procedura arbitrale ai sensi dell'art. 3 della Legge n. 109/94 confermando che il nuovo sistema di definizione delle controversie si sarebbe posto in contrasto con la disciplina del nostro ordinamento. Sul piano strettamente giuridico avrebbe ecceduto dai limiti della delega legislativa violando i principi generali in tema di disciplina processuale dell'arbitrato e ponendosi in contrasto con una molteplicità di principi costituzionali.

Sulla base delle varie premesse in precedenza illustrate, viene in primo luogo in rilievo la censura che investe le regole procedurali del giudizio arbitrale in materia di lavori pubblici, che vengono dagli appellanti ritenute in contrasto con i principi del c.p.c. (tra le altre art. 2 del D.M. 398/2000; art. 150, commi 5 e 6; art. 151, comma 11 del D.P.R. n. 554/1994).

La censura non trova accoglimento, in quanto l'individuazione delle norme che devono essere osservate nel procedimento arbitrale, "appartiene alla disponibilità delle parti (art. 816 comma 2 c.p.c.), salvo la facoltà degli arbitri, in caso di mancanza di tali norme, di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno (art. 816, comma 3), fatti salvo il diritto di difesa delle parti o il principio del contraddittorio"<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Consiglio di Stato, Sentenza n. 200306335 del 17 ottobre 2003; e così anche Corte di Cassazione con sentenze n. 923 del 29 gennaio 1992 e n. 6866 del 4 giugno 1992, si pronuncia a riguardo sostenendo che nell'arbitrato rituale, secondo equità e senza obbligo di osservanza delle formalità procedurali, non sussiste violazione del principio del contraddittorio con riferimento alla nomina di C.T.U., allorché gli arbitri, dopo il deposito della relazione peritale, concedono alle parti termine per predisporre, in relazione alle risultanze della stessa, note e deduzioni. La Corte, in motivazione, ulteriormente specifica che la dispensa dall'osservanza delle regole processuali trova un limite nel terzo comma dell'art. 816 c.p.c. "ma non impone la concessione della facoltà di affiancare all'attività del C.T.U. quella del consulente di parte, purché, ovviamente, non sia preclusa alle parti la facoltà di discutere le risultanze della C.T.U.

Quanto, poi, ai principi di diritto processuale generale che costituiscono l'intelaiatura fondamentale dell'intero codice di procedura civile, essi come tali sono applicabili anche al procedimento arbitrale e, quindi, non possono costituire oggetto di discussione, anche perché estranei all'ambito delle censure dedotte.

Quanto, infine, alle disposizioni che sono frutto di scelta legislativa per il solo processo ordinario, esse non possono assurgere al rango di capisaldi del diritto processuale e, come tali, sono derogabili attraverso una scelta legislativa di pari rango quale quella effettuata dall'art. n. 32 della Legge n. 109/94.

Non può ritenersi che tale scelta violi la libertà delle parti, atteso che il ricorso all'arbitrato in materia di lavori pubblici è facoltativo e quindi rimesso alla libera scelta delle parti, consapevoli che, per volontà del legislatore, in questa materia, si opera con procedura predefinita, adottata con scelta insindacabile, in quanto attinente al merito dell'azione amministrativa con l'unico limite della non violazione dei principi inderogabili del Codice di procedura civile.

In riferimento all'art. 32 della legge n. 109/94 non è ravvisabile alcun profilo di illegittimità costituzionale, in quanto esso non prevede un arbitrato c.d. obbligatorio e risultando quindi rispettoso dei principi affermati dalla Corte Costituzionale circa il fondamento dell'arbitrato sull'accordo delle parti; attribuisce all'arbitrato il carattere di "amministrato" il che – qualora esso sia correttamente inteso ed "applicato" – non appare in contrasto con nessuna delle disposizioni della Costituzione.

Quindi le proposte censure di illegittimità costituzionale sono inammissibili, alla stregua del costante insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui il giudizio di legittimità costituzionale di norme aventi natura regolamentare eccede i vincoli di giurisdizione della Corte, secondo la definizione che di questa data dall'art. 134 della Costituzione, il quale la limita al caso della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge.

In conclusione si deve ritenere che l'istituto dell'arbitrato in ambi-

---

anche tramite propri tecnici di fiducia". E tali determinazioni, che consentono di avere precisi punti di riferimento circa le implicazioni della nomina di C.T.U. negli arbitrati rituali, secondo equità e senza obbligo di rispetto di formalità processuale, sono giustificate dalla stessa Corte attraverso l'utilizzazione della giurisprudenza formatasi con riguardo all'assunzione, nei procedimenti arbitrali, dei mezzi di prova, sebbene si tenda generalmente ad escludere la possibilità di ricondurre ad essi la C.T.U.

to di appalti di opere pubbliche ha natura rituale e ciò si desume anche dalle continue e recenti modifiche in materia. Le diverse problematiche poste dall'istituto in relazione ai recenti orientamenti legislativi e giurisprudenziali in tema di lavori pubblici, hanno evidenziato la rilevanza dell'arbitrato in ragione della sua specificità nonché della sua particolare funzionalità e hanno portato a ritenere l'arbitrato quale procedimento ordinario di risoluzione delle controversie individuando meccanismi che lo rendano accessibile in termini di costi, procedure e professionalità.

BEATRICE BERNARDINI D'ARNESANO\*

LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA GRECA

SOMMARIO

1. *Inquadramento storico*; 2. *Caratteri della Costituzione del 1975/1986/2001*; 3. *Bibliografia*.

**1. Inquadramento storico**

La Costituzione ellenica del 1975, tuttora in vigore, sia pure incisivamente modificata nel 1986 e nel 2001, è l'ultima di una lunga serie di testi costituzionali, monarchici e repubblicani, succedutisi in Grecia dalla conquista dell'indipendenza dall'Impero Ottomano (1821) fino ad oggi. Nell'Ottocento e fino alla Prima Guerra Mondiale il Paese è retto da Governi monarchici, con tre successive Costituzioni (1844, 1864, 1911). Dopo due Costituzioni repubblicane (1925, 1927) è restaurata la monarchia (1935) e ripristinata la Costituzione del 1911.

Il secondo conflitto mondiale, seguito dalla guerra civile (1946-1949), conduce ad una nuova restaurazione monarchica e all'emanazione della Costituzione del 1952. Quest'ultima definiva il sistema ellenico una '*monarchia parlamentare*', in cui il Re era titolare di poteri di iniziativa normativa, di sanzione delle leggi e di decretazione legislativa.

Nettamente anacronistica rispetto ai testi fondamentali europei ad essa contemporanei, la Carta del 1952 non conteneva alcuna norma sui diritti sociali (che pure erano stati espressamente riconosciuti dalla precedente Costituzione del 1927) ed imponeva significativi limiti all'esercizio di diritti di rilievo politico (stampa, manifestazione del pensiero).

L'agitata storia politica del Paese è segnata dalla **dittatura dei Colonnelli** (1967-1974): al colpo di Stato militare dell'Aprile 1967 seguono l'emanazione della Costituzione provvisoria del 1968, l'abolizione

---

\* BEATRICE BERNARDINI D'ARNESANO, dottoranda di ricerca in *Sistemi giuridici e politico-sociali comparati*, Università degli Studi di Lecce.

formale per decreto della monarchia (1973) e la successiva Costituzione repubblicana del 1973, chiaramente ispirata da tendenze conservatrici ed antidemocratiche.

Il 1974 è un anno cruciale per la Grecia: la rovinosa guerra di Cipro, conclusasi con l'occupazione turca di parte dell'isola, costringe i militari ad abbandonare il Paese (24 Luglio 1974). Il vuoto politico venutosi a creare con il crollo della dittatura è colmato dal ritorno in patria dello statista Κωνσταντίνος Καραμανλής.

Capo dell'Esecutivo prima dell'avvento dei Colonnelli e in esilio volontario in Francia nel settennio del regime, Καραμανλής si pone a capo di un Governo provvisorio 'di unità nazionale', che guiderà il Paese nel graduale ritorno alle istituzioni democratiche.

All'indomani della fine del regime dei Colonnelli l'adozione di un nuovo testo fondamentale si pone come una necessità: ignorate le due 'pseudo-Costituzioni' del 1968 e del 1973, viene temporaneamente riportata in vigore la Carta del 1952 (ad eccezione della parte relativa alla monarchia: Atto Costituzionale del 1 Agosto 1974), nell'attesa che il popolo greco si pronunci per la forma di Stato repubblicana o monarchica e che elegga democraticamente (dopo dieci anni trascorsi senza elezioni) un'Assemblea parlamentare, chiamata ad adottare la nuova Carta Costituzionale.

Con una serie di atti costituzionali è ripristinato il funzionamento dei partiti politici (duramente repressi durante la dittatura), sono annunciate le elezioni parlamentari e indetto un referendum costituzionale.

L'8 Dicembre 1974 il popolo greco si pronuncia con il 70% di preferenze per la forma di Stato repubblicana. Ha inizio così il procedimento vero e proprio di formazione della Costituzione del 1975, non privo di peculiarità<sup>1</sup>.

All'Assemblea parlamentare che procede alla sua elaborazione sono infatti attribuiti poteri di *revisione* della Carta del 1952, e non poteri costituenti, come effettivamente esercitati<sup>2</sup>. Tale circostanza ha una giustificazione storica: la maggioranza conservatrice guidata da Καραμανλής, che aveva governato prima dell'avvento dei Colonnelli,

---

<sup>1</sup> Cfr. a riguardo KAMINIS G., *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, Paris, 1990.

<sup>2</sup> La 'Camera di Revisione' ellenica ha, malgrado la sua denominazione, un potere quasi assoluto, coprendo tutte le materie di rilievo costituzionale, ad eccezione di quella relativa alla forma di Stato, scelta direttamente dal popolo.

intende in tal modo dimostrare che il regime dittatoriale non ha soppresso, sotto il profilo giuridico, il sistema democratico preesistente, e che non si è mai sostanzialmente interrotta, sotto il profilo politico, la tradizione rappresentata dai conservatori.

Significativo in tal senso è il fatto che la votazione finale della Carta del 1975 avvenga senza la partecipazione dell'opposizione socialista (ΠΑΣΟΚ), che critica così la scelta del Governo di non emendare le norme della Costituzione del 1952 sui poteri del monarca, limitandosi a trasferire questi ultimi in capo al Presidente della Repubblica.

Ne emerge un sistema di Governo a tendenza semi-presidenziale, ispirato al modello della V Repubblica francese (Costituzione 1958), che assegna al Capo dello Stato un ruolo di assoluto predominio nella direzione politica del Paese.

La forma di Governo delineata nella Costituzione del 1975 è ricondotta nei binari del parlamentarismo nel **1986**, quando il nuovo Esecutivo, guidato dal partito socialista, procede alla **prima revisione della Carta costituzionale**: le modifiche, incidendo su 11 dei 120 articoli del testo fondamentale<sup>3</sup>, operano nel senso di un netto ridimensionamento dei poteri del Capo dello Stato in favore del Primo Ministro, divenuto nuovo baricentro del sistema politico ellenico<sup>4</sup>.

La volontà del Costituente del 1975 di rompere con il passato emerge chiaramente in tema di diritti e libertà fondamentali: l'esperienza autoritaria e una storia costituzionale e politica estremamente movimentata spiegano la tendenza del Legislatore greco a regolare meticolosamente la delicata materia dei rapporti tra individuo e Stato al

---

<sup>3</sup> Con la revisione del 1986 sono stati emendati gli artt. 32 par. 1 e 4, 35 par. 1, 2 e 3, 37 par. 2, 3 e 4, 38 par. 1 e 2, 41 par. 1, 2 e 4, 42 par. 1 e 2, 44 par. 2 e 3, 47 par. 3, 48 par. 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, mentre sono stati abrogati l'art. 39 e il par. 3 dell'art. 43.

<sup>4</sup> Sulla revisione costituzionale del 1986 si veda in lingua greca, Βενιζέλος Ευ., Το αναθεωρητικό διάβημα του 1985/1986 (*L'intervento revisionale del 1985/1986*), in *Δίκαιο και Πολιτική (Diritto e Politica)*, Αθήνα-Κομοτηνή, 13-14/1988, pp. 147 e ss.; cfr. in lingua italiana PERIFANAKI ROTOLO V., *L'evoluzione della forma di Governo in Grecia (1975-1986)*, Padova, 1989; BISCARETTI DI RUFFIA P., *Costituzioni straniere contemporanee*, Padova, 1996, pp. 313 e ss.; BARBERA A./FUSARO C., *Il governo delle democrazie*, Bologna, 1997, pp. 77 e ss.; PENSOVECCHIO LI BASSI A., *Gli organi di governo nelle Costituzioni europee degli anni 1975-1978. Costituzioni di Svezia-Grecia (modificata nel 1986)-Portogallo (modificata nel 1982)-Spagna*, Torino, 1988, pp. 33 e ss.

livello più alto della gerarchia delle fonti, nel comprensibile sforzo di tutelare efficacemente l'individuo da abusi del potere pubblico.

Ciò si traduce nell'elaborazione di una disciplina costituzionale dei diritti particolarmente estesa e dettagliata, che vale a consacrare definitivamente il ripristino della democrazia e la riaffermazione delle libertà fondamentali, duramente represses dalla dittatura.

Il sistema di tutela dei diritti, non inciso dalla revisione del 1986, è stato invece oggetto di profonda rivisitazione con la **riforma costituzionale del 2001**<sup>5</sup>. Questa appare ben più estesa della precedente, tanto per l'ampiezza delle tematiche affrontate (dal sistema di tutela dei diritti al processo di integrazione europea, dal riordino dell'apparato amministrativo e giudiziario alla disciplina dei rapporti tra i poteri legislativo ed esecutivo), tanto per il numero, elevatissimo, di disposizioni modificate (la revisione ha introdotto ben 75 modifiche e 4 nuovi articoli).

La revisione del 2001, ispirata ai principi di sicurezza dell'individuo, di partecipazione del cittadino alla vita politica ed amministrativa dello Stato, di trasparenza della P.A. e dei rapporti tra politica ed economia, del consenso delle forze politiche e di integrazione europea<sup>6</sup>, si caratterizza come una complessiva rivisitazione della Costituzione, intesa non in senso formale, ma come Costituzione materiale. Molte delle innovazioni introdotte sono conferme a livello costituzionale di modifiche già intervenute nell'ordinamento ellenico per via giurisprudenziale, legislativa o in sede di adeguamento alla normativa comunitaria.

La revisione opera dunque nell'ottica di un aggiornamento complessivo del testo costituzionale e di una maggiore aderenza di esso alla realtà in cui è destinato ad operare, senza comunque intaccare le

---

<sup>5</sup> Cfr. tra le opere in greco Παπαδημητρίου Γ. (a cura di), *Αναθεώρηση του Συντάγματος και εκσυγχρονισμός των θεσμών* (Revisione della Costituzione e modernizzazione delle istituzioni), Αθήνα-Κομοτηνή, 2000; Τσατσός Δ.Θ./Βενιζέλος Ευ./Κοντιάδης Ξ.Ι. (a cura di), *Το Νέο Εύνταγμα. Πρακτικά Συνεδρίων για το αναθεωρημένο Σύνταγμα του 1975/1986/2001* (La Nuova Costituzione. Atti del Convegno sulla Costituzione revisionata del 1975/1986/2001), Αθήνα-Κομοτηνή, 2001. In italiano, BERNARDINI D'ARNESANO B., *La revisione costituzionale in Grecia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV/2001, Torino, pp. 1687 e ss.; PERIFANAKI ROTOLO V., *Cenni sulla revisione della Costituzione greca del 2001*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II/2002, Torino, pp.469 e ss..

<sup>6</sup> Cfr. Βενιζέλος Ευ., *Το Σύνταγμα του 1975/1986/2001* (La Costituzione del 1975/1986/2001), Αθήνα-Κομοτηνή, 2001, pp. 1 e ss.

scelte di fondo del Costituente del 1975 e del Legislatore di revisione del 1986.

## 2. *Caratteri della Costituzione del 1975/1986/2001*

Il testo costituzionale ellenico è un testo lungo, composto da 123 articoli e da 13 clausole interpretative. Queste sono vere e proprie disposizioni costituzionali, che offrono un'interpretazione del significato degli articoli a cui si riferiscono; votate ed approvate come le altre norme costituzionali, hanno lo stesso valore normativo di queste.

La Carta si compone di quattro parti: la prima, di soli tre articoli (artt. 1-3), enuncia i principi di sovranità popolare, di rispetto e tutela della dignità umana e di riconoscimento del ruolo peculiare della religione ortodossa nello Stato; la seconda (artt. 4-25) è dedicata ai diritti individuali e sociali; la terza (artt. 26-105) contiene una dettagliata descrizione della struttura dello Stato e degli organi costituzionali; la quarta (artt. 106-120) detta infine disposizioni speciali, transitorie e finali.

L'ordine sistematico seguito nel testo risponde ad una consolidata tradizione costituzionale, riscontrabile nelle sette Costituzioni elleniche precedenti e perfino nei due testi costituzionali adottati dal regime militare.

Un'analisi, sia pure sommaria, delle singole parti di cui si compone l'attuale Costituzione ellenica, alla luce delle modifiche intervenute con le due revisioni del 1986 e del 2001, consentirà di evidenziarne alcuni dei caratteri più significativi.

La **Parte I**, intitolata '*Disposizioni fondamentali*', è distinta in due Sezioni, dedicate rispettivamente alla forma di Governo e ai rapporti tra Chiesa e Stato.

La **Sezione Prima**, di soli due articoli, si apre con la definizione della **forma di Governo** come una '*Repubblica Parlamentare con Presidente*' (art. 1 par. 1), cui segue l'enunciazione del principio di sovranità popolare (art. 1 par. 2). Ad esso si affianca il principio di separazione dei poteri, pure espressamente richiamato nel testo, in apertura della Parte III, dedicata all'organizzazione e alle funzioni dello Stato.

Una peculiarità della Costituzione greca attualmente in vigore è data dal fatto che essa propone una delle più incisive forme di **razionalizzazione del Governo parlamentare** che sia dato riscontrare nel

panorama costituzionale europeo<sup>7</sup>: essa contiene una disciplina dettagliata di comportamenti e prassi che nei sistemi parlamentari sono invece generalmente retti da regole consuetudinarie o di natura meramente convenzionale<sup>8</sup>.

Le numerose norme sul Presidente della Repubblica, sul Governo e sui rapporti tra gli organi costituzionali delineano un sistema del tutto peculiare che, nella sua formulazione originaria, si discostava in parte dagli schemi del parlamentarismo classico, riflettendo i caratteri propri della Costituzione francese del 1958, di tipo semi-presidenziale.

Il ruolo predominante del Capo dello Stato, che rispondeva all'esigenza storica di garantire un potere forte negli equilibri costituzionali, garante del rispetto delle regole, e che nel 1975 si giustificava in considerazione dell'instabilità politica dei trent'anni precedenti all'emanazione della Carta fondamentale, diventa superfluo una volta che il rinnovato sistema democratico e liberale viene a stabilizzarsi: di qui la revisione costituzionale del 1986, che opera nel senso di una redistribuzione del potere esecutivo secondo i crismi del parlamentarismo e della connessa delimitazione dei poteri eccezionali del Presidente della Repubblica.

Al principio fondamentale di **rispetto e tutela della dignità umana** è invece dedicato l'art. 2, una delle innovazioni più rilevanti del Costituente del 1975: la norma, significativamente inserita nella Parte I, sui principi fondamentali, rappresenta, insieme all'art. 5 par. 1, che sancisce il principio di libero sviluppo della personalità umana e di partecipazione del singolo alla vita politica, sociale ed economica del Paese, la chiave di volta dell'intero sistema di riconoscimento e tutela dei diritti, a cui è dedicata la Parte II.

La consacrazione di tali principi nella Carta fondamentale segna l'adesione del sistema giuridico ellenico all'orientamento 'antropocentrico' dominante nelle Carte costituzionali europee e nelle Convenzioni internazionali adottate all'indomani del secondo dopoguerra.

La **Sezione Seconda**, sui **rapporti tra Chiesa e Stato**, consta di un unico articolo, che riconosce il ruolo peculiare della religione ortodossa nel sistema giuridico greco.

L'art. 3 par. 1 definisce la religione della Chiesa Orientale Cristia-

<sup>7</sup> Cfr. BARBERA A./FUSARO C., *op. cit.*, che, con riguardo alla Grecia, parlano di forma di governo parlamentare 'iperrazionalizzata', p.79.

<sup>8</sup> Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA P., *op. cit.*, pp. 314.

no-Ortodossa *'religione dominante'* nello Stato. L'espressione usata dal Costituente del 1975, presente in tutte le Carte costituzionali elleniche precedenti, non è sinonimo di *'religione di Stato'* o di *'religione ufficiale'*, nè, secondo la migliore interpretazione<sup>9</sup>, assegna un ruolo egemonico alla religione ortodossa. Essa si spiega piuttosto in ragione dell'altissima percentuale di cittadini di religione ortodossa (il 98% circa), ed è legata al ruolo basilare della Chiesa ortodossa nella storia dell'ellenismo, specie negli anni di dominio ottomano. L'art. 3 proclama l'unità dogmatica della Chiesa di Grecia con le altre Chiese ortodosse, specie con il Patriarcato Ecumenico di Costantinopoli (da cui era stata scissa negli anni della guerra per l'indipendenza dall'Impero Ottomano), sancisce l'immutabilità dei *'santi canoni apostolici e sinodali'*, come pure delle *'sante tradizioni'*, e riconosce il carattere *'autocefalo'* della Chiesa di Grecia, garantendone l'indipendenza amministrativa. Questa opera cioè quale persona giuridica di diritto pubblico distinta dallo Stato, ma in posizione privilegiata di fronte ad esso, godendo di una tutela particolare, secondo una tradizione costante nel Paese.

L'art. 3 va interpretato in combinato disposto con l'art. 13, incluso nella Parte Seconda, sulla **libertà religiosa**. La norma sancisce la libertà di coscienza religiosa, definita *'inviolabile'* (par. 1), ed afferma che ogni religione *'conosciuta'*, intesa come religione con dogmi, istituti, riti e finalità noti, evidenti, è libera. Sono poi garantite le libertà di esercizio, di culto, di diffusione delle proprie convinzioni religiose, di istituzione di gruppi o corpi religiosi e di educazione religiosa, sia pure entro dati limiti: sono infatti vietati il proselitismo e gli atti in pregiudizio dell'ordine pubblico e del buon costume (par. 2).

La norma prosegue sancendo l'uguaglianza di tutte le religioni; essa pone dunque sullo stesso piano le religioni *'conosciute'* e la religione *'dominante'* (par. 3), salvo le eccezioni espressamente previste dalla stessa Costituzione.

Il par. 4 stabilisce infine che *'nessuno può essere dispensato dall'adempimento dei propri doveri verso lo Stato o rifiutare l'applicazione delle leggi a causa delle proprie convinzioni religiose'*. Tale previsione si collega alla clausola interpretativa dell'art. 4, introdotta dalla revisione del 2001, che ammette espressamente la possibilità di disciplinare per

---

<sup>9</sup> Cfr. Δαυκτόγλου Π.Δ., *Ατομικά Δικαιώματα, (Diritti Individuali)*, I, Αθήνα-Κομοτηνή, 1991, pp. 376-377.

legge le modalità di esercizio del servizio civile da parte di quanti abbiano manifestato obiezione di coscienza.

La **Parte Seconda**, sui **diritti individuali e sociali**, è quella maggiormente incisa dalla revisione del 2001: quattordici dei ventidue articoli che la componevano sono stati emendati, e ad essi sono stati aggiunti *ex novo* due articoli.

Già nel 1975 la particolare attenzione del Costituente greco per tale delicata materia si era tradotta in una disciplina estremamente dettagliata circa i presupposti, il contenuto e i limiti all'esercizio dei diritti costituzionali: come in altri sistemi che hanno vissuto un'esperienza dittatoriale (Spagna, Portogallo), anche in Grecia non si ritiene sufficiente consacrare in formule generali il riconoscimento dei diritti, ma occorre anche specificarli, spiegarli, chiarirli.

Ai classici diritti individuali di libertà (libertà personale, di espressione, di corrispondenza, di stampa) vengono affiancati alcuni importanti diritti sociali, letteralmente ignorati dalla Costituzione del 1952<sup>10</sup>.

Sono apprezzate, quale segno di modernità del testo del 1975, norme quali l'art. 9, che affianca significativamente alla tutela del domicilio quella della *'vita privata e familiare del singolo'*, prevedendo, con una prescrizione non riscontrabile in altri testi costituzionali, l'obbligo di risarcimento del danno in caso di violazione, e ancora l'art. 24, che pone a carico dello Stato l'obbligo di proteggere l'ambiente naturale e culturale del Paese<sup>11</sup>.

La revisione del 2001 ha provveduto da un lato ad irrobustire la tutela dei diritti già riconosciuti e dall'altro ad introdurre nuove fattispecie, tutte intimamente connesse agli sviluppi della tecnologia e alle rinnovate esigenze di tutela dell'uomo.

Sotto il primo profilo, rilevano, ad esempio, il rafforzamento della protezione degli invalidi civili (art. 21 par. 6), la fissazione di nuovi limiti alla detenzione preventiva (art. 6 par. 4), la costituzionalizzazione espressa di un'Autorità Indipendente di tutela del segreto epistolare e di altre forme di corrispondenza, già garantito dall'art. 19.

---

<sup>10</sup> Rilevano a riguardo l'art. 21 sulla protezione della famiglia, del matrimonio, della maternità e dell'infanzia e sul diritto alla salute, l'art. 22 sul diritto al lavoro, inteso nella sua duplice dimensione di libertà del lavoro (con conseguente divieto del lavoro obbligatorio: par. 3) e di garanzia di occupazione effettiva e di eguale remunerazione per un lavoro di pari valore (par. 1), l'art. 23 sulla libertà sindacale e sul diritto di sciopero e l'art. 24 sulla tutela dell'ambiente naturale e culturale.

<sup>11</sup> Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA P., *op.cit.*, p. 314.

Tale Autorità è una delle cinque oggi espressamente previste dal testo costituzionale, tutte operanti in settori nevralgici per la protezione dei diritti: si tratta in particolare dell'Autorità Indipendente di Tutela dei Dati Personali (art. 9 A), del Consiglio Nazionale della Radio-televisione, cui è affidato il controllo statale sui mezzi di informazione elettronici (art. 15 par. 2), dell'Autorità Indipendente di vigilanza sulle assunzioni nel settore pubblico (art. 103 par. 7) e del Difensore del Cittadino (art. 103 par. 9), che ha funzioni di vigilanza nell'ambito della Pubblica Amministrazione.

Di particolare importanza è poi il rafforzamento del **principio di uguaglianza** tra i sessi, solennemente sancito dall'art. 4 par. 2, con il nuovo art. 116, che prevede l'impegno dello Stato di adottare misure positive per *'l'eliminazione delle disparità di fatto esistenti, specie a carico delle donne'* (art. 116 par. 2 alinea b).

Sotto il secondo aspetto, rilevano le norme costituzionali sui diritti del singolo alla tutela dell'identità genetica e alla protezione da interventi biomedici (art. 5 par. 5), all'informazione (art. 5 A par. 1), di partecipazione alla Società dell'Informazione (art. 5 A par. 2), alla tutela dei dati personali (art. 9 A), alla protezione dell'ambiente (art. 24).

La Parte II si chiude poi con una norma di portata generale, l'art. 25, che già sotto il vigore della Carta del 1975 poneva espressamente i diritti dell'uomo *'sotto la protezione dello Stato'*, imponendo a tutti i suoi organi di assicurarne il libero esercizio.

Il successivo par. 2 disponeva poi che il riconoscimento e la tutela statale dei diritti umani, definiti per la prima volta *'fondamentali e imprescrittibili'*, mirano *'alla realizzazione del progresso sociale nella libertà e nella giustizia'*. Con tale espressione il Costituente del 1975 intende affiancare alla concezione individualistica dei diritti e delle libertà la concezione sociale degli stessi: la tutela espressa della dignità umana e il rafforzamento della libertà dell'individuo nei confronti dello Stato, influenzati dal ricordo dell'esperienza dittatoriale, si accompagnano alla proclamazione della vincolatività sociale dei diritti.

Questa emerge in modo evidente dalla disciplina costituzionale dei **diritti economici**, in particolare della proprietà<sup>12</sup> e dell'iniziativa economica privata<sup>13</sup>: siffatti diritti si innestano in un quadro costituziona-

---

<sup>12</sup> art. 17.

<sup>13</sup> art. 106, secondo cui essa non può svolgersi *'a detrimento della libertà e della dignità umana, nè a danno dell'economia nazionale'* (par. 2); la norma disciplina poi analiticamente i casi di acquisto forzoso di imprese da parte dello Stato e di parteci-

le che li riconosce e tutela, ma che al tempo stesso ne delimita il contenuto e l'esercizio, in funzione dell'*'interesse generale'*, dell'*'economia nazionale'*, dello *'sviluppo economico'*, divenendo così *'socialmente vincolati'*<sup>14</sup>.

L'art. 25 par. 1, anch'esso oggetto di revisione nel 2001, presenta ora profili di rinnovata originalità, consacrando in via espressa quattro principi-chiave dell'intero sistema di riconoscimento e tutela dei diritti: lo **Stato sociale di diritto** (par. 1 α), l'obbligo di **garanzia dell'esercizio effettivo e senza impedimenti dei diritti** (par. 1 β), il cosiddetto **effetto orizzontale dei diritti fondamentali** (par. 1 γ) ed il **principio di proporzionalità** dei limiti ad essi imposti (par. 1 δ).

Sono invece rimasti invariati i paragrafi 3 e 4 dello stesso art. 25, che già nel 1975 sancivano rispettivamente il divieto di abuso del diritto e l'obbligo dei cittadini di adempiere i loro doveri di solidarietà sociale e nazionale.

La **Parte Terza** della Costituzione, intitolata *'Organizzazione e Funzioni dello Stato'*, è suddivisa in sei Sezioni, dedicate alla struttura dello Stato (artt. 26-29), al Presidente della Repubblica (artt. 30-50), al Parlamento (artt. 51-80), al Governo (artt. 81-86), al Potere Giudiziario (87-100 A) e all'Amministrazione (101-105).

Il **principio di separazione dei poteri** (art. 26), posto in apertura della **Sezione Prima**, ammette espressamente, quale unica eccezione al divieto di confusione tra poteri (o funzioni) dello Stato, la partecipazione del Presidente della Repubblica tanto alla funzione esecutiva quanto alla legislativa. L'eccezione, dovuta a ragioni storiche (il testo originario della Costituzione del 1975 si ispirava alla forma di Governo semi-presidenziale francese) è oggi peraltro di scarso rilievo pratico: a seguito della revisione costituzionale del 1986, i poteri del Capo dello Stato sono stati notevolmente ridimensionati, e la sua partecipazione alla funzione legislativa è oggi piuttosto circoscritta.

Di particolare rilievo è l'art. 28, introdotto con la revisione del 1986 ed emendato, sia pure in modo marginale, nel 2001: esso prevede espressamente l'inserimento nel diritto interno delle norme di diritto internazionale generalmente accettate e dei Trattati internazionali ratificati (par. 1); contempla inoltre la possibilità che con accordi o

---

pazione pubblica obbligatoria delle stesse, ampliando le possibilità di intervento statale nei rapporti economici.

<sup>14</sup> Cfr. Δαγκτόγλου Π.Δ., *op.cit.*, p. 23.

convenzioni siano attribuite specifiche competenze di rilievo costituzionale ad organismi internazionali, ove ciò sia giustificato da *'un importante interesse nazionale'* o dall'esigenza di *'promuovere la collaborazione tra gli Stati'* (par. 2). Alle stesse condizioni, il par. 3 ammette restrizioni all'esercizio della sovranità nazionale, nel rispetto di una serie di limiti espressamente indicati.

La norma, che ha consentito la ratifica dei Trattati di Maastricht e di Amsterdam, è oggi corredata di una clausola interpretativa, introdotta con la revisione del 2001, secondo cui l'art. 28 rappresenta *'il fondamento per la partecipazione della Grecia al processo di completamento dell'Unione Europea'*. Secondo l'interpretazione maggioritaria, la previsione costituzionale riconosce il **principio della primauté del diritto comunitario** sulle fonti interne.

Ad essa si affianca l'art. 80 par. 2, sulle modalità di coniazione e di emissione di monete, la cui clausola interpretativa dispone che tale prescrizione non ostacola *'la partecipazione della Grecia alle procedure di unificazione economica e monetaria, nel più ampio quadro dell'integrazione europea'*.

Il successivo art. 29, che riconosce ai cittadini aventi diritto di voto il diritto di costituire partiti politici e di aderire ai partiti esistenti (par. 1), detta nel par. 2 una dettagliata disciplina sul **finanziamento dei partiti**, introdotta dalla revisione del 2001 e ispirata al principio di trasparenza.

La norma affida alla legge ordinaria la fissazione del limite massimo delle spese elettorali e dei casi in cui la violazione delle relative prescrizioni implichi la decadenza dal mandato parlamentare o da altre cariche elettive.

La **Sezione Terza** è dedicata al **Capo dello Stato**. Eletto dalla Camera, e non direttamente dal corpo elettorale, come invece avviene in Francia, secondo una procedura dettata dalla stessa Costituzione, è definito *'arbitro delle istituzioni della Repubblica'* (art. 30).

Gli incisivi poteri che la Costituzione del 1975 gli attribuiva, del resto mai impiegati dai tre Presidenti succedutisi nel primo decennio di applicazione della Carta, sono stati notevolmente ridimensionati dalla revisione del 1986, che ha riavvicinato il ruolo presidenziale a quello proprio dei sistemi parlamentari classici.

Secondo l'originario testo del 1975, molti degli atti presidenziali più significativi erano dispensati dall'obbligo della controfirma ministeriale: tali la nomina del Primo Ministro (art. 37), lo scioglimento della Camera (art. 41), la convocazione del Consiglio dei Ministri sotto la

sua presidenza, lo revoca del Governo (art. 38 par. 2), il potere di veto, oltre che di promulgazione e pubblicazione delle leggi (art. 42), il potere di indire referendum su '*questioni nazionali critiche*' (art. 44 par. 2). Tale ultima potestà permane tuttora in capo al Presidente, ma previa proposta dell'Esecutivo approvata dalla Camera (art. 44 par. 2 nuovo testo).

Conserva altresì il potere di scioglimento della Camera, ma solo ricorrendo le circostanze specificamente indicate nel nuovo testo dell'art. 41, che non lascia oggi alcun margine di discrezionalità al Capo dello Stato.

Il Presidente era poi titolare, come il suo omologo francese, di poteri eccezionali, di natura costituzionale, legislativa e amministrativa, per far fronte a situazioni di crisi (art. 48). Di qui le incongruenze di un sistema in cui si faceva fronte alle emergenze politiche con l'esautoramento del Governo e la paralisi dell'attività del Parlamento da parte di un organo, il Capo dello Stato, che, tra l'altro, non traeva la propria legittimazione direttamente dal popolo, come invece è previsto dalla Costituzione francese del 1958. A seguito della revisione del 1986, tali poteri sono oggi assegnati al **Parlamento** (art. 48 nuovo testo).

A quest'ultimo è dedicata la **Sezione Terza**. Di tipo monocamerale, secondo una tradizione consolidata in Grecia, è titolare della funzione legislativa, esercita il controllo politico sul Governo, elegge il Capo dello Stato.

La regolamentazione del **sistema elettorale** è affidata alla legge, ma la Costituzione fissa alcuni principi inderogabili (art. 54), per cui i seggi vanno ripartiti in ogni circoscrizione in rapporto alla consistenza demografica di ciascuna, mentre un certo numero di membri della Camera, non superiore a un ventesimo del numero complessivo dei deputati, va eletto su scala nazionale, proporzionalmente ai risultati elettorali conseguiti da ciascun partito (c.d. Deputati di Stato).

L'attuale sistema elettorale, di tipo proporzionale rinforzato, più volte modificato, risulta particolarmente selettivo, tale da favorire i partiti più forti e consentire la formazione di solide maggioranze parlamentari formate da un solo partito, nonché periodiche alternanze, a discapito peraltro dei partiti minori.

L'esercizio del **diritto di voto** in Grecia è obbligatorio (art. 51 par. 5). La riserva di legge che la norma poneva con riguardo all'individuazione delle sanzioni e delle deroghe in materia è stata abrogata dalla revisione del 2001.

Il diritto di voto dei cittadini all'estero, già oggetto di espresso ri-

conoscimento nel testo originario dell'art. 51, che ne demandava la regolamentazione alla legge ordinaria, è oggi riformato sotto il profilo procedurale: la nuova previsione dispone che esso si svolga, contemporaneamente alle elezioni politiche nel territorio nazionale, con *'voto epistolare o altro mezzo idoneo'* (art. 51 par. 4). La relativa legge di disciplina deve essere approvata a maggioranza qualificata di due terzi dei membri della Camera.

La disciplina delle cause di **ineleggibilità e incompatibilità dell'ufficio parlamentare** (artt. 56 e 57), già particolarmente severa secondo l'originario testo del 1975, è oggi ancora più restrittiva, tanto da sollevare dubbi sulla concreta applicabilità di essa.

In particolare, secondo l'art. 57 par. 1 il mandato parlamentare è incompatibile con *'le attività o la qualifica di proprietario, socio, azionista, governatore, amministratore, membro del consiglio di amministrazione o direttore generale e loro supplenti'* di un'impresa che abbia rapporti di lavoro, variamente indicati, con lo Stato, così come con l'esercizio di qualsiasi attività professionale, salvo le eccezioni previste dalla legge. Si noti che le incompatibilità previste da questa norma si estendono al Primo Ministro, che, secondo l'art. 37, deve avere la carica di deputato, oltre quella di leader del proprio partito<sup>15</sup>.

La disciplina costituzionale dell'**esercizio della funzione legislativa**, riformata nel 2001 con il chiaro intento di alleggerire il lavoro del Parlamento, riconosce ora alle Commissioni Parlamentari Permanenti, che in Grecia sono quattro, poteri deliberanti su tutti i progetti o proposte di legge che non siano espressamente riservati all'Assemblea Plenaria (artt. 70 e 72 par. 1). Il nuovo par. 5 dell'art. 76 prevede ancora che il Governo possa richiedere che un progetto o una proposta di legge sia discusso in un numero limitato di sedute se *'di carattere urgente'*.

Al **Governo** sono dedicate varie norme costituzionali contenute nella **Sezione Quarta**, dirette a disciplinarne non solo la composizione ed il funzionamento, ma lo stesso meccanismo di formazione e di scioglimento.

Costituito dal Primo Ministro e dai Ministri, *'determina e dirige la politica generale del Paese (...)'* (art. 82). Svolge funzioni di alta amministrazione ma anche attività normativa mediante decreti legislativi e regolamenti, secondo i parametri tipici dei parlamentarismi europei.

<sup>15</sup> Cfr. PERIFANAKI ROTOLO V., *Cenni cit.*, p. 474.

La posizione del **Primo Ministro**, organo direttivo dell'attività di Governo, è venuta concretamente a risaltare e caratterizzare il sistema, grazie anche ad una legislazione elettorale che favorisce il partito più forte e alla normativa sugli organi collegiali governativi (L. 1558/1986 sulla struttura di Governo), che concentra praticamente tutte le decisioni più importanti per il Paese in capo al Consiglio di Gabinetto, organo ristretto del Consiglio dei Ministri presieduto dal Premier<sup>16</sup>.

Il procedimento di **formazione del Governo**, il cui *dominus* istituzionale è il Capo dello Stato, è meticolosamente disciplinato dall'art. 37.

Il testo originario della norma è stato sostanzialmente modificato con la revisione del 1986, nella parte in cui lasciava al Presidente della Repubblica ampi spazi di discrezionalità in ordine alla nomina del Premier. Oggi è la stessa Costituzione che stabilisce chi debba essere nominato Premier e in che ordine, in base ai risultati delle consultazioni elettorali.

Anche lo **scioglimento del Governo**, che può avvenire per volontarie dimissioni o per sfiducia della Camera, ma non anche per decisione del Capo dello Stato, come invece era previsto nella Costituzione del 1975, è disciplinato in modo dettagliato nell'art. 38. Il potere del Presidente della Repubblica di revocare il Governo era una delle peculiarità del sistema ellenico; ritenuta anomala in un sistema di tipo parlamentare, tale previsione è stata travolta dalla revisione del 1986.

La **Sezione Quinta** è dedicata al **Potere Giudiziario**. Già la Carta del 1975 dettava una disciplina particolarmente analitica e dettagliata dell'organizzazione e del funzionamento della giustizia, prevedendo un numero limitato di riserve di legge in materia.

La revisione costituzionale del 2001 è intervenuta in modo significativo anche in questo settore, operando nel senso di un'ulteriore razionalizzazione del sistema giudiziario ellenico.

Di questa Sezione della Carta, gli artt. 87-91 sono specificamente dedicati ai magistrati, l'art. 92 ai cancellieri giudiziari, mentre gli artt. 93-100 dettano norme sulla composizione e sulla giurisdizione dei tribunali. La Costituzione contiene diverse altre disposizioni rilevanti in materia: tra queste, l'art. 20 par. 1, che assicura il **diritto di accesso**

---

<sup>16</sup> Cfr. *amplius* MAKRYDEMETS A., *Public Administration in the political system. The Government, the Prime Minister, the Ministers*, in SPILIOTOPOULOS E.P./MAKRYDEMETS A. (a cura di), *Public Administration in Greece*, Athens-Komotini, 2001, pp. 19 e ss..

**alla giustizia** per la difesa dei propri diritti ed interessi, e l'art. 8, secondo cui nessuno può essere sottratto contro la sua volontà al giudice attribuitogli dalla legge (**principio del giudice naturale**).

L'amministrazione della giustizia in Grecia si articola in due rami distinti, secondo il modello francese: la giurisdizione civile e penale, con la Corte di Cassazione al suo apice, e quella amministrativa, il cui organo di vertice è il Consiglio di Stato. Ad esse si affianca la giurisdizione contabile, affidata alla Corte dei Conti.

L'art. 94 devolve le controversie amministrative al Consiglio di Stato e ai tribunali amministrativi ordinari (par. 1), mentre le liti tra privati sono affidate alla giurisdizione civile (par. 2). Il successivo par. 3 ammette peraltro che *'determinate categorie di controversie'* siano affidate con legge all'una o all'altra giurisdizione, a prescindere dalla loro natura amministrativa o civile, per conseguire una *'applicazione uniforme della legislazione'*.

**L'indipendenza funzionale e personale dei magistrati**, solennemente sancita nell'art. 87 par. 1, è assicurata da specifici organi di autogoverno, previsti dall'art. 90: il Consiglio Giudiziario Superiore della magistratura civile e penale, il Consiglio Giudiziario Superiore della magistratura amministrativa e il Consiglio Giudiziario Superiore della Corte dei Conti. La norma è stata modificata dalla revisione del 2001 quanto alla composizione di tali organi, che restano competenti in materia di promozioni, assegnazioni, trasferimenti e distaccamenti dei magistrati (par. 1).

**L'amministrazione imparziale della giustizia** è garantita dai principi di pubblicità delle udienze (art. 93 par. 2), di motivazione delle sentenze (espressamente introdotto con la revisione del 2001: art. 93 par. 3 alinea a), di pronuncia delle sentenze in pubblica udienza (art. 93 par. 3 alinea a) e di pubblicazione obbligatoria dell'opinione difforme della minoranza (anch'esso inserito nel 2001: art. 93 par. 3 alinea b).

La Costituzione contempla tre distinte categorie di tribunali: ordinari, straordinari, speciali.

**Tribunali ordinari** sono i tribunali civili, penali ed amministrativi (art. 93 par. 1) e la loro organizzazione è demandata a leggi speciali.

I **tribunali straordinari** sono istituiti in caso di applicazione della legge sullo stato di assedio, di cui all'art. 48 par. 1, in deroga al divieto dell'art. 8 par. 2, secondo cui *'È vietata l'istituzione di Commissioni Giudiziarie o di tribunali straordinari con qualsiasi denominazione'*.

I **tribunali speciali** giudicano solo determinate questioni, legate alla

natura della controversia o alla identità dei soggetti sottoposti a giudizio. Tra questi, il Tribunale Speciale di cui all'art. 86 par. 4, che giudica dei reati penali commessi da Ministri e Sottosegretari; la **Corte dei Conti**, le cui competenze, delineate nell'art. 98 par. 1, includono a seguito della revisione del 2001 anche il controllo dei contratti '*di notevole valore economico*' di cui sia contraente lo Stato o altra persona giuridica ad esso equiparata (art. 98 par. 1 b); i tribunali dei minori (art. 96 par. 3), la cui organizzazione è affidata a leggi speciali; i tribunali militari, marittimi e aeroportuali, previsti dall'art. 96 par. 4.

Nella categoria dei tribunali speciali rientra anche il **Consiglio di Stato** ellenico. Secondo l'art. 95, riformato nel 2001, è giudice di annullamento su ricorso degli atti amministrativi esecutivi per eccesso di potere o violazione di legge (par. 1 a), di cassazione su ricorso delle sentenze dei tribunali amministrativi prese in ultima istanza (par. 1 b); giudica poi le controversie amministrative che siano ad esso affidate dalla Costituzione e dalla legge (par. 1 c), e ha compiti di elaborazione dei decreti di contenuto regolamentare (par. 1 d).

Lo stesso art. 95 par. 3 dispone che '*Categorie di cause rientranti nella competenza del Consiglio di Stato possono essere assoggettate con legge, per la loro natura o per la loro eccezionalità, ai tribunali amministrativi ordinari. Il Consiglio di Stato giudica in secondo grado, come dispone la legge*'.

Significativo è il nuovo par. 5 dell'art. 95, che impone all'Amministrazione l'**obbligo di ottemperanza** alle decisioni giudiziarie, demandando alla legge la determinazione delle misure necessarie per assicurarne l'adempimento.

La norma è intimamente connessa all'art. 94 par. 4, anch'esso introdotto dalla revisione del 2001, che prevede l'obbligatorietà di tutte le decisioni giudiziarie anche nei confronti dello Stato e dei soggetti ad esso equiparati.

La Costituzione prevede inoltre un sistema di **controllo della costituzionalità delle leggi**: applicato in Grecia sin dal XIX secolo, esso è previsto dall'art. 93 par. 4, secondo cui '*I tribunali sono tenuti a non applicare una legge il cui contenuto sia contrario alla Costituzione*'.

Al controllo di tipo diffuso e concreto e successivo<sup>17</sup>, che i giudici esercitano *ex officio*, in sede di risoluzione delle controversie sottopo-

---

<sup>17</sup> Cfr. *amplius* Σκούρης Β./Βενιζέλος Ευ., *Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων* (Il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi), Αθήνα-Κομοτηνή, 1985.

ste al loro esame, il Costituente del 1975 ne ha affiancato uno di tipo accentrato, che l'art. 100 affida ad una **Corte Suprema Speciale**.

Questa si pronuncia sulla risoluzione delle questioni di costituzionalità per le quali le tre giurisdizioni superiori (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti) abbiano emesso giudizi contrastanti, prevedendo ancora che la pronuncia di incostituzionalità di una legge emessa da questa Corte comporti l'annullamento della legge in questione, con effetti *ex nunc* (dalla pubblicazione della sentenza) ed *erga omnes*.

La revisione del 2001 ha inciso anche su tale aspetto, prevedendo nel nuovo par. 5 dell'art. 100 che quando una Sezione delle magistrature superiori '*giudica una disposizione di legge formale incostituzionale*', tale Sezione '*rinvia obbligatoriamente la questione alla propria Adunanza Plenaria*', che '*delibera in via definitiva*'.

Va osservato a riguardo che già prima della revisione del 2001, la disciplina del sindacato di costituzionalità delle leggi imponeva alle Sezioni semplici della Corte di Cassazione e della Corte dei Conti di rinviare alla rispettiva Adunanza Plenaria le questioni di incostituzionalità (nei casi, si badi, non di decisione di incostituzionalità di una legge, ma della valutazione eventuale della sua contrarietà a Costituzione), ciò che invece non accadeva per le Sezioni del Consiglio di Stato. Ne è derivato uno squilibrio tra le tre magistrature superiori quanto ai presupposti di accesso alla Corte Suprema Speciale in sede di giudizio di costituzionalità.

La nuova previsione, imponendo alle Sezioni della Corte di Cassazione, della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato l'obbligo di rinvio della questione alla rispettiva Adunanza Plenaria, è tesa proprio a rimuovere tale fattore discriminatorio<sup>18</sup>.

La Parte Terza si chiude con una serie di norme sull'**Amministrazione (Sezione Sesta)**.

Ispirato al modello francese di *decentralisation*, il sistema amministrativo ellenico si basa sui principi di decentramento e di auto-amministrazione locale, entrambi richiamati dalla Costituzione negli art. 101 e 102. Secondo il **principio di decentramento**, il territorio è amministrato da organi centrali e periferici dello Stato; questi ultimi sono pri-

---

<sup>18</sup> Cfr. Βενιζέλος Ευ., *Το Αναθεωρητικό Κεκτημένο. Το συνταγματικό στον 21<sup>ο</sup> αιώνα και η εισφορά της αναθεώρησης του 2001 (L'Aquis della Revisione Costituzionale. Il fenomeno costituzionale del 21<sup>ο</sup> secolo e il contributo della revisione del 2001)*, Αθήνα-Κομοτηνή, 2002, pp. 363 e ss..

vi di personalità giuridica e gerarchicamente subordinati al Governo che, secondo la rinnovata formulazione dell'art. 101 par. 3, li dirige e coordina, esercitando sui loro atti un controllo di legittimità.

Il **principio di auto-amministrazione locale** si concreta invece nel riconoscimento di poteri amministrativi alle collettività locali, definite '*organismi di auto-amministrazione locale*' (o.a.l.), persone giuridiche distinte dallo Stato e dirette da autorità elettive proprie (art. 102).

Una concezione fortemente unitaria dello Stato, legata a fattori storici e culturali, ha di fatto impedito il pieno sviluppo delle collettività locali in Grecia. Queste continuano ancora oggi ad essere titolari di poteri di natura squisitamente amministrativa, non hanno invece alcuna autonomia normativa, intesa quale potere di emanare norme giuridiche, al di fuori di una specifica autorizzazione legislativa.

Ma gli stessi poteri di auto-amministrazione accordati alle collettività locali hanno trovato piena attuazione solo negli ultimi anni, grazie alle sollecitazioni legate al processo di integrazione europea: l'esigenza di creare le condizioni di operatività delle politiche europee di sviluppo ha spinto il Legislatore ordinario ad intervenire in modo rilevante nella disciplina del sistema locale ellenico, nel segno di un complessivo ammodernamento della materia<sup>19</sup>.

Molte delle innovazioni legislative sono state poi recepite sul piano costituzionale con la revisione del 2001, che ha aperto nuove prospettive di sviluppo del sistema<sup>20</sup>.

Il nuovo art. 102 affronta i diversi profili della struttura organizzativa, delle competenze, del regime economico e del ruolo delle collettività locali nel sistema politico complessivo.

Quanto al primo aspetto, sono previste due distinte articolazioni delle collettività locali (par. 1), non specificamente indicate nel testo costituzionale, che attualmente corrispondono ai comuni e alle municipalità.

Il par. 3 prevede la possibilità di costituire **consorzi tra gli o.a.l.**

---

<sup>19</sup> Tra gli interventi legislativi più significativi, si ricordano le Leggi 2240 e 2218/1994, che hanno istituito le prefetture quali o.a.l. di II livello, il Codice delle Municipalità e dei Comuni, approvato con D.P.R. 410/1995, la Legge *Καποδίστριας* 2539/1997 che ha provveduto alla riorganizzazione complessiva degli o.a.l. di I livello.

<sup>20</sup> Cfr. *amplius* BERNARDINI D'ARNESANO B., *L'amministrazione locale in Grecia*, in corso di pubblicazione nell'ambito del Progetto di ricerca *L'Amministrazione locale e l'Europa*, 2003-2004, Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale di Roma.

non più soltanto per l'esecuzione di opere o la prestazione di servizi, come già disponeva il testo del 1975, ma, più in generale, per l'esercizio di ogni loro competenza, offrendo un valido strumento organizzativo di supporto alle collettività locali per lo svolgimento delle proprie funzioni.

Con riguardo alle competenze degli o.a.l., si afferma per la prima volta a livello costituzionale una **presunzione di competenza** in favore delle collettività locali, circoscritta peraltro all'amministrazione degli affari locali, e non alla disciplina di essi, escludendosi dunque ogni forma di autonomia normativa. Spetta inoltre al Legislatore ordinario definire *'l'ambito e le categorie degli affari locali, così come la loro ripartizione tra i singoli livelli'* (par. 1).

Con riferimento al potere di **vigilanza statale sugli o.a.l.**, il nuovo par. 4 delimita espressamente il controllo sugli atti delle collettività locali alla legittimità di essi, recependo sul piano costituzionale l'evoluzione legislativa sul punto; la norma continua invece a prevedere l'applicazione di sanzioni disciplinari nei confronti degli organi elettivi locali.

Il par. 2 introduce il principio di **autosufficienza economica degli o.a.l.**, il cui contenuto è descritto nel nuovo par. 5. Lo Stato ha oggi l'obbligo, e non più la mera facoltà, come originariamente previsto, di provvedere al reperimento delle risorse necessarie all'esercizio delle competenze locali; è inoltre ammessa la possibilità per gli o.a.l., nel quadro di un'autorizzazione legislativa, di imporre e riscuotere direttamente *'entrate locali'*.

Quanto infine al ruolo delle collettività locali nel sistema politico, restano ferme le disposizioni che affidano alla legge la disciplina delle elezioni delle autorità locali (par. 2).

La revisione del 2001 ha provveduto ad inserire in questa Sezione della Carta costituzionale il nuovo art. 101 A, dedicato all'istituto delle **Autorità Indipendenti**. La Grecia diviene così uno dei primi Paesi europei in cui il fenomeno delle Autorità Indipendenti trova un espresso inquadramento costituzionale.

La norma, che si affianca alle altre previsioni sulle cinque A.I. specificamente costituzionalizzate, fissa una serie di principi generali in materia.

La nuova disciplina risponde in primo luogo ad esigenze di razionalizzazione della materia: la sia pur recente storia delle A.I. nel sistema ellenico si caratterizza infatti per la proliferazione di organi variamente denominati, creati con legge senza un criterio unitario nell'organizzazione e nel funzionamento di ognuno di essi.

L'art. 101 A introduce ora una fondamentale distinzione tra le cinque Authorities costituzionalmente previste, a cui si applicano le regole in esso contenute, e quelle istituite con legge ordinaria: solo le prime sono coperte di garanzia costituzionale quanto alla loro esistenza e al loro funzionamento. Quanto alle altre, il Legislatore è libero di applicare anche ad esse la disciplina di cui all'art. 101 A, ferma restando la sua piena discrezionalità quanto alla modifica o alla soppressione delle Autorità con un successivo intervento normativo.

La disciplina è inoltre finalizzata ad un più corretto inquadramento costituzionale dell'istituto, alla luce dell'ampio dibattito sviluppatosi nella fase precedente alla revisione, specie con riferimento alla compatibilità delle A.I. con i fondamentali principi di sovranità popolare e di separazione dei poteri.

L'art. 101 A par. 1 proclama innanzitutto l'indipendenza personale e funzionale dei membri delle A.I., ricalcando l'analoga disposizione prevista per i magistrati. La disciplina relativa alla selezione e all'organizzazione del personale delle Autorità, così come la fissazione dei *'requisiti adeguati'* che questo deve possedere, sono determinati dalla legge (par. 2). La norma affida poi la nomina dei membri delle A.I. alla Conferenza dei Presidenti della Camera, imponendo che questa avvenga *'preferibilmente all'unanimità o comunque a maggioranza qualificata di 4/5 dei suoi componenti'*.

Al Regolamento Parlamentare è affidata la disciplina delle modalità di nomina dei membri delle A.I. (par. 2), dei rapporti tra Autorità e Parlamento e dell'esercizio del *'controllo parlamentare'* (par. 3).

Dall'art. 101 A emerge chiaramente la volontà del Legislatore di revisione di fondare la legittimazione democratica delle A.I. sul loro collegamento alla Camera.

Il Parlamento ellenico non ha tardato ad adottare la disciplina regolamentare e normativa di attuazione del precetto costituzionale: così, la recente L.3051/2002<sup>21</sup> fissa il quadro generale di disciplina a cui, secondo il disposto dell'art. 101 A, devono uniformarsi le cinque Autorità costituzionalizzate.

Il Regolamento della Camera, recentemente riformato<sup>22</sup>, provvede poi a dare attuazione alle previsioni costituzionali di cui all'art. 101 A

<sup>21</sup> Im *ΦΕΚ (Gazzetta Ufficiale)* 220/20.9.2002.

<sup>22</sup> Con decisione del Parlamento in Adunanza plenaria del 6.12.2001, in *ΦΕΚ Α* 284/18.12.2001.

relative alla delicata questione del controllo parlamentare sulle Autorità.

In base al nuovo art. 138 A Reg. Parl., il controllo si svolge sotto forma di relazioni e audizioni dinanzi ad una serie di organi parlamentari, che comprendono la Conferenza dei Presidenti, la competente Commissione Permanente, la Commissione delle Istituzioni e della Trasparenza o anche Commissioni *ad hoc*. Ciascun organo riceve relazioni annuali delle Autorità sul proprio operato, mentre può invitare in audizione i rappresentanti di queste, nel rispetto delle norme costituzionali e regolamentari, che prevedono, tra l'altro, un dovere di informativa del Ministro competente. Non è invece espressamente contemplato alcuno dei mezzi abituali di controllo parlamentare: ciò sembra confermare la peculiarità delle Autorità Indipendenti, quali forme di organizzazione istituzionale che sfuggono ad ogni inquadramento nell'uno o nell'altro dei poteri dello Stato, specie nell'Esecutivo.

La disciplina costituzionale introdotta dal Legislatore di revisione, integrata dalle prescrizioni legislative e regolamentari, contribuisce in modo significativo a colmare il *deficit* di legittimazione democratica delle Autorità, assicurandone la più ampia indipendenza amministrativa, regolamentare e finanziaria, nei limiti ammessi dal sistema costituzionale complessivo.

La **Parte Quarta** della Costituzione, contenente '*Disposizioni Speciali, Finali e Transitorie*', è divisa in Quattro Sezioni, tra cui particolare rilievo assume la **Sezione Seconda**, composta di un solo articolo, l'art. 110, sulla **revisione costituzionale**.

La Costituzione ellenica è particolarmente rigida: sono previsti limiti contenutistici (alcune sue disposizioni non sono suscettibili di modifica<sup>23</sup>: art. 110 par. 1) e temporali (cinque anni dalla precedente revisione: art. 110 par. 6) all'esercizio del potere di revisione, mentre il relativo procedimento è dettagliatamente disciplinato dagli artt. 110 Cost. e 119 del Regolamento Parlamentare.

Tali disposizioni prevedono che esso si svolga in due distinte legislature: nella prima, il Parlamento si pronuncia sulla '*necessità di revisione della Costituzione*', su proposta di almeno cinquanta deputati, a

---

<sup>23</sup> Si tratta in particolare dell'art. 2 par. 1 sulla dignità umana, dell'art. 4 par. 1, 4 e 7 sul principio di uguaglianza, dell'art. 5 par. 1 e 3 sul libero sviluppo della personalità umana e sull'inviolabilità della libertà personale, 13 par. 1 sulla libertà religiosa, e 26 sul principio di separazione dei poteri.

maggioranza qualificata di tre quinti dei suoi membri (o, in subordine, a maggioranza assoluta: art. 110 par. 4) e in due scrutini successivi (art. 110 par. 2).

La decisione del Parlamento ha la struttura di una proposta di legge, è accompagnata da una relazione illustrativa e contiene l'elenco delle singole disposizioni da revisionare (art. 119 par. 5 Reg. Parl.).

Segue un secondo stadio del procedimento revisionale, in cui la Camera successivamente eletta, detta '*Camera di Revisione*', procede alla riforma vera e propria delle norme individuate nella precedente Legislatura, approvando a maggioranza assoluta e in due distinte votazioni, il testo revisionato (art. 110 par. 3). Va sottolineato che anche in questa seconda fase è richiesta la maggioranza qualificata dei tre quinti dei membri del Parlamento laddove le disposizioni da revisionare siano state approvate dalla Camera precedente a maggioranza assoluta (art. 110 par. 4).

In entrambe le fasi, la Camera procede alla nomina di una '*Commissione di Revisione Costituzionale*' (art. 119 par. 2 Reg. Parl.), composta secondo criteri proporzionali ai partiti presenti in Parlamento, e incaricata, nel primo stadio della procedura, di analizzare le proposte avanzate e di predisporre l'elenco delle disposizioni da revisionare, mentre nel secondo stadio essa ha il compito di fissare il contenuto delle norme suscettibili di revisione, da sottoporre poi all'approvazione dell'Assemblea Plenaria.

Nel quadro della disciplina di cui all'art. 110, le consultazioni per il rinnovo della Camera tra le due fasi del procedimento (art. 110 par. 3) operano come una vera e propria verifica della volontà popolare sui contenuti della revisione, assicurando in tal modo il coinvolgimento, sia pure indiretto, del corpo elettorale nell'iter di riforma della Costituzione.

La Carta costituzionale ellenica, anche alla luce delle modifiche intervenute nel 1986 e nel 2001, presenta profili di particolare interesse e originalità: alla razionalizzazione estrema della forma di Governo ivi delineata, già riscontrabile nel testo del 1975, si affianca oggi una disciplina tendenzialmente esaustiva dei diritti e delle libertà, aperta alle nuove sfide della società tecnologica contemporanea, ma anche una regolamentazione dettagliata dei meccanismi di funzionamento delle istituzioni. Esigenze di certezza del diritto e una generalizzata diffidenza del Legislatore costituzionale nei confronti dei poteri dello Stato si traducono in altrettante delimitazioni alla discrezionalità da questi

esercitata in sede di interpretazione del testo fondamentale, orientandone le scelte e vincolandole a parametri già fissati al più alto grado della gerarchia delle fonti.

### 3. Bibliografia

- BARBERA A./FUSARO C., *Il governo delle democrazie*, Bologna, 1997.
- BERNARDINI D'ARNESANO B., *La revisione costituzionale in Grecia*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV/2001, Torino.
- BERNARDINI D'ARNESANO B., *L'amministrazione locale in Grecia*, in corso di pubblicazione nell'ambito del Progetto di ricerca *L'Amministrazione locale e l'Europa*, 2003-2004, Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale di Roma.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Costituzioni straniere contemporanee*, Padova, 1996.
- KAMINIS G., *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, Paris, 1990.
- PENSOVECCHIO LI BASSI A., *Gli organi di governo nelle Costituzioni europee degli anni 1975-1978. Costituzioni di Svezia - Grecia (modificata nel 1986) - Portogallo (modificata nel 1982) - Spagna*, Torino, 1988.
- PERIFANAKI ROTOLO V., *Cenni sulla revisione della Costituzione greca del 2001*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II/2002, Torino.
- PERIFANAKI ROTOLO V., *L'evoluzione della forma di Governo in Grecia (1975-1986)*, Padova, 1989.
- SPLIOTOPOULOS E.P./MAKRYDEMETRES A. (a cura di), *Public Administration in Greece*, Athens-Komotini, 2001.

In lingua greca:

- Βενιζέλος Ευ., *Το Αναθεωρητικό Κεκτημένο. Το συνταγματικό στον 21<sup>ο</sup> αιώνα και η εισφορά της αναθεώρησης του 2001 (L'Aquis della Revisione Costituzionale. Il fenomeno costituzionale del 21<sup>o</sup> secolo e il contributo della revisione del 2001)*, Αθήνα-Κομοτηνή, 2002.
- Βενιζέλος Ευ., *Το Σύνταγμα του 1975/1986/2001 (La Costituzione del 1975/1986/2001)*, Αθήνα-Κομοτηνή, 2001.
- Βενιζέλος Ευ., *Το αναθεωρητικό διάβημα του 1985/1986 (L'intervento revisionale del 1985/1986)*, in *Δίκαιο και Πολιτική (Diritto e Politica)*, Αθήνα-Κομοτηνή, 13-14/1988.
- Δαγκτόγλου Π.Δ., *Ατομικά Δικαιώματα (Diritti Individuali)*, I, Αθήνα-Κομοτηνή, 1991.
- Παπαδημητρίου Γ. (a cura di), *Αναθεώρηση του Συντάγματος και εκσυγχρονισμός των θεσμών (Revisione della Costituzione e modernizzazione delle istituzioni)*, Αθήνα-Κομοτηνή, 2000.
- Σκούρος Β./Βενιζέλος Ευ., *Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων (Il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi)*, Αθήνα-Κομοτηνή, 1985.
- Τσάτσος Δ.Θ./Βενιζέλος Ευ./Κοντιάδης Ξ.Ι. (a cura di), *Το Νέο Σύνταγμα. Πρακτικά Συνεδριου για το αναθεωρημένο Σύνταγμα του 1975/1986/2001 (La Nuova Costituzione. Atti del Convegno sulla Costituzione revisionata del 1975/1986/2001)*, Αθήνα-Κομοτηνή, 2001.

MARIO BOFFO

ORIGINI, PRESENTE E POSSIBILE FUTURO DELLA POLITICA  
ESTERA E DELLA DIFESA EUROPEA NEL CONTESTO DELLA  
DIALETTICA TRA EUROPA E STATI UNITI IN UN MONDO IN  
RAPIDA TRASFORMAZIONE

SOMMARIO

1. *Il quadro strategico emerso dalla seconda guerra mondiale* (1.1 *La nascita di due super potenze nucleari*; 1.2 *Le principali caratteristiche dei blocchi, i rischi per la sicurezza e gli opposti concetti strategici*; 1.3 *L'organizzazione della sicurezza in Europa*; 1.4 *Costi e benefici per l'Europa*). 2. *I cambiamenti collegati alla caduta dell'Unione Sovietica* (2.1 *Il forte ridimensionamento strategico della Russia e il suo mutato orientamento*; 2.2 *La questione del "burden sharing" e la crescita di un'identità europea di sicurezza*; 2.3 *I mutamenti nell'organizzazione della sicurezza*). 3. *La situazione geostrategica attuale e il futuro possibile* (3.1 *I nuovi scenari*; 3.2 *L'Europa politica e militare e le sue prospettive*; 3.3 *Europa e America: quale futuro?*).

**1. Il quadro strategico emerso dalla seconda guerra mondiale**

*1.1 La nascita di due super potenze nucleari*

Gli esiti della Seconda Guerra Mondiale hanno comportato uno stravolgimento profondo del quadro strategico mondiale e di quello europeo in particolare: laddove, fino al 1939, il "Concerto delle Nazioni" era in grado di influire sulle sorti del Continente lungo la tradizione emersa in epoca post-napoleonica, alla fine del conflitto le potenze europee risultavano invece radicalmente ridimensionate e trasformate sostanzialmente da soggetti a oggetto della sicurezza europea. Benché gli accordi di Yalta siano stati conclusi a tre, infatti, e nonostante gli Alleati vincitori fossero cinque (Stati Uniti, Unione Sovietica, Regno Unito, Francia e Cina), solo gli Stati Uniti e l'Unione Sovietica emergevano dallo scenario postbellico come potenze con vocazione planetaria in grado di incidere sulle sorti dell'Europa<sup>1</sup>. Al ridimensionamento delle potenze europee e delle residue pretese di influenza

---

<sup>1</sup> Un'eccellente panoramica sulle trasformazioni storiche e geostrategiche susseguenti alla fine del secondo conflitto mondiale, nel più profondo contesto della storia del XIX e XX secolo, potrà essere trovato in: ROBERTO BALZANI, ALBERTO DE BERNARDI, *Storia del mondo contemporaneo*, Bruno Mondadori Editore, Milano 2003. Il testo contiene anche un'ampia bibliografia sull'argomento.

geo-strategica – e soprattutto alla relativa presa di coscienza – contribuirono anche la successiva perdita degli imperi coloniali e l'inconcludente spedizione di Suez, organizzata da Regno Unito e Francia nel 1956<sup>2</sup>. In questo senso è come se la Seconda Guerra mondiale fosse stata persa da tutti gli Stati europei. L'intera Europa fu sottoposta infatti, a seguito degli accordi di Yalta, all'influenza dell'una o dell'altra delle due superpotenze vincitrici, subendo una più o meno amichevole "occupazione" che ha condizionato non solo le prospettive di politica estera di ciascun Paese ma anche gli sviluppi di politica interna. Tale "occupazione" ebbe connotazioni senz'altro diverse nei due blocchi. L'Europa orientale fu sottomessa a un dominio di tipo totalitario basato sullo stretto controllo dei Governi da parte del regime comunista dell'Unione Sovietica, la quale aveva sostenuto o diretto politicamente e militarmente, con il consenso degli altri Alleati, una serie di colpi di stato finalizzati a stabilire nei vari Paesi esecutivi subordinati a Mosca. In Europa Occidentale l'"occupazione" fu più "libera", nel senso che le democrazie liberal-democratiche poterono risorgere o essere confermate, seppur sotto lo stretto controllo di Washington, avviando un periodo di innegabile ricostruzione e sviluppo economico e democratico.

Mentre Stati Uniti e Unione Sovietica consolidavano le proprie sfere di influenza in Europa, dapprima in un contesto di cooperazione fra alleati, poi in un contesto di "pace vigilata", concorrenza, contrapposizione, rivalità e "guerra fredda" caratterizzato da rischi e timori di ulteriori e più rovinosi conflitti, i Paesi europei cominciarono a prendere gradualmente atto dei mutati scenari, concependo nuove forme di coesistenza e cooperazione in Europa che non l'oramai impossibile "Concerto delle Nazioni". L'obiettivo che tutti intendevano perseguire – e che fu alla base dei successivi sviluppi – era un meccanismo che prevenisse nuovi conflitti tra Francia e Germania e che imprimesse quindi una svolta alla storia europea, già tante volte provata dalle ricorrenti guerre tra le due principali potenze continentali. A dimostrazione che proprio la sicurezza costituiva la principale preoccupazione dei Governi europei, basterà ricordare che l'attenzione di questi ultimi si accentrò, nei primi anni cinquanta, sul settore strategico (anche militarmente parlando) del carbone e dell'acciaio e su quello di una possibile integrazione militare. Il primo di tali aspetti ebbe successo con

---

<sup>2</sup> Si veda: HUGH THOMAS, *La crisi di Suez*, Rizzoli Editore, Milano 1969.

la creazione, nel 1951, della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA). Il secondo, che condusse al tentativo di dar luogo a una Comunità Europea di Difesa (CED), dovette invece naufragare per lo scetticismo e le gelosie nazionalistiche degli Stati (tra questi, soprattutto la Francia)<sup>3</sup>.

Come nel caso della CECA, la spinta propulsiva all'integrazione militare europea venne dall'Alleato d'oltre Atlantico. Pressati dalla guerra di Corea, gli Stati Uniti posero agli europei il problema del riarmo tedesco. A tale sollecitazione rispose dapprima la Francia attraverso il lancio del piano Pleven (dal nome del Ministro francese della Difesa, René Pleven), per la creazione di una comunità europea di difesa. Il progetto, politicamente ispirato dal Primo Ministro Monnet, prevedeva la creazione di un esercito europeo forte di sei divisioni, sotto il controllo di uno stato maggiore internazionale comandato da un ufficiale delle forze atlantiche. L'obiettivo era quello di evitare che l'integrazione tedesca nella NATO (sorta nel frattempo nel 1949) avvenisse senza un adeguato controllo da parte francese. Ma il progetto si rivestì presto di un'ispirazione alternativa al controllo americano dell'Europa. Il trattato CED venne firmato a Parigi dai Paesi della "piccola Europa" nel maggio 1952. Esso, tuttavia, non divenne mai operativo e dopo un lungo e difficile iter di ratifica da parte dei parlamenti nazionali proprio il parlamento del Paese che se ne era fatto promotore ne dichiarò il fallimento: il 30 agosto 1954 l'Assemblea francese, in risposta alle pressioni del Segretario di Stato americano Foster Dulles, liquidò il trattato con una semplice questione procedurale, evitando il dibattito e la relativa votazione.

Diverse furono le motivazioni che portarono a questo epilogo. Forte fu, in primo luogo, il peso delle ragioni di politica internazionale legate al cambiamento dello scenario mondiale intervenuto dopo la morte di Stalin. Quanto più si allontanava l'incombenza della minaccia comunista, in definitiva, tanto più si affievoliva la vocazione europeista dei Governi continentali, facendo venir meno proporzionalmente anche la loro disponibilità alla cessione di fette consistenti di sovranità nazionale. Evidente fu inoltre il limite dell'approccio funzionalista applicato al problema della difesa. A questo proposito si ricordi una fa-

---

<sup>3</sup> Gli inizi dell'integrazione europea sono doviziosamente illustrati in: F. MASTRONARDI (a cura di), *L'Europa alla ricerca della propria unità*, Gruppo Editoriale Esselibri Simone, 2002. In tale opera, e nella bibliografia da essa riportata, si potranno riscontrare gli elementi essenziali della nostra sintesi.

mosa affermazione del senatore belga Fernand Dehousse: “Si sono già visti, ahimè, Stati senza esercito, ma non si sono ancora mai visti eserciti senza Stato!”. In sostanza, l’esercito non era, come il carbone e l’acciaio, un settore limitato da poter sottoporre, pur nella sua portata strategica, a una gestione sovranazionale, bensì l’oggetto di una prerogativa fondamentale degli Stati, il fondamento materiale della sovranità esterna e quindi della politica estera, oltre che, in ultima analisi, anche dell’aspetto interno della sovranità, in quanto elemento essenziale dal quale dipende il monopolio della forza che consente a ogni Stato di assicurare l’ordine pubblico.

La contraddizione insita nell’idea di Monnet fu colta abilmente dai federalisti che, guidati da Altiero Spinelli e appoggiati dal Governo di Alcide De Gasperi, promossero ed ottennero l’ideazione, nell’ambito del progetto CED, di un vero e proprio potere politico da accompagnarsi a quello militare. Fu, in effetti, grazie all’azione intrapresa dal capo del governo italiano che la Conferenza per la CED risolse di affidare all’Assemblea allargata della CECA il compito di elaborare un progetto di comunità politica europea. L’idea di un governo europeo sovranazionale, associato a un esercito europeo, finì peraltro per rafforzare il fronte delle opposizioni alla CED: a coloro che si opponevano alla cessione delle funzioni militari nazionali si associavano infatti quanti erano contrari alla prospettiva di un governo europeo lesivo delle sovranità degli Stati. La crisi della CED spinse i Paesi europei ad affidare totalmente agli Stati Uniti la difesa militare del Continente, con le conseguenze gravissime di un ritardo della ricerca e della tecnologia militare difficilmente recuperabile e dell’insorgere di una sorta di cultura rinunciataria che sfocerà nell’inerzia, anche a fronte delle recenti crisi dei Balcani.

In Europa si passava intanto da una situazione di “pace vigile” a quel clima politico-strategico che il giornalista Walter Lippmann definì con una fortunata espressione “Guerra Fredda”<sup>4</sup>. Sul fronte interno

---

<sup>4</sup> Amplissima è la letteratura sulla guerra fredda. Ci si limita a citare qui i testi seguenti: D. F. FLEMING, *The Cold War and Its Origins, 1917-1960* (1961); J. L. Gaddis, *The United States and the Origins of the Cold War, 1941-1947* (1972); K. W. THOMPSON, *Cold War Theories* (1981); P. SAVIGEAR, *Cold War or Detente in the 1980s* (1987); J. SHARNIK, *Inside the Cold War* (1987); M. WALKER, *The Cold War* (1994); W. LAFEBER, *America, Russia and the Cold War* (8th ed. 1996). Numerosi spunti bibliografici potranno essere inoltre trovati nel sito elettronico: <http://www.cmu.edu/coldwar/annot.htm>, o nel sito: [http://www.soc.unitn.it/sus/membri\\_del\\_dipartimento/pagine\\_personali/gilbert/personali/BIBLIOGRAFIA\\_AGGIUNTIVA.htm](http://www.soc.unitn.it/sus/membri_del_dipartimento/pagine_personali/gilbert/personali/BIBLIOGRAFIA_AGGIUNTIVA.htm)

delle nazioni occidentali un tratto caratteristico della Guerra Fredda fu l'insieme di provvedimenti (molto diversi per estensione e radicalità) adottati per controllare l'attività di partiti, movimenti o semplici simpatizzanti comunisti. Negli Stati Uniti la sindrome del "pericolo rosso", particolarmente acuta negli anni Cinquanta, trovò esemplare manifestazione nelle campagne di denuncia del senatore Joseph McCarthy. Molto più efficace sul piano del contrasto, anche ideologico, al comunismo fu invece l'iniziativa lanciata dal Governo statunitense nell'estate del 1948: un piano quadriennale di aiuti economici per oltre tredici miliardi di dollari destinati alla ricostruzione dell'economia e del sistema produttivo dell'Europa occidentale, compresa la Germania Ovest (il cosiddetto piano Marshall). Con la creazione della NATO nel 1949 il sistema integrato di difesa militare della regione euroatlantica, che coordinava le forze armate delle principali nazioni europee, degli Stati Uniti e del Canada, si operò per garantire la difesa collettiva nell'eventualità di un attacco dell'Unione Sovietica e dei suoi alleati alla Comunità Euroatlantica. Estensione e portata della Guerra Fredda crebbero peraltro nello stesso 1949 a seguito dell'esplosione della prima bomba atomica sovietica (che, ponendo fine al monopolio nucleare statunitense, diede il via a una continua corsa al riarmo) e del successo in Cina della rivoluzione comunista guidata da Mao Zedong. L'immediata alleanza di quest'ultimo con Stalin fece rientrare anche l'Estremo Oriente nella scena dello scontro bipolare. Proprio in Estremo Oriente si verificò la crisi più pericolosa del conflitto, quando il regime comunista della Corea del Nord invase la Corea del Sud nell'estate del 1950, dando inizio alla guerra di Corea. Sotto gli auspici delle Nazioni Unite, ma con l'effettiva leadership statunitense, una forza d'intervento internazionale frenò l'avanzata nordcoreana ristabilendo il precedente *status quo* nella penisola a prezzo di un sanguinoso conflitto protrattosi per tre anni. Alla morte di Stalin nel 1953 seguì un periodo di allentamento della tensione, durante il quale il quadro generale sembrò stabilizzarsi<sup>5</sup>.

Nel 1955, mentre la Germania federale entrava a far parte della NATO e le nazioni dell'Europa orientale opponevano a quest'ultima il Patto di Varsavia, si formava un terzo blocco, quello delle Nazioni non Allineate (per la maggior parte appartenenti al cosiddetto Terzo

---

<sup>5</sup> Per un'accurata bibliografia sulla guerra di Corea, si consiglia la consultazione di: KEITH D. MCFARLAND'S, *The Korean War: An Annotated Bibliography*, Garland, New York 1986.

Mondo), deciso a non accettare che lo scontro tra Stati Uniti e Unione Sovietica condizionasse tutto il pianeta. Una nuova fase di tensione riprese sul finire degli anni Cinquanta a causa della costruzione, da parte di entrambi gli schieramenti, di missili balistici atomici intercontinentali. Il muro di Berlino, eretto nel 1961, divenne il simbolo della Guerra Fredda. Nel 1962 sembrò essere imminente una guerra nucleare, quando l'Unione Sovietica installò a Cuba, sua alleata, alcuni missili in grado di raggiungere il territorio statunitense. Di fronte al blocco navale ordinato dal presidente Kennedy, Mosca smantellò le basi missilistiche sull'isola. L'esito della crisi cubana dimostrò la possibilità di passare da uno scontro frontale, teso all'eliminazione dell'avversario, a una "coesistenza competitiva" tra le due superpotenze, le quali d'altra parte stavano assistendo a un progressivo ridimensionamento della rispettiva egemonia: Mosca dovette subire la rottura dell'alleanza con la Cina di Mao e affrontare la rivolta della Cecoslovacchia, chiaro segno del malessere presente oltrecortina, mentre gli Stati Uniti conobbero una pesante sconfitta nella guerra del Vietnam.

Con l'avvento degli anni settanta veniva così inaugurata la politica della distensione, con i colloqui SALT (negoziati sulla limitazione delle armi strategiche), intesi sia a rallentare l'ormai costosissima corsa al riarmo, introducendo forme di controllo degli armamenti, sia ad arginare il pericolo di guerre nel Terzo Mondo. La distensione ebbe un brusco colpo d'arresto con l'invasione sovietica dell'Afghanistan nel 1980 e l'imposizione della legge marziale in Polonia nel 1981 mirante a stroncare i moti di protesta guidati dal movimento democratico di Solidarnosc. Il Governo statunitense decise dapprima di non ratificare il trattato SALT II, quindi, sotto la presidenza di Ronald Reagan, di rilanciare drasticamente la competizione nucleare, dando seguito al costosissimo progetto dello scudo di difesa spaziale, nonché di incrementare il sostegno ai movimenti di resistenza ai regimi comunisti in America latina, Asia e Africa. Nel 1985 Michail Gorbaciov, esponente di punta di una nuova generazione di leader politici, giunse al potere in Unione Sovietica. Lanciando le parole d'ordine *glasnost* e *perestrojka*, il Presidente si accinse a riformare radicalmente il sistema sovietico per porre fine alla lunga contesa con l'Occidente, i cui costi erano divenuti per Mosca ormai insostenibili. Conseguenza diretta di ciò furono il crollo delle tensioni tra Est e Ovest (sancito dalla sottoscrizione di nuovi accordi sul disarmo nucleare e convenzionale), e all'interno del blocco orientale il ridimensionamento dell'egemonia sovietica. La caduta del muro di Berlino nel novembre del 1989 e il successivo

sfaldarsi dell'intero blocco comunista, la riunificazione delle due Germanie nel 1990, il collasso e la disgregazione dell'Unione Sovietica nel 1991 furono le principali tappe che posero fine alla Guerra Fredda. Sembrarono maturati i tempi per l'instaurarsi di un nuovo "ordine mondiale", ma questa prospettiva venne immediatamente smentita dal sopraggiungere di crisi come la guerra del Golfo o il conflitto nella ex Jugoslavia, che hanno allungato molte ombre sulla futura fisionomia del quadro internazionale<sup>6</sup>.

### *1.2 Le principali caratteristiche dei blocchi, i rischi per la sicurezza e gli opposti concetti strategici*

I due blocchi in cui fu divisa l'Europa hanno contraddistinto la vita del Continente per quattro decenni. Essi hanno caratterizzato il quadro geo-strategico, gli sviluppi di politica interna, l'evoluzione della società negli opposti campi, gli stili di vita e – naturalmente – lo sviluppo economico. Perennemente confrontati sull'orlo di un possibile catastrofico scontro, in conflitto indiretto ma aperto su diversi scacchieri del mondo, bloccati in un equilibrio tremendamente minaccioso ma stabile in Europa, i due blocchi hanno dato luogo a una sorta di "organizzazione della coesistenza internazionale" sul nostro continente. Tale organizzazione, frutto della storia e dell'esito della guerra contro il nazi-fascismo, ha in qualche modo garantito all'Europa un periodo di stabilità per tutti e di crescita, per quanto ineguale, della società. I principali benefici di tale stabilità, goduta sul ciglio di un baratro in cui per fortuna non si è precipitati, sono andati soprattutto a vantaggio dell'Europa occidentale, che ne ha tratto pace, prosperità e crescita democratica, mentre l'Europa orientale ha dovuto pagare, come scotto della stabilità, la pesante dominazione sovietica.

Le differenze politiche tra il regime sovietico e le democrazie occidentali davano luogo a parallele differenze anche sul carattere strategico assunto dai blocchi, non solo nella connotazione specificamente militare ma anche in quella economica e politica. La logica est-europea era soprattutto quella di creare tra l'Unione Sovietica e il fronte avversario una fascia di paesi, ciascuno legato a Mosca con vincoli diretti

---

<sup>6</sup> Il sito elettronico: <http://www.library.drexel.edu/research/class/coldwar/coldwar-bib.html>, contiene una bibliografia molto interessante sulla storia della guerra fredda e sul periodo successivo alla sua fine.

che univano il centro dell'impero alla sua periferia, destinati innanzitutto a proteggere l'URSS da eventuali attacchi nemici e in secondo luogo a servire da base di lancio per possibili attacchi, soprattutto convenzionali, all'Occidente. Il ruolo degli stati satelliti era – sia detto senza alcuna esitazione – vassallo, e il sistema ruotava idealmente e militarmente attorno all'esigenza primaria degli interessi strategici dell'Unione Sovietica. Da parte occidentale il legame utilitaristico della potenza leader con gli Alleati, che pure esisteva, era concepito e vissuto in modo più dinamico, sia da parte degli americani che da parte degli europei. Benché fortemente tributari, per la propria sicurezza, delle risorse dell'Alleato d'oltre oceano, i Paesi europei occidentali erano a questo collegati da un rapporto meno subalterno, sebbene sostanzialmente subordinato. Di fatto non solo lo sviluppo economico e sociale dell'Europa occidentale è stato macroscopicamente migliore che nel campo avverso, ma la stessa partecipazione politica dei nostri Paesi alle decisioni strategiche comuni è stata più intensa che sul fronte orientale, benché in misura ovviamente proporzionale al rapporto di forze fra Stati Uniti e altri Alleati. Questo è successo non certo perché gli americani fossero meno determinati a proteggere i propri interessi planetari di quanto non lo fossero i sovietici, ma perché diversa era la cultura storica, politica ed economica delle relazioni interne degli opposti blocchi. Anche storicamente, del resto, la Russia si è estesa a Est, dovendosi piuttosto proteggere a Ovest, sin dai tempi di Aleksander Nevsky<sup>7</sup>, mentre la storia dei paesi dell'Europa Occidentale è stata caratterizzata dai rapporti contrastati ma interrelati fra le potenze continentali e la potenza marittima inglese, le cui funzioni storiche sono state in un certo senso ereditate dagli Stati Uniti. Tanto erano storicamente interdipendenti i rapporti fra le due sponde dell'Atlantico da dar luogo alla definizione di Comunità Transatlantica, volendosi intendere con tale espressione la sostanza di una società legata da comuni radici storiche, comuni valori e principi, comuni interessi strategici, e soprattutto da un'inscindibile comune esigenza di sicurezza.

Il rischio di un confronto armato tra i blocchi divenne potenzial-

---

<sup>7</sup> Il principe russo che nel 1242 venne chiamato dal popolo a riorganizzare un esercito di contadini e cittadini per respingere l'attacco dei Cavalieri Teutonici. Questi furono sconfitti nella battaglia del lago Peipus quando Nevsky, con un'astuta manovra, attirò i pesanti cavalieri sulla lastra di ghiaccio che ricopriva il lago, la quale non resse al peso dell'armata teutonica e si spaccò, provocando l'annegamento di buona parte dell'esercito invasore.

mente credibile soprattutto a partire dal 1949, l'anno in cui Mosca si dotò anch'essa dell'arma atomica, sottraendo l'Unione Sovietica all'evidente stato di inferiorità dovuto al precedente monopolio nucleare americano. Per molti anni l'Unione Sovietica e il Patto di Varsavia mantennero nel proprio concetto strategico l'ipotesi di un attacco all'Occidente, attacco che – se fosse avvenuto con armamenti convenzionali – li avrebbe visti relativamente avvantaggiati, se non altro sul piano della quantità. Difficilmente, peraltro, un conflitto di portata mondiale si sarebbe arrestato alle armi convenzionali, e forse solo per questo motivo l'Europa e il mondo si sono salvati dalla Terza Guerra Mondiale. Lo scontato ricorso all'arma nucleare avrebbe infatti comportato una conclusione senza vinti né vincitori, in virtù dei giganteschi arsenali atomici di entrambi i blocchi, ciascuno dei quali pronto a scaricare sull'avversario migliaia di missili nucleari al primo accenno di aggressione. Tale situazione determinò il concetto strategico della deterrenza: ciascun potenziale aggressore doveva essere certo di una rovinosa risposta da parte avversa, e perciò rinunciare a ogni ipotesi di attacco. Il giudizio storico su quegli anni deve essere che il sistema, pur enormemente dispendioso e gestito al margine dell'orrore, ha funzionato e ha assolto il ruolo di mantenere, almeno sul nostro Continente, una pace durevole<sup>8</sup>.

### 1.3 *L'organizzazione della sicurezza in Europa*

Il primo dei due campi che avvertì l'esigenza di stringere un'Alleanza strutturata, dotata di una configurazione militare permanente e di una stretta integrazione militare fra i membri fu quello occidentale, che intendeva così difendersi da una possibile aggressione sovietica. Fu così firmato il Trattato dell'Atlantico del Nord che, il 4 aprile 1949, diede vita alla NATO<sup>9</sup> (North Atlantic Treaty Organisation). Dai dodici membri iniziali si è arrivati – dopo le decisioni adottate dai Vertici di Madrid (1997) e di Praga (2001) – agli attuali ventisei,

---

<sup>8</sup> Il sito elettronico: <http://www.ocf.berkeley.edu/~paulmacd/cwbiblio.htm>, messo a punto dall'Università americana di Berkeley, contiene una bibliografia vastissima sull'argomento della deterrenza.

<sup>9</sup> Il sito elettronico ufficiale della NATO è: <http://www.nato.int>. In esso si potranno conseguire tutte le informazioni sulla storia e sulle politiche dell'Alleanza, nonché la lista delle pubblicazioni ufficiali sui temi di prevalente interesse.

che sono: Belgio, Bulgaria, Canada, Danimarca, Estonia, Francia, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Islanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Spagna, Slovacchia, Slovenia, Turchia, Stati Uniti, Ungheria. L'Alleanza nasce come uno strumento esclusivamente difensivo – nel rispetto dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, che garantisce il diritto all'autodifesa – e questo suo carattere è confermato da diversi articoli del Trattato istitutivo. In particolare viene assicurato il rispetto dei principi e degli obiettivi della Carta delle Nazioni Unite (art.1) e si stabilisce la possibilità di interventi militari solo in mancanza di possibilità di risolvere le controversie in maniera pacifica o per difendere il territorio dei paesi membri da attacchi esterni (art.5). Nel 1966 la Francia di de Gaulle avanzò critiche all'integrazione militare della NATO, accusata di limitare l'indipendenza della politica estera dei paesi membri, e – temendo di essere coinvolta in conflitti contro la propria volontà – abbandonò tutte le strutture militari dell'Alleanza, pur continuando a farne parte (Parigi si è in seguito parzialmente reintegrata, benché mantenendo una posizione "specificata").

Il Patto di Varsavia o Trattato di Varsavia fu l'alleanza militare tra i paesi del Blocco Sovietico con la quale essi risposero strategicamente alla fondazione della NATO e si predisposero a fronteggiare la presunta minaccia da parte dell'Alleanza Atlantica<sup>10</sup>. Il trattato fu sottoscritto a Varsavia il 14 maggio del 1955 da Unione Sovietica, Albania, Bulgaria, Romania, Germania Est, Ungheria, Polonia, e Cecoslovacchia, ovvero tutti i paesi comunisti dell'Europa Orientale ad eccezione della Jugoslavia. I membri dell'alleanza si impegnavano a difendersi l'un l'altro in caso di aggressione. Il Patto di Varsavia era dominato dall'Unione Sovietica. Tentativi di abbandonare il Patto da parte di altri membri furono schiacciati con la forza, ad esempio in occasione della Rivoluzione Ungherese del 1956 (l'Ungheria aveva progettato di dichiararsi neutrale durante la guerra fredda, ma nell'ottobre di quell'anno, l'Armata Rossa invase il Paese ed eliminò la resistenza in due settimane). Le forze del Patto di Varsavia furono utilizzate occasionalmente, come durante la Primavera di Praga del 1968, quando invasero la Cecoslovacchia per affossare le riforme democratiche che il governo stava avviando, in omaggio alla dottrina Brezhnev, secondo la

---

<sup>10</sup> Sul sito elettronico: [http://www.isn.ethz.ch/php/services/selective\\_bibliography.htm](http://www.isn.ethz.ch/php/services/selective_bibliography.htm), chi vorrà approfondire potrà trovare un'inesimabile e ampia bibliografia originata da autori appartenenti a entrambi i blocchi, suddivisa per anni e posta in parallelo a un'altrettanto ricca bibliografia sulla NATO.

quale "...quando forze ostili al socialismo cercano di deviare lo sviluppo dei paesi socialisti verso il capitalismo, questo diventa un problema non solo della nazione interessata, ma un problema comune a tutti gli Stati socialisti". Dopo l'invasione della Cecoslovacchia, l'Albania si ritirò formalmente dal Patto, benché avesse cessato di sostenerlo fin dal 1962.

Pur fronteggiandosi nella "Guerra Fredda" per oltre trentacinque anni, NATO e Patto di Varsavia non si affrontarono dunque mai in un conflitto armato. Nel dicembre 1988, Mikhail Gorbachev, capo dell'Unione Sovietica, annunciò l'abbandono della Dottrina Brezhnev e la libertà di scelta per i Paesi est-europei. Cecoslovacchia, Ungheria e Polonia annunciarono il loro ritiro entro il primo di luglio. La Bulgaria seguì in febbraio e fu evidente che il Patto non era più sostenibile. L'Unione Sovietica, pertanto, riconobbe il fatto compiuto e il Patto fu ufficialmente dissolto il 1° luglio 1991. La fine dell'Unione Sovietica e lo scioglimento del Patto di Varsavia sembrarono far venir meno le ragioni dell'esistenza della NATO, ma l'Alleanza, seppur indirettamente, trovò nuova linfa nella prima guerra in Iraq, che vide un ampio spiegamento di forze dei paesi Alleati, pur al di fuori di un intervento dell'Organizzazione in quanto tale. Ma fu soprattutto il mutato quadro strategico mondiale a rilanciare la NATO. Così, poco dopo, il Vertice svoltosi a Roma nel novembre 1991 stabilì un "nuovo concetto strategico" dell'Alleanza, basato sulla constatazione che "... i rischi per la sicurezza dell'Alleanza provengono meno probabilmente da un'aggressione calcolata contro il territorio degli Alleati e più verosimilmente da conseguenze avverse di instabilità che possono insorgere da serie difficoltà economiche, sociali e politiche, comprese rivalità etniche e dispute territoriali [...]. Gli interessi della sicurezza dell'Alleanza possono essere minacciati da altri rischi di più ampia natura, compresa la proliferazione di armi di distruzione di massa, interferenze sui flussi delle risorse vitali e azioni di terrorismo e sabotaggio [...]"<sup>11</sup>.

#### 1.4 *Costi e benefici per l'Europa*

La divisione dell'Europa imposta dalla guerra, e più in generale gli esiti di quest'ultima, rendevano i Paesi dell'Europa Occidentale alla fine degli anni quaranta particolarmente vulnerabili: ancora divisi, con

---

<sup>11</sup> Per il testo completo del documento e della successiva versione del 1999, si consulti il sito elettronico della NATO cit.

economie da ricostruire e con la minaccia sovietica da fronteggiare. In tale situazione fu giocoforza accettare la supremazia degli Stati Uniti, l'unica potenza uscita dalla guerra più forte, anziché più debole, come furono invece i Paesi europei, sia sul piano militare che su quello economico. L'entrata di Washington nel conflitto mondiale aveva infatti prodotto un'impennata nella produzione di armamenti e un conseguente forte rilancio dell'economia, che ancora soffriva in precedenza delle residue conseguenze della grande crisi del 1929. Gli Stati Uniti, inoltre, erano il solo fra i grandi Paesi belligeranti a non aver conosciuto sul proprio territorio gli effetti distruttivi del conflitto. Essi avevano inoltre conseguito un proiezione estera mai sino ad allora conosciuta, sia per le ovvie conseguenze di una guerra vittoriosa che per gli esiti della "legge affitti e prestiti", con la quale il Regno Unito, a compenso dei prestiti ottenuti per lo sforzo bellico anche prima dell'entrata in guerra degli USA, concedeva agli americani l'uso di numerose basi del proprio vasto impero. Veniva così a compimento quel processo che condusse gli Stati Uniti a "ereditare" il ruolo storico di grande potenza marittima e globale un tempo appartenuto all'Inghilterra.

Se quella dell'Europa Occidentale fu una scelta forzata, quella subita dall'Europa Orientale fu senza dubbio un'imposizione che non ammetteva replica. Se l'Europa Occidentale potette realizzare i propri obiettivi, pur non potendo evitare il dominio degli Stati Uniti, i Paesi dell'Europa Orientale hanno dovuto attendere la caduta dell'Unione Sovietica per riprendere il processo storico che a partire dal crollo dell'Impero Austro-Ungarico li sta conducendo forse solo adesso verso una piena maturità democratica ed economica.

In effetti l'Europa Occidentale ha tratto dall'appartenenza alla NATO – il cui contributore più forte era, anche sotto il profilo economico, il grande Alleato americano – innanzitutto la migliore garanzia di sicurezza possibile a basso costo e in secondo luogo l'opportunità per la ricostruzione e lo sviluppo economico. La necessità della presenza americana in Europa e il potenziale ricorso all'arma nucleare rendeva in qualche modo quasi superfluo che gli altri Alleati compissero sforzi di bilancio per gli armamenti, essendo il loro compito strategico quasi esclusivamente quello di rallentare un'iniziale offensiva sovietica per consentire l'attivazione degli strumenti militari NATO, ai quali Washington contribuiva in una misura superiore al novanta per cento. Le risorse che non si dovettero spendere per gli armamenti fu-

rono riservate alla crescita economica, che poté quindi prolungare per molti lustri gli effetti innescati dal Piano Marshall.

Lo scotto che invece l'Europa Occidentale ha pagato, e ancora paga, è quello di una sudditanza militare nei confronti degli Stati Uniti, il cui aspetto più dolente è rappresentato dal forte svantaggio tecnologico delle rispettive industrie degli armamenti e dei dispositivi di comunicazione, comando e controllo. Il rapporto di forze tra gli americani e i loro Alleati occidentali, già enormemente sbilanciato a favore dei primi, si è quindi accresciuto nei decenni della guerra fredda, ed è tuttora una realtà attuale.

## ***2. I cambiamenti collegati alla caduta dell'Unione Sovietica***

### *2.1 Il forte ridimensionamento strategico della Russia e il suo mutato orientamento*

Gli eventi che erosero la compattezza e la solidità dell'impero sovietico, incapace di mantenere economicamente una potenza in grado di far fronte al blocco occidentale – ma anche incapace di competere con quest'ultimo sul piano del progresso civile e sociale – e che provocarono alla fine la disgregazione del blocco orientale e la frammentazione della stessa Unione Sovietica, comportarono una perdita di potere netta dell'organizzazione militare russa e una per quanto controversa virata della Federazione russa verso un orientamento democratico e di mercato. Inoltre la Russia da avversario dell'Occidente si è trasformata in suo partner politico ed economico. Si può forse ritenere che questa non possa essere che una situazione contingente, giacché è difficile pensare che una Russia finalmente uscita dai gravi perduranti problemi economici e con una società ristrutturata su nuovi modelli non riprenda la vocazione imperiale che ha conosciuto sin dai tempi degli zar. Nel momento attuale, tuttavia, la Russia, per le proprie scelte, per i nuovi legami con l'Occidente (e segnatamente con l'Unione Europea e con la NATO, oltre che con ciascuno dei suoi principali paesi sul piano bilaterale) e per il drastico ridimensionamento militare, non rappresenta più la minaccia che ha fatto pesare per quarant'anni sull'Europa occidentale.

Ecco come quest'evento ha mutato il quadro strategico internazionale: *a)* sull'Europa non grava più la minaccia di un attacco di grandi proporzioni dai Paesi dell'Est; *b)* le vicende politiche europee e mon-

diali non si svolgono più in un quadro di bipolarità ma in un quadro di monopolarità strategica; c) la NATO non deve più fronteggiare un avversario di potenza analoga alla propria.

La caduta del colosso sovietico e il dissolvimento del Patto di Varsavia fece a suo tempo ritenere che la NATO fosse diventata inutile per carenza di avversari. Prevalse però il timore di creare, in questo caso, un vuoto di sicurezza e di far venir meno un patrimonio tutto sommato pregiato accumulato nei decenni dai Paesi europei occidentali, consistente nei rapporti di buon vicinato e di cooperazione, nei vantaggi dei meccanismi di difesa collettiva, nella disposizione di uno strumento militare di grande potenza e solidità, nell'abitudine a prendere decisioni per consenso, nel consolidamento delle democrazie e delle economie. Non fu naturalmente estranea a tutto ciò la consapevolezza americana che con l'eventuale scioglimento dell'Alleanza gli Stati Uniti avrebbero perso il più formidabile strumento di controllo e realizzazione dei propri interessi in Europa. D'altra parte risultò innegabile che se l'URSS non rappresentava più un pericolo immediato per l'Europa, altri rischi – frutto dei nuovi eventi – giungevano a minacciare la pace.

Si trattava dei rischi – e delle conseguenti minacce alla sicurezza, alla stabilità e al benessere dell'Europa – derivanti dal venir meno dei poteri che controllavano vaste aree dell'Europa Orientale, quali quelle un tempo facenti parti dell'Unione Sovietica e quelle che erano sottoposte alla sua diretta influenza. Si disfaceva nel contempo anche il collante che aveva tenuto insieme i popoli di una parte della penisola balcanica e che avevano composto la Jugoslavia. Entrambi questi eventi davano la stura al sorgere o al risorgere del nazionalismo, con conseguenti attriti o conflitti tra popoli limitrofi, crisi dovuti all'esistenza di minoranze etniche un po' dappertutto, tentativi di operare con tutti i mezzi migrazioni forzate di popolazioni (la cosiddetta pulizia etnica) finalizzate alla costituzione di aree nazionali etnicamente omogenee. La contiguità geografica e la composita struttura dei popoli europei si prestavano molto alla possibilità di rapida propagazione delle crisi da un Paese all'altro, tanto da far temere che anche i Paesi dell'Europa Occidentale potessero esserne contaminati o comunque subirne le conseguenze. Queste erano costituite da spostamenti in massa di profughi, dal contrabbando di armi, da altri traffici illeciti indotti o facilitati dallo sfaldamento dell'ordine costituito. Emergevano inoltre lo spettro della proliferazione incontrollata di armi nucleari a seguito dello smantellamento delle relative strutture sovietiche e la preoccupazione nei confronti del terrorismo e della criminalità organizzata su basi multinazionali.

La NATO modificò il proprio concetto strategico<sup>12</sup>, un tempo volto al contenimento della paventata offensiva sovietica, facendo emergere un chiaro spostamento degli obiettivi: si profilò la possibilità di interventi al di fuori del territorio dei paesi NATO, volti a scongiurare possibili minacce indirette, anche non militari nel senso classico del concetto. La nuova politica interventista della NATO si manifesta nel 1995, durante la guerra civile che sconvolge la Repubblica Jugoslava di Bosnia-Erzegovina: l'Alleanza scende in campo contro i Serbi di Bosnia per far rispettare le risoluzioni delle Nazioni Unite; queste affidano poi alle truppe NATO il compito di sorvegliare l'applicazione degli accordi di pace conclusi a Dayton. Il passo successivo avviene durante la crisi nel Kosovo: la NATO, in nome della cosiddetta "ingerenza umanitaria", agisce contro un paese sovrano – la Serbia – senza il mandato dell'ONU e nonostante l'opposizione di Russia e Cina, trovandosi nel contempo a fronteggiare anche l'ostilità di Mosca, preoccupata dall'incipiente adesione all'Alleanza di alcuni dei Paesi dell'Est.

I malumori dei russi vengono cancellati prima con la formazione di un "Consiglio congiunto Permanente", che dal 1997 ha permesso a Mosca di partecipare alle riunioni della NATO, poi con il recente vertice di Pratica di Mare, che ha portato a un'ulteriore integrazione della Russia e all'istituzione del "Consiglio Nato-Russia", in cui la Federazione dialoga alla pari con ciascun membro dell'Alleanza (senza tuttavia godere di alcun diritto di veto sulle politiche interne di quest'ultima) in un novero di materie che include anche la lotta al terrorismo.

## 2.2 *La questione del "burden sharing" e la crescita di un'identità europea di sicurezza*

Contemporaneamente allo sfaldamento del precedente sistema strategico, gli americani avanzavano la questione del "burden sharing", vale a dire di una più equilibrata condivisione dei costi della sicurezza tra Stati Uniti ed Europa. Paradossalmente questo desiderio americano

---

<sup>12</sup> Oltre che sul citato sito elettronico della NATO, per un'ampia descrizione delle trasformazioni dell'Alleanza, adottate al fine di far fronte al mutato quadro strategico europeo e internazionale, nonché ai conseguenti rischi per la sicurezza, si potrà attingere a: MARIO BOFFO, *L'allargamento e le altre trasformazioni della NATO all'alba del terzo millennio*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, Università degli Studi di Urbino, anno LXX – 2002/2003, Nuova Serie A – N. 54,3, pp. 349-359.

– che si spiega con la convinzione che i rischi corsi dall'Europa in tema di sicurezza non erano più tanto strettamente collegati con la sicurezza americana come in passato – era associato a una parallela preoccupazione per la crescita di un'identità di sicurezza europea, che andava intanto a delinearsi. Da un lato gli americani volevano essere sollevati da parte dei costi militari, dall'altro non vedevano di buon occhio il lento ma progressivo affermarsi di un'integrazione militare in Europa che avrebbe attenuato il potere degli Stati Uniti sul nostro continente e avrebbe reso più forte il proprio concorrente globale sui vari fronti della politica e dell'economia mondiali. Nel progetto, avviato con il trattato di Maastricht, di creare un sistema europeo di difesa, gli Stati Uniti vedevano una minaccia alla coesione della NATO, nella quale essi erano e sono l'"azionista di maggioranza". La questione ha trovato una prima iniziale sistemazione nel 1996, con la formazione, all'interno della NATO, di gruppi di forze multinazionali che, sotto comando europeo, possono agire senza la partecipazione americana. Il loro impiego è però soggetto all'approvazione del comando NATO, con la conseguenza che le forze europee potevano intervenire solo quando gli USA non fossero stati intenzionati a scendere in campo. Si trattava della cosiddetta "Identità Europea di Sicurezza e Difesa" (IESD)<sup>13</sup>, con la quale però l'Europa continuava a essere tributaria non solo del consenso NATO (e quindi americano) ma anche di tutte le strutture di pianificazione, comunicazione, comando e controllo dell'Alleanza. Con i successivi Trattati di Amsterdam (1997) e di Nizza (2001), l'Europa si dota di migliori strumenti per la propria politica militare, denominata "Politica Europea di Sicurezza e Difesa" (PESD) e destinata idealmente a sostenere la "Politica Estera e di Sicurezza Comune" (PESC): l'Alto Rappresentante della PESC, la Cellula di pianificazione politica e allarme tempestivo, il Comitato Militare, il Comitato politico e di sicurezza, lo Staff militare. Grazie a tali strumenti, tuttora in via di miglioramento e di crescita, l'Unione Europea intende perseguire i cosiddetti "compiti di Petersberg", sostanzialmente operazioni di mantenimento della pace, di stabilizzazione, di soccorso in aree di conflitto. Il meccanismo – in virtù di appositi accordi tra Unione Europea e NATO – resta in ogni caso dipendente dalle decisioni dell'Alleanza (e quindi degli americani): esso può infatti essere attivato solo se e quando la NATO deciderà di non impegnarsi in

<sup>13</sup> Cfr. il citato sito elettronico della NATO.

quanto tale in situazioni di conflitto. Anche in quest'ultimo caso la PESD, salvo che per azioni di minor momento, sarà comunque tributaria di strutture dell'Alleanza, che potranno essere messe a disposizione dell'Unione Europea grazie ad appositi accordi<sup>14</sup>.

### 2.3 I mutamenti nell'organizzazione della sicurezza

Lo scenario che si prospetta per i prossimi decenni presenta linee di sviluppo ben identificate insieme tuttavia ad alcune incertezze. La crescita della PESD è potenzialmente concorrente all'esistenza della NATO, ma gli europei intendono comunque mantenerla in un quadro di collaborazione con l'Alleanza e con gli americani. I ruoli presenti e futuri di NATO e PESD in parte coincidono nelle finalità (la sicurezza della comunità transatlantica), in parte tali finalità tendono relativamente a separare, almeno concettualmente ("stralciando" la sicurezza europea da quella "transatlantica"). La PESD continua a non avere, almeno formalmente e giuridicamente, meccanismi di difesa collettiva, che costituiscono invece il principio fondatore della NATO. L'Alleanza continua ad allargarsi e ad affinare il proprio concetto strategico, e comincia concretamente a guardare ad ipotesi di regolare intervento al di fuori dell'area atlantica (se ne sono visti esempi nella prima guerra dell'Iraq, svolta peraltro sulla base di una formazione a "geometria variabile", e degli interventi in Bosnia e in Kosovo, di cui solo il primo si valse del mandato dell'ONU). La PESD, benché l'Unione Europea abbia anch'essa in corso un processo di allargamento, o forse proprio per questo motivo, sarà indotta a ricorrere alla prevista "cooperazione strutturata permanente", riservata agli Stati Membri che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militare e che più desiderano impegnarsi sul miano militare. Ciò al fine di realizzare strutture effica-

---

<sup>14</sup> Per una completa descrizione dei meccanismi di cui si sta dotando l'Europa nel campo militare e in quello della politica estera comune, si suggerisce di riferirsi al sito elettronico <http://europa.eu.int>. Ai fini di un più attento esame delle problematiche tecniche, politiche e istituzionali che afferiscono alla costruzione della difesa europea, indico tuttavia anche di Rosa Balfour e Ettore Greco (a cura di), *Il ruolo internazionale dell'Unione Europea*, Centro Militare di Studi Strategici, Artistic & Publishing Company, Gaeta 2002, nonché di Gianni Bonvicini e Gian Luigi Tosato (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione Europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, G. Giapichelli Editore, Torino 2003.

ci e conseguire risultati di rilievo in un'Europa dove vi sarà una grande variabilità di efficienza e di preparazione militare.

La grande sfida del terrorismo internazionale, lanciata con l'attentato alle Torri Gemelle, ha indotto gli Stati Uniti a far ricorso per la prima volta all'articolo 5 del Trattato (che impegna ogni Alleato a prestar soccorso a qualsiasi altro Alleato aggredito), chiedendo a tutti i Paesi membri di agire in difesa degli Stati Uniti. Il ricorso all'articolo 5, però, non serviva tanto agli USA per ottenere dagli Alleati una collaborazione militare quanto per ottenere un consenso internazionale all'intervento in Afghanistan, pur in assenza di un regolare mandato delle Nazioni Unite. Intanto la NATO discute di possibili interventi in Iraq. Nel frattempo l'Unione Europea come tale ha svolto azioni nella regione africana dei Grandi Laghi e in Kosovo. Lo scavalco dell'ONU, l'egemonia anglo-americana, l'asservimento alla volontà e – soprattutto – agli interessi statunitensi sono i principali argomenti di chi critica l'attuale assetto della NATO, facendo ritenere che la concezione allargata di sicurezza e gli interventi militari giustificati da esigenze "umanitarie" o "anti-terroristiche", autorizzi l'Alleanza Atlantica a muoversi in modo del tutto funzionale alle scelte di politica estera degli USA. Si profila inoltre la possibilità di interventi in caso di "instabilità dovute a fattori economici", con la possibile assegnazione alla NATO di un ruolo di gendarme della globalizzazione consistente nel controllare le aree del mondo a più alto valore strategico affinché le dinamiche economiche e politiche in atto non compromettano gli interessi occidentali.

Sui possibili sviluppi che abbiamo di fronte aleggia il confronto degli Stati Uniti, unica superpotenza globale, con il resto del mondo. La conferma delle attuali tendenze "imperialiste" globali di Washington, o un eventuale mutamento di rotta, condizionano molto le prospettive che abbiamo davanti. Un'America che consolidasse la propria visione unilaterale e che rifiutasse ogni tipo di condizionamento o limite alla propria azione, sarebbe ovviamente interessata ad annacquare il più possibile le istituzioni internazionali, favorendo o cercando di favorire continui allargamenti non solo dell'Unione Europea, al fine di attenuarne la coesione e la capacità di prendere decisioni consistenti, ma della stessa NATO, al fine di poter disporre di un potere ancora più smisurato all'interno dell'Alleanza e della possibilità di comporre a proprio piacimento formazioni a "geometria variabile" secondo convenienza e grado di "americanismo" dei vari membri. Una situazione del genere lascerebbe poco spazio alle ambizioni europee, mentre una riconversione americana al multilateralismo permetterebbe all'Unione Europea di partecipare più attivamente al dialogo per la sicurezza.

### 3. La situazione geostrategica attuale e il futuro possibile

#### 3.1 I nuovi scenari

Non solo il ritorno alle responsabilità nazionali, conseguenti, all'attenuazione del pericolo di una grande invasione sovietica e il relativo allentamento della tensione multilaterale in tema di difesa, ma anche la determinazione, o la necessità, di perseguire sempre, dovunque e comunque gli interessi nazionali in un contesto globale e illimitato (almeno da parte di chi può), costituiscono fattori quanto mai significativi nel disegnare gli scenari politici e strategici cui ci confrontiamo oggi e cui continueremo probabilmente a confrontarci negli anni a venire.

L'esacerbata tendenza dell'economia, soprattutto occidentale, ad andare a cercare dappertutto fonti di guadagno e ad imporre dappertutto le regole della globalizzazione hanno contribuito al ritorno a scontri di civiltà non nuovi alla storia. Senza voler attribuire al terrorismo internazionale di radice islamica una valenza rappresentativa del mondo musulmano, sarebbe tuttavia ipocrita non riconoscere che anche il terrorismo fa riferimento, o pretende di far riferimento, alla necessità di preservare la cultura dei Paesi islamici e la fede di Maometto dalla contaminazione occidentale. E tale sentimento è molto condiviso anche dagli islamici che aborriscono il terrorismo.

Se alcune frange islamiche fanno ricorso alla "guerra santa", l'Occidente scende in guerra, o in "operazioni umanitarie" o di contrasto al terrorismo, anche per favorire il ristabilimento dell'ordine e della pace. Ordine e pace che significano anche piena libertà delle economie occidentali di imporsi dovunque e comunque. Al fanatismo maomettano sembrerebbe corrispondere una fanatica fede nel liberismo geopolitico associata all'inesorabile determinazione di affermare gli interessi materiali delle principali potenze economiche e dei potentati finanziari multinazionali.

Mentre Occidente e Islam si confrontano in questo modo, stanno emergendo nuove potenze globali, per ora solo politico-economiche, come la Cina certo in grado in futuro di esprimere una consistente potenza militare e già ora dotata dell'arma atomica, o regionali, come India e Pakistan, entrambe dotate anch'esse di armamento nucleare<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Gli scenari politici, strategici ed economici che si prospettano per il futuro prossimo, con il coinvolgimento delle tre potenze citate, sono descritti con acume da Paul Rogers, *Fuori controllo: idee militari di un mondo in disordine*, DeriveApprodi, Roma 2002.

Gli Stati Uniti sembrano voler far fronte a tutto questo grazie all'espressione unilaterale della propria volontà politica e allo spiegamento della propria forza militare, talvolta con il non determinante aiuto di altri Paesi in un'ottica assolutamente "variabile" e non condizionata da logiche istituzionali e multilaterali. Nel far questo gli USA cercano di sfruttare divisioni di opinioni nelle compagini integrate e di utilizzare la propensione di molti dei Paesi un tempo vassalli dell'Unione Sovietica a sostenere gli Stati Uniti oltre ogni solidarietà europea. La lotta al terrorismo, pur necessaria, sembra talvolta essere rappresentata come una nuova retorica ideologica idonea a giustificare qualsiasi pretesa di affermazione dei valori o degli interessi occidentali. Nella logica "imperiale", l'Occidente, o una sua parte, designa e definisce i "nuovi barbari" e delinea i profili della "guerra giusta". La guerra, giusta o ingiusta che sia, tende a mutare radicalmente mezzi e obiettivi, e l'indubitabile supremazia della potenza militare euro-americana non la rende per questo meno insidiosa e inquietante.

### *3.2 L'Europa politica e militare e le sue prospettive*

Dove si colloca l'Europa in tutto questo? Il ritmo finora seguito dall'integrazione politica e dalla crescita economica e militare sembra insufficiente a fronteggiare il più probabile scenario che si prospetta per gli anni a venire: quello di trovarsi stretti fra una America potente e globale, una Cina assunta al ruolo anche politico e militare di interlocutore degli Stati Uniti, un Islam consolidato nella propria già forte identità e deciso a non cedere a logiche planetarie che considera incompatibili con la propria fede e la propria cultura.

Se l'Europa vorrà essere una potenza in grado di interloquire nelle cose del mondo, dovrà naturalmente affinare e potenziare la propria integrazione in un gran numero di materie (la coerenza e l'efficacia istituzionali, l'omologazione delle strutture sociali, il potenziamento della ricerca scientifica, e così via). Ma dovrà soprattutto conseguire finalmente una politica estera unica, affidata a una sola fonte di carattere comunitario, e non nazionale, e suffragata da una solida e credibile forza militare. E soprattutto dovrà accelerare il ritmo con cui tutto questo sta comunque crescendo, perché la velocizzazione degli eventi della storia non consentirà pause di riflessione troppo lunghe.

Ci imbattiamo quindi in un possibile paradosso: trascinata dagli avvenimenti (crisi balcaniche, questione del "burden sharing", deside-

rio degli Stati Uniti di riorientare su più lontani teatri il proprio interesse militare) la PESD è stata fondata e sta crescendo a un ritmo sensibilmente più rapido della media dei processi europei, tanto da aver già acquisito una consistenza più solida e concreta della stessa PESC, laddove la logica e la storia vorrebbero lo strumento militare al servizio della politica estera. Questa tendenza, ove si confermasse, sarebbe da contrastare. Una PESD forte, in mancanza di una PESC altrettanto forte, finirebbe infatti per obbedire ad altre logiche che non una ponderata e finalizzata politica estera europea. Potrebbe, per esempio, essere utilizzata senza una precisa strategia politica sull'onda di possibili emergenze. Oppure potrebbe subire un'eccessiva influenza, in positivo o in negativo, da parte di fonti di decisioni politiche altre che non l'Unione Europea, come per esempio la NATO.

Emerge quindi per l'Europa la necessità di uno stretto coordinamento fra il consolidamento della politica estera unica, sia nei fini che nelle istituzioni, e la creazione e il rafforzamento di una seria organizzazione militare inserita nell'integrazione politica. Un braccio armato, anche robusto, associato a una mente debole o svogliata, non avrebbe senso e potrebbe essere fonte di problemi.

L'evoluzione dell'Unione Europea ha spesso proceduto a salti, secondo uno schema (pensiamo all'integrazione delle economie e alla nascita dell'euro) che ha ideato degli obiettivi, talvolta considerati utopici o quasi, e li ha realizzati, magari precorrendo volutamente i tempi, in modo da costringere i membri dell'Unione ad adattarsi in un periodo più o meno lungo. Per quanto riguarda il consolidamento della PESC (oltre naturalmente a miglioramenti istituzionali e alla crescita di sensibilità meno precipuamente nazionali presso i membri), due specifici obiettivi sarebbero di grande utilità nel dare una spinta unitaria alla politica estera dell'Europa, entrambi molto difficili da realizzare, allo stato attuale, ma dotati di grande valenza e di una fortissima carica simbolica, oltre che politica.

Il primo sarebbe quello della realizzazione di un'unica rappresentanza europea presso le Organizzazioni Internazionali, laddove i singoli membri sono ora rappresentati a livello nazionale. Questa scelta andrebbe applicata ovunque, ma rivestirebbe un'enorme importanza soprattutto all'ONU e alla NATO. Attualmente, tanto per rimanere alle due più importanti istituzioni internazionali in materia di politica e di sicurezza, i Paesi europei si comportano in modo talvolta difforme da quelli che sembrerebbero essere gli orientamenti favorevoli alla crescita unitaria della politica estera europea. Alle Nazioni Unite, soprattutto

to presso il Consiglio di Sicurezza, i Paesi europei rappresentati – che pure dovrebbero agire lungo linee coordinate a quindici in precedenza – si comportano secondo logiche esclusivamente o prevalentemente nazionali, contraddicendo sovente le posizioni concordate a Bruxelles. Alla NATO, per giunta, il previo coordinamento a quindici è addirittura aborrito, in omaggio alla tradizione atlantica che tende a evitare la formazione di “caucus”, determinando una situazione che talvolta favorisce l’adozione di comportamenti non sempre coerenti tra le delegazioni di uno stesso Paese europeo nell’una o nell’altra Bruxelles. L’istituzione di rappresentanze unitarie obbedienti a una centrale comune di politica estera farebbe compiere un balzo all’Europa, nella sostanza e nella percezione esterna, come attore pienamente credibili e concludente di politica internazionale.

Un secondo fattore idoneo a imprimere un cambio di velocità sarebbe l’adozione di una diplomazia unica. Non più, quindi, rappresentanze diplomatiche nazionali, almeno per quanto si riferisce ai grandi temi politici, ma ambasciate europee accreditate in ogni singolo Paese obbedienti anch’esse a una centrale unica a Bruxelles.

Tutto questo può sembrare un po’ futuribile. Ma bisogna pensare che anche la moneta unica, e la stessa adozione di una politica di sicurezza e difesa, sembravano utopie appena poco tempo prima di essere realizzate. Da un simile scenario emergerebbe una politica estera comune veramente solida e integrata, in grado di essere punto di riferimento essenziale anche per una crescita militare coerente ed efficace.

### 3.3 *Europa e America: Quale futuro?*

I nodi cui è giunto il mondo, trascinato dai fenomeni di globalizzazione, confrontato a conflitti radicali di civiltà, sottoposto a sfide economiche e ambientali determinanti per la stessa sopravvivenza del genere umano, impongono all’Europa di chiedersi che cos’è e che cosa vuole essere. È ben vero che tale domanda incombe su tutti i popoli ma, per rimanere alle più vaste aggregazioni, americani, cinesi e islamici – confortati dalle energie non sempre ben ponderate di una società ancora giovane, sostenuti da una millenaria consapevolezza di sé, armati di una fede immanente non priva di frange di fanatismo – già sanno che cosa sono e che cosa vogliono essere. Siamo noi europei, più equilibrati e tolleranti in virtù della nostra storia, ma anche più deboli, forse per gli stessi motivi, a dover riflettere sulla nostra

posizione nel mondo del domani. La visione europea del mondo e della società, che molti considerano un prezioso principio da tutelare, non riuscirà a sopravvivere se l'Unione Europea, accanto ad altri necessari sviluppi, come la riforma dello stato sociale, lo sviluppo della ricerca, la ripresa dell'economia, non si doterà di una politica estera veramente centrale e unificata e di una politica di difesa priva di vincoli. L'esempio ci viene proprio dagli americani, i quali hanno sempre favorito lo sviluppo dello strumento militare al servizio dell'affermazione dei propri interessi.

È evidente che finché resterà condizionata dalle decisioni NATO di eventuale primo rifiuto e dalla necessità di ricorrere alle strutture atlantiche in prestito, la difesa europea non potrà che svolgere compiti secondari, lasciando profilarsi uno scenario in cui NATO e Stati Uniti spostano progressivamente il loro impegno verso aree esterne o lontane mentre la PESD si occuperebbe della stabilità in Europa. Tale scenario mantiene le caratteristiche di una per quanto ineguale Comunità Transatlantica, ma impedisce il pieno sviluppo delle potenzialità europee e la piena affermazione degli interessi dell'Unione, che non è detto debbano sempre coincidere con quelli d'oltre Atlantico. Una situazione del genere si varrebbe certamente del consenso degli Stati Uniti, giacché sarebbe compatibile con la visione americana del mondo e della società: gli USA perennemente in lotta contro i "nemici del progresso e della democrazia", gli amici-vassalli a guardia delle retrovie. Diversamente, uno sviluppo pieno dello strumento militare europeo, tale da consentire scelte indipendenti anche in concorrenza con gli Stati Uniti non sarebbe visto di buon occhio dal nostro grande Alleato.

L'evoluzione degli eventi da Maastricht in poi contiene in germe elementi che potrebbero condurre al primo dei due scenari delineati insieme ad elementi di segno contrario. Da parte Europea si è spesso oscillati, infatti, tra desiderio di completo affrancamento militare dall'America e i timori e le ansie tipici di chi realizza che dovrà camminare con le proprie gambe (fra l'altro i Paesi europei paventano le maggiori spese di bilancio che tale affrancamento comporterebbe). Ma anche gli americani hanno lanciato segnali contrastanti, indecisi, o, meglio, ugualmente decisi da un lato a ripartire le spese e gli impegni della sicurezza, dall'altro a mantenere una potenza militare propria di gran lunga superiore a quella di qualsiasi altro potere militare sul pianeta.

Ultimamente l'atteggiamento americano è più flessibile sulla cresci-

ta militare europea, ma sui problemi nodali, come quello dello sviluppo degli armamenti e della ricerca militare, resta intransigente. In questo senso si potrebbe fra l'altro leggere la tenacia con cui gli USA perseguono il progetto denominato "scudo stellare": oltre a proteggere il proprio territorio da attacchi missilistici da alcuni ritenuti improbabili, lo "scudo" serve anche a svincolare la sicurezza americana dagli agganci in Europa, a rendere quest'ultima meno tutelata e quindi più arrendevole, a spostare più in alto la soglia della tecnologia di sicurezza, assicurando ancora agli Stati Uniti il primato degli armamenti da usare per la difesa e da vendere agli europei<sup>16</sup>.

Vi è naturalmente la possibilità che il lento progresso dello strumento militare europeo e della politica estera dell'Unione, oppure qualche cambio di velocità nelle politiche europee sposti la posizione del nostro Continente dall'attuale ruolo subordinato verso un ruolo potenzialmente paritario con gli Stati Uniti. Sarà allora possibile una parità senza conflitto o aspra concorrenza? Probabilmente molto dipenderà, in questo caso, dagli equilibri strategici tra l'Occidente e il resto del mondo. Se si saranno formati aggregati militari tali da impensierire Stati Uniti ed Europa, questi ultimi saranno naturalmente spinti a farvi fronte comune. Se invece il mondo esterno all'Occidente sarà meno compatto, comportando conflitti locali e crisi di stabilità, pericolose per i Paesi occidentali ma non tali da generare una minaccia diretta e globale, allora i due grandi apparati militari dell'Occidente potrebbero entrare in concorrenza, magari in aree determinate, nei rispettivi tentativi di imporre una *pax europea* o una *pax americana*.

---

<sup>16</sup> Sullo scudo stellare si vedano gli atti del convegno *Scudo spaziale, Industria bellica, Tecnologie militari: quale utilità, quali interessi in campo?*, a cura di Massimo Zucchetti, riportati anche nel sito elettronico: <http://www2.polito.it/strutture/rsu/quaderno.htm>.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS\*

EL SECUESTRO DEL PODER ELECTORAL  
Y LA CONFISCACIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN  
POLÍTICA MEDIANTE EL REFERENDO REVOCATORIO  
PRESIDENCIAL: VENEZUELA: 2000-2004

SOMMARIO

I. *El poder electoral y su secuestro.* 1. *Las previsiones constitucionales sobre la autonomía e independencia del Poder Electoral.* A. *La separación de poderes y el Poder Electoral.* B. *La autonomía del Poder Electoral.* C. *La independencia del Poder Judicial y el germen de su limitación.* 2. *El secuestro del Poder Electoral perpetrado por la Asamblea Nacional Constituyente.* 3. *El secuestro del derecho a la participación de la sociedad civil realizado por la Asamblea Nacional.* 4. *El primer secuestro del Poder Electoral ejecutado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.* 5. *El secuestro del Poder Electoral ejecutado por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.* 6. *El nuevo secuestro del Poder Electoral realizado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.* II. *El derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio de mandatos y su confiscación.* 1. *Las previsiones constitucionales sobre el referendo revocatorio.* A. *Oportunidad en la cual se puede ejercer el derecho a solicitar la revocación del mandato.* B. *La legitimación para formular la solicitud de iniciativa popular.* C. *Los requisitos de la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio.* D. *La oportunidad para formular la solicitud.* E. *Quórum para la revocación.* F. *Efectos de la revocatoria del mandato.* 2. *La confiscación del derecho a la participación política mediante la solicitud de referendo revocatorio.* A. *La discusión sobre el momento para recolectar las firmas: el Firmazo.* B. *La confiscación del derecho de petición para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio por el Consejo Nacional Electoral.* C. *Las vicisitudes de la petición de convocatoria a referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, o el "Reafirmazo".*

## I. El poder electoral y su secuestro

### 1. *Las previsiones constitucionales sobre la autonomía e independencia del Poder Electoral*

#### A. *La separación de poderes y el Poder Electoral*

La Constitución de 1999, en su artículo 136, además de organizar al Estado en Venezuela conforme al principio de la distribución vertical del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal), establece el ré-

---

\* Professore Emerito di Diritto Pubblico, Università Central di Caracas-Venezuela. Membro della Costituente venezuelana del 1999.

gimen del Poder Público Nacional conforme al principio de la separación orgánica de poderes, *rompiendo con la tradicional división tripartita del Poder Público (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y agregando dos más (Ciudadano y Electoral)*<sup>1</sup> en la siguiente forma:

El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ra C. Las vicisitudes de la petición de convocatoria a referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, o el “Reafirmazo” mas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Por tanto, los órganos estatales encargados en Venezuela de garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional<sup>2</sup>, conforme al artículo 293 de la Constitución, de 1999, son los que conforman el “Poder Electoral”. Esta fue, precisamente, una de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue elevar a rango constitucional al órgano de control electoral, el Consejo Nacional Electoral, como órgano del Po-

<sup>1</sup> Véase en general, sobre la organización del Poder nacional, CECILIA SOSA GÓMEZ, “La organización política del estado venezolano: El Poder Público Nacional”, *Revista de Derecho Público*, No. 82 (abril-Junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 71-83; C. KIRIADIS IONGUI, “Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I. Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 1031-1082; e HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, “Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999”, en *Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I. Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 619-643.

<sup>2</sup> Véase MARÍA A. CORREA DE BAUMEISTER, “El Poder Ciudadano y el Poder Electoral en la Constitución de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I. Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 982-995; RAFAEL MÉNDEZ GARCÍA, “Estudio del Poder Electoral (controles)”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen II, pp. 355-383; ALFONSO RIVAS QUINTERO, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 517 y ss.; RICARDO COMBELLAS, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 203 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 265 y ss.

der Electoral, el cual conforme a la Constitución de 1961 (Art. 113) sólo tenía rango legal. En 2002 se sancionó la Ley Orgánica del Poder Electoral<sup>3</sup> que regula en detalle su organización y funcionamiento.

La consecuencia fundamental de la división pentapartita del Poder Público es que todos los Poderes Públicos gozan de la misma autonomía e independencia. Por ello, en cuanto al Poder Electoral, el artículo 294 de la Constitución establece que sus órganos se rigen por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios.

### B. *La autonomía del Poder Electoral*

La autonomía de los órganos del Poder Electoral persigue básicamente asegurar su sujeción exclusivamente a la Constitución y a la ley, y garantizar su no sujeción respecto de los partidos políticos o respecto de las mayorías parlamentarias. Para garantizar la autonomía de los órganos del Poder Electoral de los partidos políticos, como se dijo, la Constitución estableció el principio de la “despartidización” de los mismos. Ello llevó, por ejemplo, a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia a considerar en sentencia No. 71 de 23 de junio de 2000, que los artículos 75 y 76 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política habían quedado tácitamente derogados por la Constitución en lo que se refiere al derecho que tenían los partidos políticos para designar representantes ante el máximo organismo electoral<sup>4</sup>. En esa misma sentencia y en otras anteriores y posteriores, la Sala sin embargo, aclaró que esa despartidización “no comporta la necesaria exclusión de todo tipo de mecanismo de participación de los partidos políticos en los procesos electorales”<sup>5</sup>.

Para garantizar la autonomía de los órganos del Poder Electoral respecto de las mayorías parlamentarias y de los propios partidos polí-

---

<sup>3</sup> G.O., No. 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

<sup>4</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 82, Caracas, 2000, pp. 236 y ss.

<sup>5</sup> Véase la sentencias de la Sala Electoral No. 10 de 25-02-2000 en *Revista de Derecho Público*, No. 81, Caracas, 2000, pp. 170 y ss. y No. 7 de 05-2-2001 en *Revista de Derecho Público*, No. 85-86, Caracas, 2001, pp. 188 y ss (En prensa).

ticos a través de ellas, la Constitución limitó el poder discrecional que había tenido el anterior Congreso, quitándole entonces a la Asamblea Nacional toda discrecionalidad para efectuar los nombramientos de los titulares de dichos órganos del Poder Electoral.

En efecto, el artículo 296 de la Constitución exige que el Consejo Nacional Electoral debe estar integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; exigiendo que tres de ellos sean postulados por la sociedad civil, uno por las Facultades de ciencias jurídicas y políticas de las Universidades nacionales, y uno por el Poder Ciudadano. Los tres integrantes postulados por la sociedad civil deben tener seis suplentes en secuencia ordinal, y cada designado por las Universidades y el Poder Ciudadano tendrá dos suplentes, respectivamente.

Se estableció así, una primera limitación al poder de designación por parte de la Asamblea Nacional, al exigirse que la misma no pueda libremente escoger a los designados, sino que los mismos deben necesariamente ser postulados por los sectores e instituciones indicados. Pero la Constitución fue más limitante aún al crear en el artículo 295, un “Comité de Postulaciones Electorales de candidatos a integrantes del Consejo Nacional Electoral”, el cual debe estar “integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley”.

Es decir, que los candidatos postulados por la sociedad civil, las Facultades de derecho y el Poder Ciudadano, tienen que ser presentados por ante el Comité de Postulaciones Electorales, y es este Comité el que debe hacer la selección y, en definitiva, hacer la propuesta a la Asamblea. La Asamblea Nacional, por tanto, no puede designar persona alguna que no venga incluida en las propuestas del Comité de Postulaciones. En esta forma se quiso garantizar en el propio texto de la Constitución un mecanismo de participación de la sociedad civil en la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral: primero, al indicar que necesariamente tres de los cinco miembros del órgano electoral deben ser postulados “por la sociedad civil” y segundo, al exigir que todas las postulaciones se deban presentar necesariamente ante un Comité de Postulaciones Electorales, que tiene que estar integrado exclusivamente “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley”.

### C. *La independencia del Poder Judicial y el germen de su limitación*

En cuanto a la independencia del Poder Electoral, el principio tiene por objeto garantizar la no sujeción de los órganos del Poder Electoral respecto de los otros Poderes del Estado, es decir, respecto de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Ciudadano, en el sentido de que no pueden recibir órdenes ni presiones. El principio de la independencia incluso estaba garantizado en la legislación preconstitucional, al disponerse que una vez nombrados los integrantes del Consejo Nacional Electoral por el antiguo Congreso, los mismos no podía ser removidos en forma alguna por dicho Congreso. Lamentablemente, este principio fue gravemente minimizado en el propio texto constitucional al establecerse que los integrantes del Consejo Nacional Electoral pueden ser removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 296). Aún cuando se precise en la Ley, como efectivamente ha ocurrido en la Ley Orgánica del Poder Electoral dictada en 2002, las posibles causales de remoción; el sólo hecho de prever dicha posibilidad de remoción por la Asamblea, sin límite alguno respecto de causales previstas en la propia Constitución sino conforme a una ley que dicte la propia Asamblea, implica una sujeción del Consejo a la Asamblea Nacional (y por tanto a las mayorías parlamentarias)) y una grave contradicción con el principio de la independencia de los Poderes del Estado.

Como se ha indicado, la independencia del Poder Electoral que garantiza la Constitución se encuentra neutralizada y minimizada en la propia Constitución. Pero ello en relación con la autonomía, puede decirse que el principio no encuentra limitación ni restricción alguna en el propio texto de la Constitución. Sin embargo, a pesar de estar garantizada en la Constitución, en la práctica política el principio de la autonomía con todas sus implicaciones antes señaladas, ha sido minimizada, y además, puede decirse que ha sido secuestrado por la Asamblea Nacional Constituyente al dictar un régimen transitorio fuera de la Constitución, por la Asamblea Nacional al sancionar la Ley Orgánica del Poder Electoral de noviembre de 2002<sup>6</sup>, desnaturalizando el Comité de Postulaciones Electorales y, por tanto, violando el derecho a la participación política; y por las Salas Electoral y Constitucional del Tribunal Supremo al impedir el funcionamiento del Consejo Nacional Electoral.

---

<sup>6</sup> *Gaceta Oficial*, No. 37573 de 19-11-2002.

## 2. *El secuestro del Poder Electoral perpetrado por la Asamblea Nacional Constituyente*

El secuestro del Poder Electoral comenzó a ser ejecutado por la propia Asamblea Nacional que había sancionado la Constitución de 1999, la cual había sido aprobada por el pueblo en referendo de 15 de diciembre de 1999. En las Disposiciones Transitorias de la Constitución nada se regulaba sobre la posible designación inmediata de los titulares de los órganos del Poder Electoral, por lo que los miembros del Consejo Supremo Electoral, debían permanecer en sus cargos, hasta tanto la nueva *Asamblea Nacional* que se eligiese, y designara sus sustitutos conforme al procedimiento y criterios de transparencia de postulación y selección previstos en la nueva Constitución. Nada en contrario se disponía en la Constitución aprobada por el pueblo. En realidad, la única previsión del texto constitucional sobre designación inmediata de algún funcionario público fue la relativa al Defensor del Pueblo, cargo que era creación de la nueva Constitución. Por ello fue la única solución constitucional que con razón se previó en las Disposiciones Transitorias (Novena) aprobadas por el pueblo, atribuyéndole expresamente a la Asamblea Nacional Constituyente su nombramiento provisional, hasta tanto la nueva Asamblea Nacional que se eligiese designare definitivamente a dicho funcionario.

La primera manifestación de secuestro del Poder Electoral por el poder político, y la primera violación de la Constitución de 1999, luego de su aprobación por el pueblo en el referendo de 15 de diciembre de 1999, y antes de su publicación el 30 de diciembre de 1999, fue realizada por la propia Asamblea Nacional Constituyente en los días posteriores al referendo aprobatorio, mediante la emisión de un Decreto de “Régimen de Transición del Poder Público”, el 22 de diciembre de 1999<sup>7</sup>, dos días después de la “proclamación” de la Constitución y como se dijo, antes de su entrada en vigencia, cuya publicación fue deliberadamente demorada hasta el 30-12-99<sup>8</sup>. Así, ante la ausencia de alguna regulación en las Disposiciones Transitorias de la nueva Constitución que se refiriera a cesación en sus cargos de los titulares de los órganos del Poder Público y al nombramiento de nue-

<sup>7</sup> Véase en *Gaceta Oficial*, No. 36.859 de 29-12-99.

<sup>8</sup> Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, *cit.* Sesión de 22-12-9, No. 51, pp. 2 y ss. Véase *Gaceta Oficial*, No. 36.859 de 29-12-99; y *Gaceta Oficial* No. 36.860 de 30-12-99.

vos funcionarios para ello, el afán sobrevenido de quienes controlaban el Poder del Estado de asaltar todos los poderes mediante la sustitución de todos los titulares de los órganos del Estado sin esperar la elección de la nueva Asamblea Nacional; la Asamblea Nacional Constituyente, sin tener competencia constitucional alguna para ello y, por tanto, en forma ilegítima, dictó el mencionado Decreto de Régimen de Transición, destituyendo a todos los titulares del Poder Público constituido (excepto el Presidente de la República), creando entonces un “vacío institucional” que la propia Asamblea luego se encargaría de llenar a su gusto y discreción. Así se nombró en el mismo Decreto a los miembros del primer Consejo Nacional Electoral postconstitucional, pero por supuesto, sin que la Asamblea Constituyente respetara las precisas normas que ella misma había diseñado para garantizar la autonomía e independencia del Poder Electoral y las normas que regulaban el derecho a la participación política de la sociedad civil.

En esta forma la Asamblea Nacional Constituyente, careciendo totalmente de competencia para ello, y en forma ilegítima, en el Decreto del 22-12-99 se auto atribuyó competencia para designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (Art.40), designaciones que realizó días después, con carácter provisorio, al nombrar a personas, todas vinculadas al nuevo poder y a los partidos que apoyaban al gobierno, lo que incluso no garantizaba la imparcialidad electoral necesaria, burlándose del artículo 296 de la nueva Constitución. Así, el nuevo Poder Electoral inició sus funciones, “dejando sin efecto las elecciones efectuadas en los gremios profesionales a partir del 30 de diciembre de 1999” y suspendiendo “todos los procesos electorales en curso en los gremios profesionales” disponiendo que los mismos sólo podían realizarse a partir del segundo semestre de 2000<sup>9</sup>.

Pero además, la Asamblea Nacional Constituyente en su Decreto de 22 de diciembre de 1999, se había autoatribuido competencia para fijar la oportunidad de las primeras elecciones para los cargos representativos previstos en la Constitución (Art.39), y para dictar un Estatuto Electoral del Poder Público que debería regir en los primeros comicios para la elección de todos los cuerpos representativos legislativos y los órganos ejecutivos del Poder Público, que sancionó el 30 de enero de 2000<sup>10</sup>, con el cual se derogó parcialmente la Ley Orgánica

<sup>9</sup> Resolución No. 000204-25 de 04-02-2000, G.O., 36.892 de 15-02-2000.

<sup>10</sup> Véase en *Gaceta Oficial* No. 36.884 de 03-02-00.

del Sufragio y Participación Política. En la misma fecha, la misma Asamblea Nacional Constituyente, sin autoridad alguna para ello, mediante otro Decreto fijó para el día 28 de mayo del 2000 la realización de las primeras elecciones nacionales, estatales y municipales y para representantes ante el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano. En el Estatuto Electoral a fin de controlar sus decisiones, se dispuso que las relativas a “la organización de los comicios previstos en el presente Estatuto Electoral (los primeros procesos comiciales de 2000) requerirán del voto de una mayoría calificada de por lo menos cuatro (4) de sus integrantes” (Art. 29).

Dichas elecciones, ante el fracaso del Consejo Nacional Electoral nombrado por la propia Asamblea Constituyente, tuvieron que ser suspendidas con la intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (a la cual el Estatuto Electoral otorgaba la competencia exclusiva en materia de amparo contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral, Art.30, Parágrafo Primero), mediante sentencia No. 483 de 29 de mayo de 2000 (Caso: *Queremos Elegir y otros*) en la cual se declaró con lugar un amparo constitucional con efectos *erga omnes*<sup>11</sup>, debiendo entonces realizarse varios meses después, en agosto de 2000. Ese fracaso el Consejo Nacional Electoral obligó a la destitución-renuncia de sus integrantes, razón por la cual la Comisión Legislativa Nacional, órgano legislativo también transitorio no regulado en la Constitución y por tanto ilegítimo, que había sido también nombrado a dedo por la misma Asamblea Nacional Constituyente el mismo 22 de diciembre de 1999, entonces designó un nuevo Consejo Nacional Electoral. Si bien para ello no respetó la estricta normativa constitucional sobre el Comité de Postulaciones y la participación de la sociedad civil, la Comisión parlamentaria respectiva oyó a diversos sectores de la misma, resultando el nombramiento de un grupo de personas la mayoría independientes<sup>12</sup>. Ese Consejo Nacional Electoral organizó las elecciones de agosto de 2000, y dada su composición, para fines del año 2002 aparecía con una mayoría de miembros independientes del poder político.

<sup>11</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 82, Caracas 2000, pp.332 y ss.

<sup>12</sup> Véase Decreto publicado en *G.O.*, 36.965 de 05-06-2000.

### **3. El secuestro del derecho a la participación de la sociedad civil realizado por la Asamblea Nacional**

La urgencia del poder político, para volver a controlar el Poder Electoral mediante el nombramiento definitivo de los integrantes del Consejo Nacional Electoral en sustitución de los transitoriamente nombrados con anterioridad, llevó a la Asamblea Nacional, aún cuando bien tardíamente, a sancionar la Ley Orgánica del Poder Electoral sancionada el 20 de septiembre de 2000 y promulgada el 19 de noviembre de 2002<sup>13</sup>. Dicha Ley Orgánica, sin embargo, no respetó la exigencia constitucional respecto de la integración del Comité de Postulaciones Electorales con representantes de los diversos sectores de la sociedad, y en cambio lo que estableció fue una “comisión parlamentaria” ampliada con el nombre de Comité de Postulaciones. En efecto, el artículo 19 de la Ley Orgánica dispuso que el “Comité de Postulaciones Electorales está integrado por veintinueve (21) miembros, de los cuales once (11) son Diputadas o Diputados designados por la plenaria de la Asamblea Nacional con las dos terceras (2/3) partes de los presentes, y diez (10) postuladas o postulados por los otros sectores de la sociedad”, con lo que se confiscó el derecho a la participación política de los diversos sectores de la sociedad civil de integrar en forma exclusiva el Comité de Postulaciones. Al contrario, violándose la norma constitucional, se conformó un “Comité” con mayoría de diputados los cuales por ser parte del Poder Legislativo, no son parte de la sociedad civil, tal y como la ha definido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

En todo caso, en la Ley Orgánica del Poder Electoral se dispuso expresamente el quórum de constitución y de decisión del Consejo Nacional Electoral, al establecerse que requería de un mínimo de tres (3) Rectores para su funcionamiento, y que “las decisiones del órgano se tomarán con el voto favorable de por lo menos tres (3) de sus miembros, salvo los casos en que la ley exija cuatro (4) votos” (Art. 15). El Estatuto Electoral de 2000 en todo caso, había cesado en su vigencia una vez cumplido se objeto que había sido regir sólo en los *primeros comicios* para la elección de todos los cuerpos representativos legislativos y los órganos ejecutivos del Poder Público, que se efectuaron en 2000. Además, la Ley Orgánica del Poder Electoral en su Dis-

<sup>13</sup> Véase en G.O., 37.573 de 19-11-2002.

posición Final Quinta había dispuesto que “quedan derogadas todas las normas legales que colidan con la presente Ley”, entre las cuales, por supuesto, estaba la que establecía el quorum de decisión de cuatro votos sobre cinco de los miembros del Consejo Nacional Electoral que había establecido el mencionado Estatuto Electoral. La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica, además, precisó que “Los integrantes de la Junta Directiva del actual Consejo Nacional Electoral continuarán en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo que desempeñan hasta tanto se designen y tomen posesión de sus cargos las nuevas autoridades de ese organismo, y sus decisiones se harán de conformidad con esta Ley”.

#### ***4. El primer secuestro del Poder Electoral ejecutado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia***

Dada la material imposibilidad política, por la correlación de fuerzas entre los partidos que apoyaban al gobierno y a la oposición, de la Asamblea Nacional de poder reunir la mayoría requerida de las 2/3 partes de sus integrantes (Art. 296) para designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, y ante las manifestaciones de autonomía respecto del poder político que había evidenciado el viejo Consejo Nacional Electoral, le tocó el turno para secuestrar la autonomía del Poder Electoral, a la Sala Constitucional creada en el Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público de la Asamblea Nacional Constituyente de 22 de diciembre de 1999 y cuyos Magistrados, en su mayoría, también habían sido designados por dicha Asamblea Nacional Constituyente en el asalto al poder perpetrado con dicho Decreto.

En efecto, con ocasión de conocer de una solicitud de pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la antes mencionada Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Poder Electoral formulada por el Presidente de la República con ocasión de la promulgación de la referida Ley, la Sala Constitucional, mediante sentencia No. 2747 de 7 de noviembre de 2002 (Exp. 02-2736), declaró sin lugar la solicitud presidencial pero sentó el criterio de que si bien la Ley Orgánica, a la cual en definitiva se refiere el artículo 292 de la Constitución, es la Ley Orgánica del Poder Electoral, mientras se eligen los miembros del Consejo Nacional Electoral por la Asamblea Nacional,

el régimen transitorio sobre los organismos del Poder Electoral, creado por el Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente que con-

tiene el Régimen de Transición del Poder Público (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* No. 36.920 del 28 de marzo de 2000), sigue vigente y con él no colide la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Poder Electoral, el cual más bien lo complementa, y así se declara.

Una vez en vigencia la Ley Orgánica del Poder Electoral, y mientras se designen los miembros del Consejo Nacional Electoral, quienes ostenten los cargos de dicho Consejo, en razón de la Disposición Transitoria impugnada, aplicarán la Ley Orgánica del Poder Electoral.

A pesar de lo que se indica con toda claridad en el último párrafo de la sentencia antes citada (aplicación por el Consejo Nacional Electoral existente de la Ley Orgánica del Poder Electoral), a pesar de la posterior promulgación de la Ley Orgánica del Poder Electoral (19-11-2002) y de que ésta, expresamente disponía que hasta tanto no se nombraran por la Asamblea Nacional los miembros del Consejo Nacional Electoral es sustitución de los anteriores que seguían teniendo carácter provisorio, la Sala Constitucional en la misma sentencia también anunciaba que, sin embargo, el Régimen de Transición del Poder Público que había dictado la Asamblea Nacional Constituyente en diciembre de 1999, seguía vigente. Había, sin duda, una abierta contradicción en el mismo texto de la sentencia.

Pero adicionalmente, en la mencionada sentencia No. 2747, debe destacarse que la Sala Constitucional en respuesta a razones alegadas por el Presidente de la República en su carácter de impugnante, ya presagiaba que pudiera llegarse a producir un “vacío” institucional en el Poder Electoral, anunciando que de producirse tal situación, la misma Sala establecería los “correctivos” necesarios, así:

El impugnante señala razones de hecho sobre el actual funcionamiento del Consejo Nacional Electoral, con la indicación de la existencia de un posible vacío institucional. Ello no es materia que regule el artículo 214 constitucional, y no es objeto de esta decisión. La Sala ha tratado el punto en fallo del 23 de septiembre de 2002 (Exp. 02-2050, Caso: Fiscal General de la República), por lo que de darse efectivamente el vacío, una vez que las instituciones incumplan los mandatos legítimos constitucionales, la Sala, a petición de cualquier interesado, tomará los correctivos necesarios.

Ahora bien, en cuanto a la contradicción que contenía la sentencia sobre la aplicabilidad de la Ley Orgánica del Poder Electoral una vez

que entrara en vigencia al Consejo Nacional Electoral existente, el sentido de la decisión sólo apareció clarificado 10 días después, cuando la misma Sala Constitucional, al decidir un recurso de interpretación que había sido introducido por el propio Consejo Nacional Electoral el 9 de julio de 2002, para “determinar la vigencia del artículo 29 del Estatuto Electoral del Poder Público, relativo al quórum para la toma de decisiones del Directorio del Consejo Nacional Electoral, en aquellos asuntos distintos al ámbito de aplicación de ese Decreto”, mediante la sentencia No. 2816 de 18 de noviembre de 2002 (Caso: *Consejo Nacional Electoral*) concluyó señalado que si estaba vigente. Era evidente que no lo estaba pues el Estatuto Electoral se había dictado para regir en las primeras elecciones porstconstitucionales de 2000, por lo que una vez que estas se realizaron, sus normas habría decaído. La verdad es que dada la integración del Consejo Nacional Electoral que había designado la Comisión Legislativa Nacional, que por estar conformado por una mayoría de independientes (3/2) que no seguían la línea política del gobierno, en el seno del cuerpo se había planteado la duda sobre el quórum, pues si la mayoría necesaria para decidir era la calificada entonces no se podrían, por ejemplo, convocar referendos.

La Sala Constitucional, sin embargo, para llegar a su absurda conclusión, revivió el régimen transitorio que la Asamblea Nacional había expresamente sustituido con la Ley Orgánica del Poder Electoral “estratégicamente” publicada en *Gaceta Oficial* el 19 de noviembre de 2002. Para hacer esto, en la sentencia No. 2816 del día anterior, 18 de noviembre de 2002 (Caso: *Consejo Nacional Electoral*), la Sala aparte de reconocer que el Estatuto Electoral del Poder Público había integrado el régimen constitucional nacido del proceso constituyente (“dado el carácter constitucional que esta Sala le ha reconocido... tienen un valor superior a cualquier normativa preconstitucional), concluyó que sólo perdería “validez en tanto en cuanto los órganos transitorios se adapten, en su organización y funcionamiento, a las leyes que dicte la Asamblea Nacional, de tal forma que, mientras ello no suceda, dicha transitoriedad sigue en vigor, en lo que no haya sido derogado”. Constatado esto, en virtud de que “uno de los aspectos regulados por el Estatuto Electoral del Poder Público se refiere al mínimo requerido (*quórum*) para la toma de decisiones por parte de la Junta Directa del Consejo Nacional Electoral”(Art. 29)”, la Sala consideró que “resulta desatinado pretender que el *quórum* especial a que hace referencia la norma antes transcrita, solamente se refiera a los

primeros procesos comiciales”. La Sala consideró además, que el artículo 25 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998, al prever un *quórum* de mayoría simple para la toma de decisiones por parte del Directorio del Consejo Nacional Electoral, había quedado necesariamente derogada, “no sólo porque el Régimen de Transición del Poder Público y, particularmente, el Estatuto Electoral del Poder Público señaló una mayoría calificada y no una mayoría simple, sino que cuando dicha norma legal establece el último *quórum* mencionado, lo hace con fundamento en el artículo 50 de la misma Ley Orgánica, que prevé una conformación del Consejo Nacional Electoral (siete miembros) que no concuerda con la nueva estructura del referido ente comicial, prevista en el artículo 296 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

En definitiva, luego de toda esta argumentación, la Sala, a pesar de que ya tenía conocimiento de que la Ley Orgánica del Poder Electoral ya había sido sancionada (pues había dictado sobre ella, diez días antes la sentencia No. antes citada), concluyó que el Estatuto Electoral del Poder Público, regiría:

los venideros procesos comiciales, especialmente en cuanto al mínimo requerido (*quórum*) de, por lo menos, cuatro de los cinco integrantes del Consejo Nacional Electoral, para la decisiones relativas a su organización, hasta tanto finalice la transición una vez promulgada la Ley Orgánica del Poder Electoral, que regulará su organización y funcionamiento, y sean designados por la Asamblea Nacional, conforme a la Constitución vigente, los nuevos integrantes del Consejo Nacional Electoral”.

Ello significaba, en definitiva, que a pesar de que al día siguiente (19-11-2002) entraría en vigencia la nueva Ley Orgánica del Poder Electoral, en cuanto al *quórum* de decisión del Consejo Nacional Electoral, hasta tanto se nombrasen los nuevos miembros del Cuerpo conforme a esa Ley, no regiría el artículo 14 de dicha Ley Orgánica (que establecía una mayoría simple de 3/5) sino el artículo 29 del mencionado Estatuto, que requería una mayoría calificada (4/5).

La razón política de esta decisión era clara: impedir que el Consejo Nacional Electoral pudiera funcionar con la mayoría simple de tres votos de cinco pues los miembros afectos al gobierno eran minoría, y sólo eran dos. Pero con el correr del tiempo, y ante la imposibilidad de la Asamblea Nacional de poder designar a los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral, la correlación de fuerzas internas en el Consejo existente habrían variado aún más, contando el gobierno

sólo con uno de los cinco votos del cuerpo. La única forma de impedir que el Consejo Nacional Electoral pudiera decidir, y por ejemplo, convocar referendos, era materialmente impedir que pudiera tomar decisiones, eliminando a uno de los miembros del Cuerpo no afecto al gobierno, de manera que sólo quedaran cuatro votos, en cuyo caso el Consejo sólo podría funcionar con decisiones unánimes, lo que era lo mismo que congelarlo.

### ***5. El secuestro del Poder Electoral ejecutado por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia***

El Consejo Nacional Electoral, en efecto, en fecha 3 de diciembre de 2002, en una votación 4/1, mediante Resolución No. 021203-457 del 3 de diciembre de 2002<sup>14</sup> había resuelto aceptar la solicitud que le habían formulado un grupo de más de dos millones de electores para la convocatoria de un referendo consultivo (Art. 71) con el objeto de preguntarle a los ciudadanos si estaban o no “de acuerdo con solicitar al Presidente de la República Ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías la renuncia voluntaria a su cargo”; fijando la fecha de realización del referendo para el 2 de febrero de 2003.

Un grupo de diputados a la Asamblea Nacional impugnó por ilegalidad la referida Resolución así como los actos dictados por el Consejo Nacional Electoral “...contenidos en el acta de la sesión del Directorio (...) de fecha 18 de noviembre de 2002, por el cual se acordó la incorporación del ciudadano Leonardo Pizani como miembro Suplente”. Esta fue la excusa para congelar el funcionamiento del órgano del Poder Electoral.

El turno para secuestrar el Poder Electoral esta vez correspondió a una Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo de Justicia. Al igual que la Sala Constitucional, la Sala Electoral había sido creada en el Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público de la Asamblea Nacional Constituyente de 22 de diciembre de 1999 y cuyos Magistrados, en su mayoría, también habían sido designados a dedo por dicha Asamblea Nacional Constituyente en el asalto al poder perpetrado con dicho Decreto.

Ahora bien, con ocasión del mencionado recurso de nulidad, se alegó que el 5 de junio de 2000, la Comisión Legislativa Nacional ha-

---

<sup>14</sup> Gaceta Electoral No, 168 del 5 de diciembre de 2002.

bía designado a Leonardo Pizani como miembro Suplente del Consejo Nacional Electoral, y que sin embargo, éste había renunciado a su cargo por escrito ante el Presidente de la Asamblea Nacional en octubre del mismo año; renuncia que no había sido tramitada ni aceptada. No obstante, luego de transcurridos más de dos (2) años de la consignación de la renuncia, el día 11 de noviembre de 2002 el Presidente de la Asamblea Nacional recibió comunicación mediante la cual Leonardo Pizani manifestó su voluntad de “retirar” su renuncia, bajo la justificación de la “necesidad imperiosa de conformar un Consejo Nacional Electoral”. El Directorio del Consejo Nacional Electoral, mediante la decisión impugnada del 18 de noviembre de 2002, procedió a admitir la incorporación del mencionado ciudadano en su condición de Suplente, conformándose la mayoría de miembros y adoptando una serie de decisiones que los recurrentes también procedieron “a impugnar toda vez que no fueron dictadas por el órgano competente, al no estar debidamente integrado”, interponiendo además un amparo constitucional en representación de los intereses difusos y colectivos de los electores. La Sala Electoral Accidental, entonces, mediante sentencia No. 3 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*) luego de analizar los efectos de las renunciaciones de funcionarios públicos concluyó señalando que en el caso del Sr. Pizani no había razón que justificara “la exigencia adicional de la aceptación por parte del órgano competente, para que pueda considerarse válida y eficaz la renuncia”, de lo cual, para acordar el amparo cautelar que se le había solicitado, la Sala Electoral consideró “procedente presumir que en la actualidad la integración del Directorio del Consejo Nacional Electoral no resulta apegada a la legalidad, al haberse procedido a incorporar como miembro Principal de éste a un ciudadano que no ostentaba el cargo de Suplente, condición *sine qua non* para que exista la posibilidad de su incorporación como Principal”.

Por ello, la Sala Electoral Accidental decidió, entonces, ordenar “a la actual Directiva del Consejo Nacional Electoral abstenerse de sesionar con la presencia y participación como Miembro Principal, del ciudadano Leonardo Pizani”, suspendiendo a la vez “los efectos de la Resolución emanada del Consejo Nacional Electoral distinguida con el No. 021203-457 del 3 de diciembre de 2002, publicada en la *Gaceta Electoral* No. 168 del 5 de diciembre de 2002” mediante la cual se había convocado al referendo consultivo sobre la renuncia del Presidente de la República. En esta forma, el Poder Electoral, con sólo cuatro miembros, fue compelido ilegítimamente a actuar con la mayo-

ría calificada de cuatro miembros derivada de la interpretación del régimen constitucional transitorio que había hecho la Sala Constitucional en sentencia antes comentada, es decir, por unanimidad. Ello fue lo mismo que haber decretado el secuestro del Poder Electoral, el cual no pudo adoptar ninguna nueva decisión, dada la correlación de fuerzas en su seno.

Pero lo más destacado e insólito de esta decisión de la Sala Electoral Accidental, fue la parte en la cual:

1) Se ordena a la actual Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral, abstenerse de realizar aquellos actos que no resulten indispensables para garantizar el normal funcionamiento administrativo del referido órgano, y especialmente, abstenerse de iniciar la organización de procesos electorales, referendarios, u otros mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos, así como suspender los ya iniciados de ser el caso, hasta tanto se resuelva la presente controversia.

En esta forma, de manera extrapetita pero expedita, la Sala Electoral en una sentencia de carácter cautelar redujo al Consejo Nacional Electoral a ser un simple conserje o guardián de sus bienes. Dos meses después, al dictar sentencia definitiva en el recurso de nulidad que había sido interpuesto, mediante sentencia No. 32 de 19 de marzo de 2003 (Caso: *Darío Vivas y otros*) pero publicada el 26 de marzo de 2003, la Sala Electoral declaró la nulidad “de los actos del Consejo Nacional Electoral atinentes a la realización del referendo consultivo cuya celebración estaba prevista para el 2 de febrero del presente año”(2003)...actos en cuya formación intervino el ciudadano Leonardo Pizani como miembro principal de la Directiva del referido órgano rector del Poder Electoral”. Adicionalmente, la Sala además de ordenar “la desincorporación del ciudadano Leonardo Pizani de la actual Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral” estableció:

que la aludida Junta Directiva podrá, a partir de la publicación del presente fallo, sesionar y adoptar válidamente decisiones vinculadas con el ejercicio de las competencias atribuidas por el artículo 293 constitucional, siempre y cuando cumpla con el quórum exigido por el contenido del artículo 29 del Estatuto Electoral del Poder Público conforme a lo establecido por las sentencia No. 2816 del 18 de noviembre de 2003 emanada de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia”.

En consecuencia, las decisiones de la referida Directiva del Consejo Nacional Electoral deberán ser adoptadas de manera unánime por cuatro (4)

de sus integrantes actuales, hasta tanto la Asamblea Nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución y desarrollado en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Poder Electoral, designe a los nuevos integrantes, principales y suplentes, de la Junta Directiva del referido órgano rector del Poder Electoral. Así se decide.

Quedó así el Consejo Nacional Electoral completamente paralizado y secuestrado el Poder Electoral por la Sala Electoral del Tribunal Supremo.

Pero la situación de extrema polarización política del país impedía toda posibilidad de que los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral pudieran ser designados por la Asamblea Nacional. Lamentablemente, en dicho cuerpo representativo que es esencialmente político, se había pretendido designar el Consejo Electoral en la más pura tradición de los acuerdos parlamentarios que la Constitución quiso separar. Se pretendía volver a los intentos del “comercio de caballos” o a pretender utilizar la precaria mayoría parlamentaria que tenían los partidos que apoyaban al Presidente de la República, para designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral pero asegurando en él una mayoría controlada.

No era posible, por tanto, que se produjera la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral; no había un Consejo Nacional Electoral que pudiera tomar decisiones y la crisis política sólo podía tener una solución electoral, particularmente mediante un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Constitución. En efecto, con motivo del fallido intento de realizar un referendo consultivo para requerir la opinión del electorado sobre si estaba o no de acuerdo con solicitarle la renuncia al Presidente de la República, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se había encargado de descartar esa vía de participación política para tal efecto. Así, en sentencia dictada coincidentalmente el mismo día 22 de enero de 2003 en el cual la Sala Electoral del Tribunal Supremo había dictado la medida cautelar (Sentencia No. 3) en el juicio de nulidad contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral, suspendiendo la realización del referendo consultivo convocado (Caso: *Darío Vivas y otros*), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo dictó la sentencia No. 23 (de 22 de enero de 2003) (caso: *Harry Gutiérrez Benavides y Jobbing Richard Álvarez Andrade*), en la cual interpretó el artículo 71 de la Constitución en relación con el referendo consultivo que había sido convocado por el

Consejo Nacional Electoral señalando que el mismo no tiene carácter vinculante, así:

Ahora bien, el referendo consultivo es un mecanismo inspirado en el principio de participación, que otorga mayor legitimidad a las decisiones de especial trascendencia – las cuales competen a determinados órganos del Estado – y permite la realización – *a posteriori* – de una prueba de legitimidad a dichas decisiones asumidas por la élite política, de mandato revocable en nuestro ordenamiento constitucional, sea conforme a lo establecido en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o mediante su no reelección y, en ese sentido, el referendo consultivo legitima – directamente – la asunción de determinadas decisiones y, consecuentemente, a quienes ejercen las funciones de dirección política.

En consecuencia, con fundamento en los razonamientos precedentes, esta Sala considera que el resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no tiene carácter vinculante en términos jurídicos, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas, por ser éste un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias.

Descartada la vía del referendo consultivo como una decisión que pudiera tener algún efecto en relación con la renuncia del Presidente de la República, se planteó entonces la vía del referendo revocatorio de su mandato; y así quedó plasmado luego de arduas negociaciones en una Mesa de Negociación y Acuerdos que se estableció como consecuencia de la crisis del 12-13 de abril de 2002<sup>15</sup>, en el Acuerdo suscrito entre el gobierno y la oposición que firmaron el 23 de mayo de 2003, denominado “Acuerdo entre la representación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Factores Políticos y Sociales que lo apoyan y la Coordinadora Democrática y las Organizaciones Políticas y de la Sociedad Civil que la conforman”, en el cual entre, otros asuntos, se expresó lo siguiente:

12. – Las partes, en cumplimiento del objetivo establecido en la Síntesis Operativa para buscar acuerdos con el fin de contribuir a la *solución de*

---

<sup>15</sup> Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Crisis de la democracia en Venezuela*, Caracas 2002.

*la crisis del país por la vía electoral*, coincidimos en que dicha solución se logra con la aplicación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que se prevé la eventual celebración de referendos revocatorios del mandato de todos los cargos y magistraturas de elección popular que han arribado a la mitad del período para el cual fueron elegidos (Gobernadores, Alcaldes, Legisladores Regionales y Diputados a la Asamblea Nacional), o arribarán a dicha mitad en el transcurso de este año, como es el caso del Presidente de la República conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 13 de febrero del 2003. Tales referendos, incluyendo los ya solicitados y los que se solicitaren en adelante, serán posibles si son formalmente requeridos por el número exigido de electores y se aprueban por el nuevo Consejo Nacional Electoral, una vez que se establezca que se han cumplido los requisitos constitucionales y legales.

## **6. *El nuevo secuestro del Poder Electoral realizado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia***

Quedaba entonces fijada la salida constitucional a la crisis política en la realización de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República. Era necesario, sin embargo, que se designara el nuevo Consejo Nacional Electoral, lo que también se había plasmado en el Acuerdo antes mencionado suscrito en la Mesa de Negociación y Acuerdos entre el gobierno y la oposición, al declarar:

Coincidimos en que resulta indispensable contar a la brevedad posible con un árbitro electoral confiable, transparente e imparcial, a ser designado en la forma prevista en la Constitución. En este sentido, se considera muy importante el trabajo que se está adelantando en la Asamblea Nacional. Las dos partes manifestamos su disposición a coadyuvar como factor de entendimiento en todo lo referente a la conformación y operatividad del Árbitro Electoral, sin interferir en el proceso normal que se está llevando a cabo por el Poder Legislativo Nacional.

La Asamblea Nacional había cumplido los pasos previos para la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral, mediante la recepción y selección de postulaciones conforme a lo que la Ley Orgánica del Poder Electoral establecía; sin embargo, dada la imposibilidad de lograr una decisión política de la Asamblea Nacional para la designación del nuevo Consejo Nacional Electoral que pudiera tomar decisiones, y dado que judicialmente se había prohibido al Con-

sejo Nacional Electoral existente el poder tomar decisiones como la que se había acordado en la Mesa de Negociación y Acuerdos, ello condujo a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, a tratar de remendar las consecuencias del secuestro anterior que junto con la Sala Electoral había realizado del Poder Electoral, procediendo de nuevo, a un nuevo secuestro del Poder Electoral, esta vez con motivo de conocer de un recurso de inconstitucionalidad por omisión que se había intentado contra la Asamblea Nacional, por no haber designado a los miembros del Consejo Nacional Electoral.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia No. 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y oros*) para resolver sobre la omisión del órgano legislativo, comenzó por reconocer la realidad del funcionamiento político de los cuerpos deliberantes, descartando toda inconstitucionalidad en la situación, al señalar que:

el régimen parlamentario, en muchas oportunidades, exige la toma de decisiones por mayorías calificadas y no por mayorías absolutas o simples; y cuando ello sucede (lo que incluso puede ocurrir en el caso de la mayoría simple), si los integrantes de la Asamblea no logran el acuerdo necesario para llegar a la mayoría requerida, la elección no puede realizarse, sin que ello, en puridad de principios, pueda considerarse una omisión legislativa, ya que es de la naturaleza de este tipo de órganos y de sus votaciones, que puede existir disenso entre los miembros de los órganos legislativos nacionales, estatales o municipales, y que no puede lograrse el número de votos necesarios, sin que pueda obligarse a quienes disienten, a lograr un acuerdo que iría contra la conciencia de los votantes. Desde este ángulo no puede considerarse que existe una omisión constitucional que involucra la responsabilidad de los órganos aludidos en el artículo 336.7 constitucional.

Ahora bien, la falta de acuerdo parlamentario, si bien en algunas materias podría no producir efecto inmediato alguno, en lo concerniente a la designación del Poder Electoral respecto del cual la propia Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral ordenan a la Asamblea Nacional su designación, la Sala Constitucional consideró que la omisión en esta materia -aun sin ser ilegítima- podía conducir a que la propia Sala con base en el artículo 336,7 de la Constitución declarase la inconstitucionalidad de la omisión, y estableciera el plazo para corregirla y, de ser necesario, los lineamientos de esa concreción. Y eso fue lo que ocurrió, por lo que la Sala Constitucional le otorgó

a la Asamblea Nacional omisa, un plazo de 10 días para que cumpliera con su obligación y, si no lo hacía dentro de dicho término, anunciaba que corregiría en lo que fuese posible la situación que naciera de la omisión concreta, que no era otra que “Si transcurrido el lapso aquí señalado, la Asamblea Nacional no ha procedido a nombrarlos, la Sala lo hará dentro de un término de diez (10) días continuos”. En la sentencia, a todo evento, la Sala hizo los siguientes razonamientos y dejó sentado los siguientes criterios, que enmarcaron la forma conforme a la cual se operaría el secuestro del Poder Electoral:

En *primer lugar*, que en caso de omisión de nombramientos, las designaciones que pudiera hacer la Sala no podían ser sino provisorias, pero “acompañadas o no de los lineamientos que según este sentenciador se consideren necesarios para el cumplimiento de la función”. Siendo provisorios los nombramientos, los nombrados cesarían en sus funciones cuando el órgano competente asumiera su competencia e hiciera los nombramientos, “en el tiempo que lo crea conveniente; o cuando la propia Sala -por motivos justificados- les revoca el cargo conferido”. La Sala Constitucional, así, anunciaba desde ya que como consecuencia de la omisión legislativa en hacer los nombramientos, para el caso de que la propia Sala lo hiciera, se arrogaba la potestad también de revocarlos.

En *segundo lugar*, la Sala consideró que para realizar los nombramientos provisorios, debía “adaptarse a las condiciones que la Ley exige al funcionario”, pero aclarando sin embargo, que “debido a la naturaleza provisorio y a la necesidad de que el órgano funcione”, la Sala no requería “cumplir paso a paso las formalidades legales que exige la Ley al elector competente, ya que lo importante es llenar el vacío institucional, hasta cuando se formalice lo definitivo”. Se desligaba así la Sala, de las exigencias legales que en cambio sí debía cumplir el elector omiso, para llenar el “vacío institucional” que ella misma había contribuido a crear. Para ello dejó sentado el criterio de que “de corresponder a esta Sala llenar los vacíos, ella puede hacerlo con personas de la lista de postulados admitidos como aspirantes a rectores, o puede hacerlo con personas fuera de la lista, o combinando ambos grupos. Con respecto a las personas, a tomarse en cuenta, que no hayan sido presentadas por el Comité de Postulaciones, éstas deberán reunir los mismos requisitos legales que los postulados”.

Insistió la Sala sobre su desvinculación con la Ley para hacer las designaciones provisorias señalando que al ser “urgente y necesario el funcionamiento del Poder Electoral y por ello, y por ser provisorio,

no aplica en todo su alcance la Ley Orgánica del Poder Electoral, sino lo establecido en el artículo 296 constitucional en cuanto a la procedencia de los rectores electorales, los cuales no deben tener vinculación con organizaciones políticas, lo que significa que no tienen militancia política pública, ni se hayan manifestado públicamente a favor de partidos políticos o grupos electorales favorables al gobierno, a la oposición, o a cualquier otra tendencia política”. La Sala Constitucional, sin embargo, consideró que los rectores que pudiere nombrar debían cumplir los requisitos del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

En *tercer lugar*, la Sala Constitucional constató la existencia del “vacío institucional”, a pesar de que existiera un Consejo Nacional Electoral, el cual conforme al Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, consideró que tenía “carácter provisorio”. Consideró la Sala que “la falta de designación de los rectores, en el lapso legal, constituye un vacío que debe esta Sala llenar, si no lo hace la Asamblea Nacional”.

En *cuarto lugar*, la Sala Constitucional decidió que en virtud de que “el nombramiento de los rectores -así sean provisorios – se trata de un hecho que trasciende lo jurídico”...“a partir de esta fecha, podrá oír a los Presidentes o Secretarios Generales de las organizaciones políticas representadas en la Asamblea, así como a los representantes de la sociedad civil que ella escoja, utilizando para determinar quienes conforman a la sociedad civil, el criterio expuesto por la Sala en fallos del 23 de agosto de 2000 y 21 de noviembre de 2000 (casos: *Ruth Capriles Méndez y William Dávila Barrios y otros*); e, igualmente, podrá consultar al Poder Ciudadano y a los representantes de las facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas que considere necesarios, a fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 296 constitucional”. En esta forma, la Sala anunciaba que si suplía la omisión del Legislador, no sólo lo haría con criterio jurídico sino político. Se apartaba así, la Sala, de lo que había expresado en sentencia No.--- de 5 de abril de 2001 (Caso: *Francisco Encinas Verde y otros*) en la cual había clarificado que si bien “la Jurisdicción Constitucional es *eo ipso*, jurisdicción sobre lo político...no es equiparable a jurisdicción política”.. La Sala, en las sentencia No. 2073 que comentamos, al contrario, anunciaba que actuaría como jurisdicción política.

En *quinto lugar*, en forma congruente con el anuncio de ingerencia en lo político, la Sala Constitucional anunció no sólo que “si la Asamblea no hace los nombramientos, los hará la Sala”, sino que po-

día “señalar a los rectores algunas disposiciones -que sin alterar su independencia – sean por ellos cumplidas, y pudiendo, igualmente, proveer la integración de alguno o todos de los órganos subordinados, señalando quien los dirigirá, y decretando un cronograma de actuaciones para que el ente cumpla sus cometidos”. Es decir, la Sala Constitucional anunciaba que iría mucho más allá que a suplir la omisión legislativa, y prescribiría lineamientos que los nombrados debían cumplir y haría nombramientos adicionales, quitándole tal potestad a los miembros del consejo nacional Electoral que nombrara. La salvedad respecto de la independencia del Poder Electoral, por tanto, no era más que un simple saludo a la bandera.

En *sexto lugar*, la Sala Constitucional, al reconocer el derecho de los ciudadanos a solicitar referendos consultivos y revocatorios, y constatar que para la fecha no existía una legislación sobre los mismos que garantizaran su ejercicio, prescribió que “a fin que no se haga nugatorio tal derecho, y para lograr la primacía de las normas constitucionales, la Sala estima que el Consejo Nacional Electoral puede dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perderán vigencia cuando se dicten las normas respectivas por la Asamblea Nacional; a objeto de garantizar el carácter normativo de la Constitución”. Es decir, la Sala Constitucional, al constatar ahora de oficio la omisión legislativa en dictar las leyes reguladoras de ese derecho ciudadano, también de oficio se pronunciaba sobre tal omisión, “autorizando” al Consejo Nacional Electoral nada menos que para suplir al Legislador y dictar “leyes orgánicas” que son las que pueden regular los derechos políticos conforme al artículo 203 de la Constitución, agregando en su decisión que “para lograr la consulta electoral, el Consejo Nacional Electoral provisorio, deberá regular los referendos, la autenticidad de quienes los solicitan, etc., a fin de dar cumplimiento a la Disposición Transitoria Tercera citada, que es del tenor siguiente: ‘Tercera: El Consejo Nacional Electoral dentro del primer año siguiente a su instalación elaborará el Proyecto de Ley de Registro del Estado Civil de las Personas, el Proyecto de Ley de los Procesos Electorales y de Referendos, y lo presentará ante la Asamblea Nacional’”. Una cosa ciertamente era la competencia del Consejo Nacional Electoral para elaborar los proyectos de ley, y otra cosa era “regular” esas materias como lo “autorizaba” la Sala, al insistir que “La Sala estima que el Consejo Nacional Electoral puede dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perde-

rán vigencia cuando se dicten las normas respectivas por la Asamblea Nacional”.

La Sala Constitucional, transcurridos los 10 días que le había otorgado a la Asamblea Nacional para cumplir su obligación, al no haber logrado la mayoría de la Asamblea poder imponer su criterio y obtener el apoyo de las 3/4 partes de sus integrantes en el nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral, procedió a suplir la omisión de la Asamblea Nacional pero no sólo desde el punto de vista jurídico sino político, por lo que lo que no pudo lograr la mayoría de la Asamblea en su propio seno, lo lograría a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo: el control del Consejo Nacional Electoral. No en balde la propia Sala Constitucional había anunciado en su sentencia previa No. 2073 de 4 de noviembre de 2003, que dichos nombramientos “trasciende lo jurídico”.

El la sentencia No. 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermann Escarrá y otros*), la Sala Constitucional, en efecto, para adoptar las decisiones respecto de la omisión constatada, señaló lo siguiente:

En *primer lugar*, reiteró el criterio de que como se trataba de un nombramiento provisional no previsto en la Ley Orgánica del Poder Electoral, pero, producto de la omisión del nombramiento de los rectores electorales, la Sala, “en lo posible, aplicará la Ley Orgánica del Poder Electoral con las variables necesarias derivadas de la naturaleza de las medidas provisorias”. Es decir, la Sala reiteraba que se desvinculaba de los términos de la Ley Orgánica, la cual aplicaría sólo “en lo posible”. Por ello precisó que “en las designaciones, la Sala nombrará rectores principales o suplentes a las personas que postuló la sociedad civil, el Poder Ciudadano y las Universidades Nacionales que podían hacerlo; ello sin menoscabo de su poder para la elección de personas fuera de los que fueron candidateados”. En tal sentido la Sala nombró a los miembros del Consejo Nacional Electoral y a sus suplentes “de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Electoral”.

En *segundo lugar*, la Sala declaró que garantizaría “al Poder Electoral que ella nombre en forma provisoria, la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos”; pero en la propia sentencia procedió “con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados”, a designarlos estableciendo “su composición, así como la del Consejo de Participación Política, el cual de manera provisoria y ante el vacío constitucional, funcionará como un ente consultivo del Poder Electoral. Para este último

nombramiento, la Sala tomó en cuenta las consultas que se hicieron a los partidos políticos representados en la Asamblea Nacional y que se llevaron a cabo en el Tribunal”. En esta forma, en la sentencia, la Sala Constitucional procedió a limitar la autonomía del Cuerpo que nombraba, designando ella misma quién sería su Presidente y su Vicepresidente, violando lo establecido en el artículo 296 de la Constitución que expresamente establece que: “Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente o Presidenta, de conformidad con la Ley”. La Sala Constitucional, además, volvió a secuestrar y violar la autonomía del Poder Electoral al cercenarle al Consejo Nacional Electoral su potestad conforme a la Ley Orgánica del Poder Electoral, para designar a los titulares de los órganos del Poder Electoral; designando en la propia sentencia al Secretario y al Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral; a los integrantes de los órganos subordinados (Junta Nacional Electoral; Comisión de Registro Civil y Electoral; Comisión de Participación Política y Financiamiento), integrándolos con miembros principales y suplentes del organismo, en la forma como la propia Sala lo determinó; y a los miembros de un Consejo de Participación Política.

En *tercer lugar*, la Sala reiteró el criterio de que “podrá desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral”. El Consejo Nacional Electoral debía “elaborar los proyectos de leyes que le corresponden con exclusividad conforme a las Disposición Transitoria Tercera de la citada Ley, y presentarlas ante la Asamblea Nacional” así como dictar “la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y los referendos, en desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Electoral, en particular la que regula las peticiones sobre los procesos electorales y referendos, así como las condiciones para ellos, la autenticidad de los peticionarios, la propaganda electoral, etc, así como resolver las dudas y vacíos que susciten las leyes electorales”.

Los miembros del Consejo Nacional Electoral y todo los otros funcionarios nombrados por la Sala Constitucional, fueron juramentados por ella el día 27 de agosto de 2003; y a partir de entonces, ese Consejo Nacional Electoral secuestrado por la Sala Constitucional, comenzó a confiscarle a los ciudadanos el derecho a la participación política.

## II. El derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio de mandatos y su confiscación

### 1. Las provisiones constitucionales sobre el referendo revocatorio

El artículo 62 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; y el artículo 70 de la Constitución define como “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros”.

Sobre estos mecanismos de participación, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 170 de 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Layalina*) señaló que:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela plantea un nuevo marco conceptual y teleológico en materia de participación política del ciudadano en los asuntos públicos. Es así que, los artículos 5 y 6 de la Carta Fundamental, consagran un nuevo modelo de democracia participativa, evolucionando de la clásica concepción de la democracia representativa, limitada al ejercicio de la soberanía popular únicamente por medio de la elección periódica de representantes. Por el contrario, la novel Carta Magna establece que la soberanía se ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y en las leyes, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. En consonancia con tales principios, el texto constitucional dedica una serie de normas a la consagración y regulación de las pautas fundamentales de novedosos mecanismos en el ordenamiento jurídico venezolano que permiten la participación política del soberano en los asuntos que le conciernen, mecanismos que enumera el artículo 70 de la Constitución, entre los cuales se encuentra el referendo, en sus distintas modalidades: revocatorio, abrogatorio, consultivo y aprobatorio. De igual manera, se prevé la participación soberana en el ejercicio de los mecanismos de enmienda y reforma constitucional, así como en la iniciativa de convocatoria en la Asamblea Nacional Constituyente.

De tal manera que, a la luz de tal regulación, y de los principios constitucionales de participación ciudadana protagónica en los asuntos de interés público, es evidente que la figura del referendo, u otras modalidades de consultas populares, que en el ordenamiento jurídico preconstitucional

constituía prácticamente un mecanismo excepcional de participación ciudadana, el cual se encontraba regulado (si se quiere de una manera tímida) en diversas materias (electoral, municipal, urbanística y de ordenación territorial, etc.) ha pasado a ser uno de los más variados que prevé la Carta Magna. Esta consideración resulta ser de importancia fundamental al momento de interpretar el ordenamiento jurídico, puesto que, en virtud del principio de supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) el intérprete jurídico, mucho más el juez, está llamado a aprehender el sentido de las normas preconstitucionales, adaptándolas a los valores, principios y reglas que pauta el nuevo Texto Fundamental, que resulta ser la guía orientadora en toda labor hermenéutica progresiva y ajustada a los nuevos valores de nuestro ordenamiento<sup>16</sup>.

En coincidencia con el artículo 70 de la Constitución, que identifica como uno de los medios de participación en lo político, “la revocación del mandato”; de acuerdo con el artículo 72, todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (Art. 6). A tal efecto, dispone dicha norma que transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido un funcionario, un número no menor del 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción en el momento de formular la solicitud, puede solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

<sup>17</sup> La materia ha sido regulada en la Resolución No. 030925-465, mediante la cual se dictan las “Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, en *G.O.*, No. 37.784 del 26 de septiembre de 2003. Estas normas, en nuestro criterio, vulneraron el derecho a la participación política consagrado en la Constitución, pues antes que facilitar su ejercicio, establecieron trabas y requisitos que afectaron su ejercicio y lo limitaron más allá de lo permitido en la Constitución. Estas limitaciones afectaron la formulación de la petición por los electores, pues sin fundamento constitucional alguno establecieron que las firmas en respaldo de la petición de los referendos sólo podía estamparse en un formulario preestablecido en papel especial diseñado por el Consejo Nacional Electoral, que las dichas firmas sólo se podían estampar en unos lugares precisos y en un plazo de sólo unos días preestablecidos, eliminándose además, el derecho de los ciudadanos que estuviesen fuera del país de poder respaldar con su firma la petición. Al contrario, la manifestación de voluntad de respaldo a una solicitud de referendo revocatorio es un derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen a la participación política, el cual no puede restringirse ni siquiera por ley, por lo que menos aún puede restringirse mediante actos reglamentarios, como el contenido en la mencionada Resolución. Así, por lo demás, lo ha afirmado la Sala Constitucional del Tribunal Su-

Ahora bien, en ausencia de una normativa legal que desarrollara la norma del artículo 72 de la Constitución, el Consejo Supremo Electoral en septiembre de 2003, con motivo de rechazar una solicitud de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República (el “Firmazo”), mediante Resolución No. 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, resumió lo que consideró era la doctrina de la Sala Constitucional<sup>18</sup> sobre los requisitos mínimos de orden formal que se requería para ejercer el derecho, los cuales a la vez pueden ser resumidos como sigue:

- a) Está sujeto a un límite de naturaleza temporal como es, sin duda, que el derecho al referendo revocatorio sólo puede ejercerse una vez que haya transcurrido la mitad del período del funcionario cuya revocación se persigue;
- b) Entre los requisitos formales de la solicitud, como formas esenciales que se deben cumplir inexorablemente, como “imprescindibles”, está la exigencia de que la petición o solicitud de revocación exprese con precisión “el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo”;
- c) Teniendo el referendo revocatorio como único origen la *iniciativa popular*; el derecho al referendo revocatorio lo tiene como titulares a los ciudadanos integrantes del cuerpo electoral, por lo que la solicitud debe ir acompañada, “de los nombres y apellidos, números de cédula de identidad y las firmas respectivas”, para que sean verificadas por el Consejo Nacional Electoral, el cual debe constatar, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, “la debida inscripción de los electores y electoral que figuran como solicitantes de la revocación del mandato en el registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos”;
- d) La solicitud debe formularse ante el Consejo Nacional Electoral;
- e) La actividad del Consejo Nacional Electoral se ciñe a verificar las reglas del artículo 72 de la Constitución, con lo cual tiene prohibido cual-

---

premo de Justicia en sentencia No. 321 de 22-02-2002, en la cual señaló que las limitaciones a los derechos constitucionales “derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas”. La condición de ciudadano y el ejercicio de los derechos políticos de los mismos, por tanto, no puede restringirse a sólo unos días; y esa condición no se pierde, en forma alguna, por encontrarse la persona fuera del país.

<sup>18</sup> Sentada en la sentencia No. 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*).

quier “margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud”; y

d) El Consejo Nacional Electoral no puede “establecer – en las normativas de carácter sub legal que dicte – nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente ...”.

#### *A. Oportunidad en la cual se puede ejercer el derecho a solicitar la revocación del mandato*

Ahora bien, de acuerdo con el mencionado artículo 72 de la Constitución, el derecho político para solicitar la revocación del mandato nace una vez que transcurra la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario. En otras palabras, la revocación del mandato de un funcionario electo sólo puede solicitarse a partir del momento en el cual cumpla la mitad del período para el cual fue electo el funcionario<sup>19</sup>. En el caso del Presidente de la República el mandato es de seis años (Art. 230); en el caso de los Diputados a la Asamblea Nacional el mandato es de cinco (5) años (Art. 192); y en el caso de los Gobernadores de Estado (Art. 160), los Diputados a los Consejos Legislativos estatales (Art. 162); los Alcaldes (174) y los miembros de los Concejos Municipales (Art. 174) el mandato es de cuatro (4) años.

---

<sup>19</sup> En el caso del Presidente de la República, al haberse juramentado el 18 de agosto de 2000 la mitad de su período fue el 18 de agosto de 2003. Era a partir de esa fecha cuando podía presentarse la solicitud de revocatoria de su mandato. La Sala Constitucional en sentencia No. 457 de 05-04-2001 (Caso: *Francisco Encinas Verde*) resolvió que: “a) el inicio del actual período del Presidente es la fecha de su toma de posesión, previa juramentación ante la Asamblea Nacional, el día 19.08.99, de acuerdo con los artículos 3 y 31 del Estatuto Electoral del Poder Público, y la duración es la de un período completo, es decir, por seis años, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 3 *eiusdem*; si se admitiera el acortamiento del actual período se violaría este artículo; b) el próximo período constitucional comienza el 10.01.07, según lo dispone el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; c) el Presidente de la República deberá continuar en el ejercicio de sus funciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, hasta el 10.01.07”. Este criterio fue ratificado en sentencia de la misma Sala No. 759 de 16-05-2001 (Caso: *Asamblea Nacional*). Este criterio fue ratificado por la Sala Constitucional en “Comunicado” de 04-02-2003 (Véase la cita en sentencia No. 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*)).

## B. *La legitimación para formular la solicitud de iniciativa popular*

La manifestación de voluntad de respaldo a la solicitud de revocación del mandato, por ejemplo, del Presidente de la República, puede formularla cualquier ciudadano venezolano siempre que ello ocurra a partir del momento en el cual se puede formular, es decir, la mitad del período constitucional; solicitud que, incluso, podría formularse desde el exterior. Sin embargo, conforme al artículo 72 de la Constitución, no puede hacerse más de una solicitud de revocación del mandato, durante el período para el cual fue elegido el funcionario.

Ahora bien, la Sala Constitucional en sentencia No. 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) ha precisado sobre esto que:

La frase “electores inscritos” tiene relación con el momento de la solicitud del referendo revocatorio, por lo que es en esa oportunidad que la mencionada Comisión de Registro Civil y Electoral verificará la “inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación del mandato”<sup>20</sup>.

A los efectos de la norma constitucional, por tanto, el derecho a formular la solicitud corresponde a todos los electores inscritos en ese momento en el cual se puede formularla solicitud, se encuentren o no en el país. Al respecto, la Sala Constitucional en sentencia No. 2432 del 29 de agosto de 2003 (caso: *Luis Eduardo Franceschi y otros*), precisó que quiénes pueden hacer la solicitud son los que estén inscritos para la fecha en la cual se puede formular, sin importar si estaban o no inscritos para el momento de la elección del funcionario cuyo mandato se pretende revocar. La Sala expresó en esa decisión que, “se entienden legitimados para la solicitud de convocatoria a referendo revocatorio los electores que estuvieron inscritos al momento del ejercicio de ese derecho electoral, es decir, al momento de su iniciativa, en la circunscripción electoral correspondiente”<sup>21</sup>.

Este criterio fue ratificado por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 2750 de 21 de octubre

---

<sup>20</sup> Criterio adoptado en la sentencia No 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*); y seguido en la sentencia No. 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*).

<sup>21</sup> Criterio ratificado en la sentencia No. 2750 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza*) de 21-10-2003.

de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza*) al considerar que el derecho de los electores inscritos en el registro electoral para el momento de la solicitud, lo tienen “cualquiera que haya sido la razón para no estar inscrito en el registro electoral en el momento de la elección o sin importar si la persona que pudo votar no lo hubiera hecho – por el motivo que fuese –”; agregando que:

En realidad no importa si se votó o no, si se estaba inscrito o no. Ha sido el pueblo del momento el que confirió el mandato y es el pueblo de ese segundo momento el que puede revocarlo. La integración del pueblo puede haber variado, aumentando o disminuyendo en número, y el registro electoral de la fecha de que se trate debe ser la única referencia<sup>22</sup>.

En todo caso, dada la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional, en las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Elección Popular de septiembre de 2003 se estableció que la iniciativa para solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio le corresponde a “un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el registro electoral para el momento de la solicitud, en la correspondiente circunscripción electoral”.

Por otra parte, debe destacarse, que el derecho ciudadano a presentar la solicitud de revocatoria del mandato de un funcionario electo, corresponde a los ciudadanos inscritos en el registro electoral para el momento en que se pueda formular, y tal derecho, por su puesto, como la ciudadanía misma, no se pierde por el hecho de que el ciudadano se encuentre en el exterior, es decir, no se encuentre físicamente en el territorio nacional. Es decir, al igual que el derecho de voto se puede ejercer en el exterior, la firma para la solicitud de la revocatoria del mandato de un funcionario también se puede formular en el exterior.

### C. *Los requisitos de la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio*

Como la legitimación para presentar la solicitud corresponde a los electores inscritos en el registro electoral para el momento de presentarla, los requisitos de la solicitud, como lo ha establecido la Sala

---

<sup>22</sup> En sentido coincidente las sentencias de la Sala Constitucional No. 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) y de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*).

Constitucional en la sentencia No. 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila Barrios*), son que la misma “debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral”<sup>23</sup>.

Por tanto, la solicitud debe indicar el nombre y apellido, la cédula de identidad y la firma del elector solicitante, así como la manifestación de voluntad dirigida al Consejo Nacional Electoral de solicitud de convocatoria de un referendo de revocación del mandato del funcionario respectivo, el cual debe también ser identificado, indicando el cargo que ocupa y la fecha de inicio de su mandato. Así también lo estableció la Sala Constitucional en la citada sentencia No.1139 de 5 de junio de 2002, en el sentido de que resulta imprescindible “que la solicitud de revocación del mandato exprese con claridad el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo”... “tal solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral”... “la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio que reúna las condiciones anteriores, se formula ante el Consejo Nacional Electoral”.

#### D. *La oportunidad para formular la solicitud*

La solicitud de referendo revocatorio conforme a la Constitución sólo puede formularse una vez transcurrida la mitad del período para el cual fue electo el funcionario cuyo mandato se requiere revocar; límite temporal que conforme lo indicó la Sala Constitucional en sentencia No. 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*), se justifica porque “representa un plazo prudencial que permite a los electores tener una visión del desempeño del representante”<sup>24</sup>.

La recolección de firmas que respaldan la solicitud, por tanto, debe

---

<sup>23</sup> Criterio ratificado por sentencias de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*); No. 2432 de 29-08-2003 (Caso: *Luis Eduardo Franseschi y otros*).

<sup>24</sup> Sentencia No. 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*).

hacerse a partir del momento en que se puede formular la solicitud, es decir, después de transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, y por supuesto, antes de que tal solicitud se presente, no autorizando la Constitución el establecimiento de un lapso único de tiempo durante el cual se puedan recoger las firmas. Tal como lo resolvió la Sala Constitucional en su sentencia No. 137 de 13 de febrero de 2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*) al señalar que “establecer un requisito temporal para la recolección de las mencionadas firmas conllevaría menoscabar dicho principio fundamental” (reserva legal)<sup>25</sup>.

Por otra parte, una vez consignada la solicitud popular de revocatoria del mandato de un funcionario, el Consejo Nacional Electoral lo que debe verificar es que los solicitantes, identificados con su nombre y apellido, cédula de identidad y firma, estén inscritos en el Registro Electoral<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> En nuestro criterio, por tanto, conforme a esa doctrina de la Sala Constitucional, la exigencia establecida en las “Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular” dictadas por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución No. 030925-465 de 25-09-2003 (G.O., No. 37.784 de fecha 26-09-2003), en el sentido de que las firmas de respaldo a una solicitud de referendo revocatorio sólo pueden plasmarse o recogerse durante unos días precisos sería contraria a la Constitución.

<sup>26</sup> Así lo resolvió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su sentencia de 29-08-2003 (Caso: *Luis Franceschi y otros*). Para ello, la solicitud, como se dijo, debe indicar el nombre y apellido del funcionario cuyo mandato se quiere revocar, el cargo que desempeña y la fecha de toma de posesión; y el nombre y apellido, cédula de identidad y firma del peticionario de la revocación; y nada autoriza para que, además, se exija la huella digital de los solicitantes, como se estableció en la mencionadas “Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular Normas”. Además, nada autoriza para que se pueda exigir que todos los datos antes indicados (nombre, apellido y número de cédula de identidad), con excepción de la firma por supuesto, tengan que ser manuscritos única y exclusivamente por los propios solicitantes, con su puño y letra, como lo anunció el Consejo Nacional Electoral el los días 28 y 29 de febrero de 2004 y lo decidió el día 3 de marzo de 2004 (Resolución No. 040302-131 de 02-03-2004), al objetar 876.017 solicitudes para el referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República de 3.086.013 de solicitudes que admitía habían sido efectivamente firmadas entre el 28 de noviembre y el 1° de diciembre de 2003, con el argumento, precisamente, de que los referidos datos (nombre, apellido y número de la cédula) habían sido estampados por la persona que gestionaba la firma en presencia del observador del Consejo Nacional Electoral y no de puño y letra del firmante. Véase *El Universal*, Caracas, 3 de marzo de 2004, p. A-1.

### E. Quórum para la revocación

Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 72 de la Constitución*):

En el referido artículo 72 del Texto Fundamental se prevé que al menos el: a) 20% de electores inscritos en la circunscripción de que se trate solicite la convocatoria a referendo; b) que al menos participe en el referendo un 25% de los electores inscritos para que pueda ser válido.

Se establecen, así, un porcentaje mínimo para solicitar el referendo y uno para que pueda tomarse en cuenta el resultado del mismo, con lo que aunque hubiera sido convocado correctamente, no tendrá valor alguno si existe escasa participación. Esto último, sin duda, es una forma de evitar que pueda ser revocado el mandato de un funcionario electo con base en el resultado de un referendo con alta abstención.

El artículo 72 también dispone que sólo se revocará el mandato del funcionario si votan a favor de ello al menos una cantidad de personas igual al número de quienes lo eligieron en su momento, como una manera de impedir que funcionarios que alcanzaron su puesto con altos porcentajes de apoyo popular puedan perderlo por simple mayoría.

En consecuencia, a los efectos de que se produzca la revocatoria del mandato, se requiere, en *primer lugar*, que se produzca un quórum de asistencia consistente en que concurren al referendo un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Sobre esto, la Sala Constitucional en sentencia No. 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) ha interpretado:

Que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente –por lo menos–, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios”<sup>27</sup>.

En *segundo lugar*, se requiere que voten a favor de tal revocatoria un número de electores inscritos en el Registro Electoral para el mo-

---

<sup>27</sup> Criterio adoptado en la sentencia No. 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*); y seguido en la sentencia No. 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*).

mento de la celebración del referendo, igual o mayor de los que eligieron al funcionario<sup>28</sup>. Sobre ello ha precisado la Sala Constitucional en la misma sentencia No. 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*) que:

La revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempeñado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Siendo así las cosas, considera la Sala que el requerimiento del constituyente de 1999, cuando estableció en el segundo aparte del artículo 72, determinadas condiciones cuantitativas para que se considere revocado el mandato del funcionario electo, tiene como propósito demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio ejecutado, de manera que no haya duda sobre la pérdida tan grave de popularidad del funcionario que deviene en ilegítimo, y la desaprobación de su gestión, por lo que resulta lógico que se exija que su revocación se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejercía, siempre que un quórum mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobar la gestión del mandatario cuestionado.

Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente – por lo menos –, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno.

Nada indica la Constitución para el caso de que si bien voten a favor de la revocación un número de electores superior al número de votos que obtuvo el funcionario cuando fue electo, sin embargo, en la

---

<sup>28</sup> En el caso del Presidente de la República Hugo Chávez Frías, éste fue electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos.

votación se pronuncien por su permanencia un número mayor de votos<sup>29</sup>.

#### F. Efectos de la revocatoria del mandato

En cuanto la revocación del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional, la Constitución es explícita al señalar expresamente que el diputado revocado “no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período” (Art. 198). Nada indica la Constitución sobre los efectos de la revocación del mandato en el caso del Presidente de la República y de los otros funcionarios electos. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a la posibilidad de que un Presidente revocado pueda ser candidato en la elección que pueda hacerse como consecuencia de la revocatoria, dado el silencio de la Constitución, estableció en su sentencia No. 2404 de 28 de agosto de 2003 (Caso: *Exssel Alí Betancourt Orozco, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), que en la elección del nuevo Presidente:

Evidentemente no podría participar dicho funcionario (revocado), pues cualquier falta absoluta del Presidente implica la separación del cargo y la consecuente sustitución del mismo. Lo contrario supondría una amenaza de fraude a la soberanía popular<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> En las referidas *Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral en 25-09-2003 se estableció que se considerará revocado el mandato “si el número de votos a favor de la revocatoria es igual o superior al número de los electores que eligieron al funcionario, y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria” (Art. 60). Este criterio luego sería avalado por la Sala Constitucional en la sentencia No. 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), en la cual señaló que “Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato”.

<sup>30</sup> La sentencia fue publicada en los medios de comunicación, pero no en la página web del Tribunal Supremo. La Sala Constitucional, en una inusual “Aclaratoria”, emitida de oficio en fecha 01-09-2003, desconoció lo expresado en el fallo, considerando el tema como no decidido. La “Aclaratoria”, sin embargo, también fue eliminada de la página web del Tribunal Supremo, y la única referencia relativa al asunto está en un “Auto” de la Sala Constitucional del mismo día 01-09-2003 ordenando abrir

Ahora bien, en caso de que se produzca la revocatoria del mandato de un funcionario electo, debe procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley. Si se trata de un Diputado a la Asamblea Nacional, debería realizarse una nueva elección, pero la Sala Constitucional ha determinado que lo sustituye su suplente por el resto del período<sup>31</sup>.

En relación con el Presidente de la República, la forma de proceder para cubrir la falta absoluta que se produciría con la revocación del mandato, conforme al artículo 233, varía según que ésta ocurra durante los primeros cuatro años de los seis de su mandato o durante los dos últimos: en el primer caso, debe procederse a una nueva elección presidencial para que quien resulte electo complete el período constitucional; y en el segundo caso, el Vicepresidente Ejecutivo es quien debe asumir la Presidencia hasta completar dicho período.

## **2. La confiscación del derecho a la participación política mediante la solicitud de referendo revocatorio**

Como se ha dicho, en el caso del Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 72 de la Constitución, los electores podían solicitar la convocatoria de la celebración de un referendo revocatorio de su mandatos, una vez transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido. Como se ha dicho, la Sala Constitucional ya había establecido desde 2001 que habiendo sido electo el Presidente de la República el 19 de agosto de 2000, la mitad del período constitucional se cumplía el 18 de agosto de 2003<sup>32</sup>, pudiendo por tanto, a partir del 19 de agosto de 2003, presentarse la solicitud de revocatoria de su mandato; solicitud que siempre es de iniciativa popular.

---

una averiguación para establecer responsabilidades sobre el contenido de la sentencia que supuestamente no se correspondía con el texto del fallo aprobado por los Magistrados. Todo este incidente fue calificado, con razón, como una polémica “con características escandalosas”. Véase Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 04-01-2004, p. A-2

<sup>31</sup> Sentencia de 05-06-2003 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila*).

<sup>32</sup> Sentencias de la Sala Constitucional No. 457 de 05-04-2001 (Caso: *Francisco Encinas Verde*); y No. 759 de 16-05-2001 (Caso: *Asamblea Nacional*).

### A. La discusión sobre el momento para recolectar las firmas: el Firmazo

La Constitución, como lo dijo la Sala Constitucional, “nada menciona respecto del momento en el cual puede iniciarse la recolección de firmas al objeto de solicitar la realización del referendo revocatorio”<sup>33</sup>, pero es evidente que si el derecho para presentar la solicitud nace una vez transcurrida la mitad del período constitucional, entonces las firmas, que son la expresión concreta de la manifestación de voluntad, deben recogerse con posterioridad a esa fecha.

En todo caso, el tema es de reserva legal, en el sentido de que el legislador es quien puede regular la materia. La Sala Constitucional, en todo caso, así lo reconoció en la sentencia No. 137 de fecha 13 de febrero de 2003 (caso: *Freddy Lepage y otros*), pero agregando lo que era obvio, es decir, que “las firmas deben preceder a una solicitud”. La Sala en efecto, dijo “que el artículo 72 se limitaba a señalar la oportunidad a partir de la cual podía efectuarse la solicitud de referendo revocatorio ante el Consejo Nacional Electoral, esto es, una vez transcurrida la mitad del período, pero “nada señala respecto de la oportunidad para recolectar las firmas, las cuales, lógicamente deben preceder a la solicitud, sólo podrían recolectarse en el término establecido en dicho precepto constitucional.” En todo caso, señaló también la Sala “establecer un requisito temporal para la recolección de las mencionadas firmas conllevaría menoscabar dicho principio de técnica fundamental”.

La expresión de esta sentencia en el sentido de que las firmas “lógicamente deben preceder a la solicitud”, condujo a que se llegase a interpretar que ese proceso podía ejecutarse aún antes de transcurrida la mitad del período del mandato del Presidente Chávez, para presentar la solicitud posteriormente, una vez transcurrido ese lapso.

En tal sentido, la oposición al Presidente de la República convocó a un proceso de recolección de firmas para respaldar una declaración sobre la revocación del mandato del Presidente<sup>34</sup>, denominado el “Fir-

---

<sup>33</sup> Sentencia No. 137 de fecha 13 de febrero de 2003 (caso: *Freddy Lepage y otros*).

<sup>34</sup> El texto del encabezamiento de las planillas rezaba así: “INICIATIVA DE CONVOCATORIA A UN REFERENDO REVOCATORIO DEL MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA”. Nosotros, los firmantes de esta Planilla, inscritos en el registro Electoral, tomamos la iniciativa de convocar a un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la república, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Constitución. A tal

mazo”, el cual se realizó el 2 de febrero de 2003, es decir, más de seis meses antes de que hubiera transcurrido la mitad del período constitucional del Presidente<sup>35</sup>. Las firmas fueron presentadas ante el Consejo Nacional Electoral el día 20 de agosto de 2003 por un grupo de partidos políticos y organizaciones con fines políticos, pero la presentación estuvo signada por la discusión sobre la oportunidad para recoger las firmas en respaldo de la solicitud de referendo y la forma cómo debió haberse formulado la petición, solicitud pregunta.

La discusión y la interpretación que se había hecho de la frase antes mencionada de que las firmas lógicamente debían preceder a la solicitud contenida en la sentencia de la Sala Constitucional No. 137 de fecha 13 de febrero de 2003 (caso: *Freddy Lepage y otros*), había llegado al mismo Tribunal Supremo, por lo que la Sala Constitucional una semana antes de la consignación de las firmas ante el Consejo Nacional Electoral, se vio en la necesidad de publicar una “nota de prensa”, el 14 de agosto de 2003, en la cual informaba que la Sala no se había pronunciado sobre el tema de la oportunidad para la recolección de las firmas, ni tampoco sobre “lo relacionado con la validez de dichas firmas, todo lo cual es competencia del Consejo Nacional Electoral, según las normas que rigen su funcionamiento”.

En respuesta a la documentación y firmas sobre la revocatoria del mandato del Presidente de la República, que se habían consignado ante el Consejo Nacional Electoral el 20 de agosto de 2003, dicho organismo, mediante Resolución No. 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, después de constatar la incertidumbre que originaba la ausencia de regulación legal sobre la materia<sup>36</sup>, declaró inadmisibles

---

efecto, sugerimos la siguiente pregunta: ¿De conformidad con lo previsto en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está usted de acuerdo con revocar el mandato al Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías?

<sup>35</sup> En esa oportunidad se informó que se habían recogido en respaldo de la solicitud, 3.236.320 firmas de electores inscritos en el registro electoral

<sup>36</sup> El Consejo expuso en la Resolución lo siguiente: “estos medios de participación política como derechos constitucionales que son, pueden ser ejercitados desde su sola regulación constitucional, pero la ausencia de desarrollo legislativo de los mismos hace que su ejercicio esté sujeto a un contexto de altísima incertidumbre. Por consiguiente, a los fines de completar el régimen del derecho constitucional, se harán necesarias la intervención del legislador por vía general o bien la intervención pretoriana del juez, caso por caso, como fuentes de desarrollo y complementación del derecho tal y como aparece regulado en la Constitución”.

la solicitud presentada al considerar, entre otros aspectos<sup>37</sup>, que las firmas que respaldaban las solicitudes “fueron suscritas de manera extemporánea por anticipada, esto es, antes de que naciera la titularidad del derecho del referendo revocatorio”. El Consejo Nacional Electoral señaló, en efecto, que:

no es un ejercicio legítimo del derecho previsto en el artículo 72 de la Constitución solicitar el referendo revocatorio de un funcionario electivo mediante peticiones que sean anteriores al momento en que nace o se origina el derecho. Así como no se puede cursar solicitud ante el Poder Electoral antes de que se cumpla el momento constitucional fijado, en el cual se consolida la titularidad del derecho y puede ejercer el derecho de solicitarlo; de esa misma manera no pueden recabarse las firmas para acompañar una solicitud para cuyo objeto el firmante no tiene derecho todavía.

Ello se regula ahora en forma expresa, en las Normas de Referendos Revocatorios que habían sido dictadas por el Consejo Nacional Electoral, estableciéndose que la recolección de firmas para la solicitud de los referendos revocatorios, sólo puede tener lugar una vez que haya transcurrido la mitad del período del funcionario electo.

*B. La confiscación del derecho de petición para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio por el Consejo Nacional Electoral*

Como antes se ha dicho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hemann Escarrá y otros*) designó por la inconstitucional

---

<sup>37</sup> La Resolución expresó sobre la forma de la solicitud, lo siguiente: “En estricto sentido, pues, el texto firmado por quienes participaron el “Firmazo” no es expresión de una solicitud o petición dirigida a este Organismo Electoral del que se prescinde totalmente y, de otro lado, se omiten datos formales, estimados por la Sala Constitucional como formas esenciales que las solicitudes deben cumplir inexorablemente, tales como la indicación de la “fecha de toma de posesión efectiva “ del cargo del funcionario cuestionado y la mención del Poder Electoral como destinatario de la solicitud”. Por ello, el Consejo Nacional Electoral la declaró “inadmisible...porque las planillas cuyas firmas respaldarían la solicitud de los presentantes no contienen una manifestación de voluntad que llene los requisitos del artículo 72 de la Constitución, según la jurisprudencia citada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y, en todo caso, tales planillas no contienen una solicitud o petición dirigida a este Poder Electoral”.

omisión legislativa en hacerlo, a los miembros del Consejo Nacional Electoral, quienes fueron juramentados el 27 de agosto de 2003. Al mes de esta decisión, el nuevo el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No. 030925-465 de 25 de septiembre de 2003, dictó las “Normas para regular los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”<sup>38</sup>. Con estas normas puede decirse que el Poder Electoral, cuya autonomía había sido secuestrada por los Poderes del estado, a su vez inició la confiscación del derecho ciudadano a la participación política mediante la iniciativa popular de solicitud de convocatoria de referendos revocatorios, al encasillar de tal manera el ejercicio del derecho, que lo ha hecho de casi imposible ejercicio, en contradicción incluso con las declaraciones iniciales de la misma Resolución (Art.3) en el sentido de las mismas supuestamente tenían como propósito:

1. Garantizar el derecho del elector a solicitar la convocatoria de referendo revocatorio de mandato de los funcionarios electos popularmente.
2. Garantizar que los procesos de referendos revocatorios de mandatos se realicen en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.
3. Garantizar la imparcialidad, transparencia, celeridad, confiabilidad y oportunidad de los actos relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos.
4. Garantizar el respeto a la voluntad del elector, así como los derechos del funcionario público electo popularmente a quien se le pretende revocar su mandato.
5. Garantizar el respeto de la voluntad de los electores expresada a través del ejercicio del voto.

Al contrario, con las normas dictadas, no se ha garantizado el derecho del elector a solicitar la convocatoria de referendos revocatorios; no se ha garantizado que estos se realicen en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna; ni se ha garantizar la imparcialidad, transparencia, celeridad, confiabilidad y oportunidad de los actos relativos a los procesos de referendos revocatorios.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en la citada sentencia No. 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*), había establecido el criterio de que el referendo revocatorio “se encuentra sometido a las reglas previstas en el artículo

---

<sup>38</sup> La Resolución fue modificada en cuanto al artículo 24 mediante Resolución No. 031030-717 de 30-10-2003.

72 de la Constitución, sin que deje ningún margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud formulada, *ni a establecer – en las normativas de carácter sub legal que dicte –, nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente*”. El Consejo Nacional Electoral en las normas antes citadas, que son de carácter sublegal, precisamente estableció nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato no contempladas en el marco constitucional vigente. Estimamos que no es posible que se pueda sostener que estas normas puedan tener carácter y rango de Ley, y menos de ley orgánica que son las únicas que pueden regular los derechos constitucionales, especialmente los derechos políticos (Art. 203).

En todo caso, los requisitos y formalidades establecidos en las citadas normas para ejercer el derecho ciudadano de peticionar o solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio son de tal naturaleza, que casi se confunden con el derecho mismo de revocar el mandato del funcionario electo.

a. *El control estatal del derecho ciudadano de peticionar*

Ante todo, el Consejo Nacional Electoral mediante las Normas, ha asumido el control total del derecho de petición a los efectos de solicitar la convocatoria de un referendo revocatorio, el cual sólo puede ejercerse en la forma y con las formalidades fijadas por la autoridad electoral y bajo su estricta supervisión mediante observadores del Consejo Nacional Electoral. Se trata de una limitación al derecho de petición que la propia Constitución garantiza en forma general, no admitida en su texto (Art. 51).

b. *La participación de inicio del procedimiento y la admisión oficial del mismo*

Las Normas convirtieron el simple derecho de peticionar, el cual puede ejercerse en cualquier tiempo y lugar después de que se cumpla la mitad del período del funcionario cuyo mandato se quiere revocar, en todo un complejo procedimiento, que se tiene que iniciar necesariamente con una participación por escrito a la autoridad electoral

por parte de las organizaciones con fines políticos o las agrupaciones de ciudadanos debidamente inscritas, sobre “el inicio del procedimiento de convocatoria de referendo revocatorio del mandato”. (Art. 17).

El escrito de participación del inicio del procedimiento conforme al artículo 16 de las Normas debe contener:

1. Nombre, apellido y cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como indicación de la fecha de la toma de posesión efectiva del mismo.
2. Nombre, apellido, cédula de identidad, fecha de nacimiento, nombre de la entidad o de la circunscripción electoral, domicilio y firma o, en su defecto, huella dactilar de los ciudadanos presentantes de la participación.
3. Objeto de la participación.
4. El número de lugares y su distribución por cada entidad federal en los cuales se recolectarán las firmas como respaldo de la solicitud de referendo.

Con este último requisito se estableció una limitación intolerable al derecho de petición, el cual en estos casos se debería poder ejercer en cualquier parte y forma siempre que sea después de que se cumpla la mitad del período del funcionario sujeto a revocación y obviamente, antes de que se presente la solicitud, y siempre que conste la manifestación de voluntad con la firma de la persona. Se trata de un derecho ciudadano que incluso puede ejercer el elector encontrándose fuera del país. Incluso la manifestación de voluntad podría manifestarse individualmente por los ciudadanos en forma auténtica ante Notario, en el país y en los Consulados en el exterior. Pero no; las Normas desde que se inicia el procedimiento prescriben que los que deben participar dicho inicio, tienen que indicar los lugares donde se recolectarán las firmas, es decir, donde los ciudadanos tienen que acudir para manifestar se derecho de peticionar. Un ciudadano residenciado en el exterior, por tanto, no podría ejercer su derecho de petición para solicitar la convocatoria de un referendo para la revocación del mandato de un funcionario, pero contradictoriamente si podría votar en el referendo respectivo conforme lo indica el artículo 51 de las Normas.

En todo caso, la participación de apertura del procedimiento debe ser revisada por un funcionario receptor, quién debe constatar inmediatamente que cumple con los requisitos antes indicados; debiendo observar si faltare cualquiera de los requisitos exigidos, a fin de que sean subsanar las omisiones (Art. 17). Solo cuando la participación

cumpla con los requisitos exigidos, el funcionario receptor debe entregar un recibo a los presentantes (Art. 18).

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos anteriores, entonces las Normas exigen que, el Consejo Nacional Electoral en el plazo de dos días continuos siguientes dicté una Resolución de admisión del inicio del procedimiento (Art. 19). El único supuesto en el cual las Normas prevén la posibilidad de negar la admisión del inicio del procedimiento, a fin de garantizar el ejercicio del derecho y de impedir fraude a la Constitución y la ley, es cuando las participaciones formuladas se presenten por organizaciones de ciudadanos que ostenten una manifiesta identificación o apoyo con el funcionario susceptible de revocación (Art. 19).

### c. *El apoderamiento estatal del proceso de recolección de firmas*

Como se dijo, la firma de una solicitud o petición, cualquiera que sea su contenido, es un derecho ciudadano, de ejercicio personal. Ello sin embargo, en el caso de las peticiones para los referendos revocatorios, se ha convertido en un acto público a ser realizado en unos lugares predeterminados, en unas planillas preestablecidas, en unos días fijos y bajo la vigilancia del Estado. Por ello, lo primero que el Consejo Nacional Electoral debe hacer conforme a las Normas es dentro de los veinte (20) días continuos siguientes, seleccionar a los ciudadanos que desempeñarán el papel de *observadores* de la recolección de firmas (Art. 21).

Estos observadores del Consejo Nacional Electoral deben precisamente “observar” todo el proceso de recolección de firmas, y firmar las actas respectivas que deben levantarse. Las Normas disponen que “en caso de que en el día de la recolección de firmas faltaren los observadores del Consejo Nacional Electoral y sus suplentes, los agentes de recolección solicitarán el correspondiente reemplazo sin perjuicio de que el acta pueda levantarse con la firma de tres (3) testigos presentes en el acto de recolección” (Art. 24). Estos observadores del Consejo Nacional Electoral, conforme al artículo 25 de la Normas, deben “limitarán su actuación a presenciar la recolección de firmas en los lugares destinados para ello y además a suscribir y elaborar el acta... con las observaciones pertinentes, si las hubiere”.

Por otra parte, en la fase preparatoria para la recolección de las firmas, los presentantes deben señalar al Consejo Nacional Electoral la

lista de los *lugares y la fechas* en los cuales proyectan hacer la recolección de firmas, respecto de lo cual el Consejo Nacional Electoral debe “decidir lo conducente para establecer las condiciones de seguridad y logística correspondiente”. Agrega el artículo 23 que “Sin perjuicio de su recolección itinerante, el número de lugares que los presentantes aspiren establecer como sitios de recolección de firmas no podrá exceder de dos mil setecientos”.

Las firmas, por otra parte, sólo pueden recolectarse en las fechas establecidas en los centros de recolección establecidos para tal fin y en *planillas, debidamente numeradas y foliadas*, en las cuales sólo se permitirá la recolección de diez firmas (Art. 21).

Estas planillas, que constituyen la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio, conforme al artículo 22 de las Normas deben necesariamente contener:

1. Nombre, apellido y cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como indicación de la fecha de la toma de posesión efectiva del mismo.
2. Nombre, apellido, cédula de identidad, fecha de nacimiento, nombre de la entidad o de la circunscripción electoral, firma manuscrita original y huella dactilar, de los electores solicitantes de la convocatoria de referendo revocatorio de mandato, en forma legible.

Es inconcebible, por supuesto, que se exija estampar una huella dactilar para una petición ciudadana, lo que contraría las normas legales en materia de identificación que remiten a la Cédula de Identidad, y la posibilidad legal misma de hacerse representar el los procedimientos administrativos. La norma agrega, por otra parte, que “La solicitud de convocatoria de referendo es un acto personalísimo, por lo que no se admitirá poder de representación o autorización para firmar por otro”. Esta disposición también contraría las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de aplicación supletoria en materia de procedimientos administrativos, y las de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre representación. No se puede negar a las personas, su derecho a ser representadas en un procedimiento administrativo de petición. El Consejo Nacional Electoral en realidad, confundió ilegalmente el ejercicio del derecho de petición con el derecho al sufragio o acto de votación en si mismo, el cual sí podría considerarse como ese acto “personalísimo” que no admite la posibilidad de que se pueda ejercer a través de apoderados o representantes.

Por otra parte, la recolección de firmas sólo debe hacerse en un *lapso de cuatro (4) días* continuos en los lugares señalados por los presentantes y con la observación del Consejo Nacional Electoral; y a cada elector que firme la planilla, se le informará sobre el número de ésta y el renglón donde ha estampado su rúbrica a fin de garantizar el ejercicio de su derecho al reparo (Art. 23).

Por último, el artículo 24 de las Normas dispone que al cierre de cada día de recolección de firmas, se levantará *acta original* y tres copias, en la cual se debe dejar expresa mención del lugar y fecha en que se inició y cerró el proceso de recolección de firmas, el número de planillas y su serial, el número de firmas recogidas ese día y los datos legibles de los observadores y de los agentes de recolección de los presentantes”; y en cuanto a la recolección de firmas para los agentes de recolección de firmas itinerantes el horario se estableció “de seis de la mañana a seis de la tarde, debiendo entregar las planillas el mismo día en un lapso que no exceda de las seis y treinta de la tarde”.

Las Normas imponen a los observadores y a los agentes de recolección de los presentantes la *obligación de firmar* el acta original y las copias, las cuales una vez firmadas, el original debe ser remitido al Consejo Nacional Electoral; y las copias se distribuirán así: una debe quedar en poder del agente de recolección; y la segunda y la tercera deben entregarse a cada uno de los observadores (Art.24). Estas actas, conforme al artículo 26 de las Normas, deben ser distribuidas por los observadores del Consejo Nacional Electoral de la siguiente forma:

1. Al cierre de cada día de recolección de firmas, las actas originales correspondientes a los lugares ubicados en el Distrito Metropolitano de Caracas, serán entregadas por los observadores en la Dirección de Correspondencia de la sede principal del Consejo Nacional Electoral.
2. Al cierre de cada día de recolección de firmas, las actas originales correspondientes a los lugares de recolección ubicados en los municipios cercanos a las capitales de los estados, serán entregadas por los observadores en las Oficinas Regionales Electorales de la entidad respectiva, con acuse de recibo.
3. En aquellos casos en los cuales los lugares de recolección estén ubicados en municipios lejanos de las capitales de los estados, los observadores se trasladarán al cierre del último día de recolección a la Oficina Regional Electoral de la entidad respectiva y entregarán las actas con acuse de recibo.

En definitiva, es imposible concebir mayor control estatal para el ejercicio de un derecho de petición.

Además, para asegurar aún más la autenticidad del procedimiento, las Normas establecen que “sin excepción las planillas de recolección de firmas quedarán en posesión y bajo la custodia de los agentes de recolección, los cuales quedarán obligados a consignar al Consejo Nacional Electoral las planillas en blanco que no hayan sido utilizadas”.

d. *La verificación de los requisitos y el rechazo de firmas*

Las organizaciones con fines políticos o las agrupaciones de ciudadanos que promovieron la iniciativa, deben consignar las planillas firmadas ante el Consejo Nacional Electoral, el cual debe entonces proceder “a efectuar la verificación de los requisitos previstos en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (Art. 27). Por tanto, sólo los requisitos establecidos en dicha norma constitucional deben ser los que han de verificarse, y ellos sólo son, básicamente, la inscripción de los electores firmantes en el registro electoral.

A tal efecto, el artículo 28 de las Normas dispone que en un plazo no mayor de treinta días continuos contados a partir de la presentación de las planillas, el Consejo Nacional Electoral debe proceder a la verificación de los datos de los electores contenidos en la solicitud de convocatoria, de acuerdo al siguiente procedimiento:

1. Se transcribirán los datos correspondientes a la cédula de identidad, nombres, apellidos y fecha de nacimiento de los solicitantes de la convocatoria.
2. Los datos de los solicitantes serán confrontados con los datos del Registro Electoral, a los fines de establecer su condición de elector en la circunscripción correspondiente.
3. Del proceso de validación se discriminará entre cantidad y porcentaje de solicitantes validados, aceptados y rechazados.
4. Una vez realizada la transcripción, se procederá a verificar si las firmas y datos que contienen las planillas son fidedignos de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 29 de las presentes normas. La revisión abarcará la totalidad del número de planillas presentadas al Consejo Nacional Electoral.

De acuerdo con el artículo 29 de las Normas, las firmas o solicitudes *no se considerarán fidedignas y en consecuencia se estimarán como solicitudes inválidas*, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Si existe incongruencia entre el nombre, apellido, fecha de nacimiento y cédula de identidad del firmante.
2. Si el firmante no está inscrito en la circunscripción electoral correspondiente al referendo de que se trate.
3. Si la firma no es manuscrita.
4. Si la firma es producto de fotocopias o cualquier otro medio de reproducción.
5. Si se determina que más de una firma proviene de la misma persona.

Debe observarse, que conforme a esta norma, no se considerarán fidedignas y en consecuencia se estimarán como solicitudes inválidas cuando las firmas no sean manuscritas por el solicitante. Nada se indica en las Normas respecto de que los datos de identificación (nombre y apellido y número de cédula) deban ser manuscritos de puño y letra de los solicitantes, por lo que si éstos se estamparon por otra persona no puede considerarse la firma como no fidedigna e inválida.

Ahora bien, con fecha 20 de noviembre de 2003, el Consejo Nacional Electoral dictó la Resolución No. 031120-794, contentiva de las “Normas sobre los criterios de validación de las firmas y de las planillas de recolección de firmas para los procesos de referendo revocatorio de mandatos de cargos de elección popular”, en la cual se fijaron los siguientes criterios:

a) A los fines de la verificación de las firmas, sólo se considerarán fidedignas aquellas rúbricas que se encuentren recogidas en las Planillas para la Recolección de Firmas debidamente numeradas y seriadas expedidas por el Consejo Nacional Electoral (Art.1).

b) Conforme al artículo 3 de las Normas sobre los criterios, se estableció que *una firma no se considerará válida* en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando no contenga por lo menos uno de los nombres y uno de los apellidos; no contenga el número de cédula de identidad y de la fecha de nacimiento o si los datos antes indicados son ilegibles.
2. Cuando carezca de la firma o de la huella dactilar del elector.
3. Cuando el renglón en el cual está estampada la firma y la huella dactilar presenta tachaduras o enmendaduras o la huella haya sido estampada indebidamente, según criterios técnicos.
4. Cuando los datos y las firmas aparezcan repetidas, caso en el cual quedarán todas invalidadas.
5. Cuando las huellas hayan sido superpuestas totalmente, y no en forma tangencial o unidas por los extremos de los bordes.

c) Conforme al artículo 4 de las “Normas sobre criterios” *no se considerarán válidas las Planillas de Recolección de Firmas que adolezcan de las siguientes omisiones:*

1. Cuando la Planilla no contenga el nombre, apellido y la indicación del cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como la Entidad Federal o Circunscripción Electoral de que se trate.
2. Cuando el número de la Planilla entregada por el Observador del Consejo Nacional Electoral al Agente de Recolección no coincida con los números contenidos en la base de dato elaborada por el Consejo Nacional Electoral.
3. Cuando los datos del funcionario cuyo mandato se pretenda revocar que aparecen en la Planilla no coincidan con el destino de las Planillas que fueron entregadas para tal fin por el Observador del Consejo Nacional Electoral al Recolector de Firmas mediante la respectiva Acta de Entrega.
4. Cuando el número de la Planilla no aparece reflejado en el Acta del Cierre del mismo día en el cual fue entregada al Agente de Recolección por parte del Observador del Consejo Nacional Electoral.
5. Cuando el número de la Planilla de carácter itinerante no aparece reflejado en el Acta del Cierre del mismo día en el cual le fue entregada al Agente de Recolección por parte del Observador del Consejo Nacional Electoral.
6. Cuando la Planilla de Recolección de Firmas presente evidencias de haber sido borrada alterando los elementos de seguridad, tales como el tramado o el serial de la Planilla.
7. Cuando esté mutilada de tal manera que afecte la inteligibilidad de los datos recogidos en la misma.

Ahora bien, como consecuencia de la verificación, el órgano encargado del Poder Electoral debe elaborar un informe a los efectos de ser sometido a la consideración del Directorio del Consejo Nacional Electoral, en el cual conforme a los ordinales 5 y 6 del artículo 28 de las Normas, se debe dejar constancia de “ si el porcentaje de los solicitantes aceptados es mayor o igual al porcentaje de los electores previsto en el artículo 72 de la Constitución”; o “si efectuada la validación, la solicitud no cumpliera con el porcentaje exigido por el artículo 72 de la Constitución”. El Directorio del Consejo Nacional Electoral aprobará o rechazará el informe presentado en los dos días siguientes cumplida como sea la verificación (Art. 29).

Debe observarse que esta disposición excede la potestad que puede tener el Consejo Nacional Electoral. Este no tiene por tanto potestad discrecional alguna en la materia: si se cumplen los requisitos, el informe tiene que ser aprobado, no pudiendo ser rechazado. Ello había sido clarificado por la Sala Constitucional en su citada sentencia de fecha 5 de junio de 2002 (caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila*), al establecer que el artículo 72 de la Constitución, no deja margen alguno “de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud formulada”, agregando que:

una vez que el Consejo Nacional Electoral verifica el cumplimiento irrestricto de las condiciones mencionadas ut supra – referentes a que haya transcurrido, al menos, la mitad del período para el cual se había elegido al funcionario o funcionaria, y que un número no inferior del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción así lo pidiesen –, y por ende, declare que las mismas se encuentran satisfechas, correspondería a dicho órgano comicial convocar al referéndum revocatorio solicitado, fijando la oportunidad de su celebración, y organizando, dirigiendo y supervisando los comicios correspondientes.

El artículo 31 de las Normas dispone que el Consejo Nacional Electoral debe publicar en al menos un medio impreso de circulación nacional los resultados del proceso de validación a que se refiere el numeral 3 del artículo 28 (cantidad y porcentaje de solicitantes validados, aceptados y rechazados) mediante la mención de los números de cédula de identidad de los solicitantes del referendo. En el plazo de cinco días continuos siguientes a la publicación, “el elector firmante que fuera rechazado, podrá acudir personalmente ante el Consejo Nacional Electoral, a los fines de subsanar cualquier error material en que haya incurrido la Administración Electoral durante la verificación de sus datos. En caso contrario, quedará firme su rechazo. Asimismo, el elector que alegue que no firmó la planilla, podrá acudir al Consejo Nacional Electoral a los fines de solicitar su exclusión inmediata del cómputo de las firmas. En ambos supuestos, el Consejo Nacional Electoral publicará el formato de las comunicaciones mediante las cuales los electores harán sus solicitudes”.

C. *Las vicisitudes de la petición de convocatoria a referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, o el "Reafirmazo"*

Una vez dictadas las Normas antes reseñadas de 23 de septiembre de 2003, y a pesar de su carácter extremadamente limitante para el ejercicio del derecho de petición, organizaciones políticas de oposición formularon ante el Consejo Nacional Electoral la participación correspondiente sobre el inicio del procedimiento para la solicitud de revocatoria del mandato del Presidente de la República conocida como el Reafirmazo. El Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No.031015-529 de fecha 15 de octubre de 2003 fijó como fecha para efectuar la recolección de firmas relativas a la solicitud para la convocatoria, el día 28 de noviembre de 2003, con un plazo de cuatro días hasta el día 1° de diciembre de ese año. A tal efecto, el Consejo Nacional Electoral publicó en la prensa la información sobre los Centros de recolección de firmas<sup>39</sup>.

Después de cumplirse todas las formalidades y los muy engorrosos requisitos que conforman el procedimiento para la obtención de firmas, antes de que terminara el plazo para ello ya el Presidente de la República calificaba el proceso como un "mega fraude"<sup>40</sup>. En todo caso, las organizaciones promotoras de la solicitud, anunciaron haber consignado el 19 de diciembre de 2003 ante el Consejo Nacional Electoral un total de planillas con 3.467.050 firmas<sup>41</sup>. Aún antes de la consignación de las firmas, sin embargo, se había iniciado una polémica en el seno del Consejo Nacional Electoral sobre los criterios, no para validarlas sino para anularlas, y si ello se refería a las firmas o a las planillas<sup>42</sup>. Sólo fue en la segunda semana de enero de 2004 cuando se comenzó a realizar la verificación de las firmas, mediante un instructivo relativo a la validación de planillas y actas<sup>43</sup>. El excesivo for-

---

<sup>39</sup> Véase por ejemplo, *El Nacional*, Caracas 27-11-200, p. A-7; *El Nacional*, Caracas 30-11-200, p. A-9.

<sup>40</sup> Véase *El Nacional*, Caracas 01-12-2003, p. A-4, y en particular, las declaraciones sobre ello de Cesar Gaviria, Secretario General de la OEA. Miembros del Consejo Nacional Electoral, en respuesta, solicitaban que cualquier denuncia se presentara ante el organismo. *Idem*. Véase la declaración del Presidente del Consejo Nacional Electoral en *El Nacional*, Caracas 01-12-2003, p. A-4,

<sup>41</sup> Véase *El Nacional*, Caracas 17-12-2003, p. A-1 y A-4. Véase también *El Nacional*, Caracas 19-12-2003, p. A-2.

<sup>42</sup> Véase *El Nacional*, Caracas 13-12-2003, p. A-1; *El Nacional*, Caracas 16-12-2003, p. A-2

<sup>43</sup> Véase *El Nacional*, Caracas 09-01-2004, p. A-3; *El Nacional*, Caracas 13-01-2004, p. A-2.

malismo que comenzó a aplicarse en la revisión fue advertido por los observadores internacionales<sup>44</sup>; y el 7 de febrero de 2004 uno de los Ministros del Poder Ejecutivo ya indicaba la necesidad de invalidar muchas firmas, lo que fue protestado por miembros del Poder Electoral considerando las declaraciones como irrespeto a la autonomía de dicho Poder<sup>45</sup>.

En todo caso, en materia de validación de las firmas y planillas, para el 9 de febrero de 2004, la discusión en el propio Consejo Nacional Electoral comenzó a centrarse sobre las objeciones que se habían formulado respecto de las planillas con firmas en las cuales los nombres y apellidos de las personas firmantes y sus números de cédulas de identidad, se habían escrito en caligrafía similar por personas distinta. En las Normas que regían el procedimiento de verificación y validación nada se decía al respecto, y más bien lo único que se exigía fuera manuscrita era la firma (Art. 29,3) pero no los datos de identificación (nombre, apellido y número de cédula de identidad), respecto de los cuales no se exigía que fueran de puño y letra de los peticionantes<sup>46</sup>. Por ello, en medio de denuncias varias<sup>47</sup>, los observadores internacionales en el proceso advertían, con razón, que el Consejo Nacional Electoral en el proceso de verificación de las firmas, debía privilegiar la voluntad del firmante sobre los tecnicismos<sup>48</sup>. Ello por lo demás es lo que derivaba del principio del Estado de Justicia, que conforme al artículo 26 de la Constitución debe ser "sin formalismos".

---

<sup>44</sup> Véase las observaciones de los representantes del Centro Carter y de la OEA en *El Nacional*, Caracas 03-02-2004, p. A-1.

<sup>45</sup> Véase en *El Nacional*, Caracas 08-01-2004, p. A-2

<sup>46</sup> Solamente en unas "Normas para Regular las Actividades de los Observadores del Consejo Nacional Electoral en la Recolección de Firmas y de los Agentes de Recolección de Firmas de los Presentantes de las solicitudes de Convocatorias de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular" (Resolución No. 031030-74 de 30-10-2003) se disponía que los observadores debían "Entregar a los firmantes formato en el cual estos mismos plasmarán, con base a la información que le suministre el Agente de Recolección de Firmas, los datos de la Planilla de Recolección de Firmas en la cual han manifestado su voluntad" (Art. 4). Véase el reportaje de Alfredo Meza, *El Nacional*, Caracas 09-02-2004.

<sup>47</sup> Véase las declaraciones del Diputado Carlos Berrisbetia, denunciando que "se está gestando un fraude con la anulación de las planillas tipo planas" en *El Nacional*, Caracas 09-02-2004, p. A-2.

<sup>48</sup> Véase las declaraciones de los representantes del Centro Carter y de la OEA, en *El Nacional*, Caracas 14-02-2004, p. A-2

Pero para el 17 de febrero de 2004, ya la prensa anunciaba que de las casi 3 millones y medio de firmas entregadas respaldando la petición de convocatoria de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, sólo algo más de un millón de firmas no tenían observaciones<sup>49</sup>; y a la vez, que se había intentado ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia una acción de amparo para proteger el derecho a la participación política contra el supuesto criterio de validación sobrevenido que se anunciaba respecto de las planillas de firmas donde los datos de identificación de los firmantes se habían escrito con la misma caligrafía<sup>50</sup>. El 20 de febrero de 2004 ya el Presidente del Consejo Nacional Electoral anunciaba sobre la objeción que se habían formulado a 213.190 planillas, de las cuales 148.190 era por presentar similar caligrafía<sup>51</sup>.

Entre el 21 y 23 de febrero de 2004 se discutió en el Consejo Nacional Electoral sobre un “instructivo” mediante el cual se formalizaría el rechazo de las planillas con similar caligrafía (planillas planas) que afectaba 148.000 planillas, pero el mismo no pudo ser aprobado<sup>52</sup> hasta el día 24 de febrero de 2004<sup>53</sup> en una votación de tres a dos. Al día siguiente, el Vicepresidente de la República se apresuró a señalar que la decisión adoptada era “impecable desde el punto de vista jurídico y procedimental”, y el Ministro de la Defensa diría que la haría respetar<sup>54</sup>. Los dos miembros del Consejo Nacional Electoral que habían

---

<sup>49</sup> Véase *El Nacional*, Caracas 17-02-2004, p. A-1 y A-2.

<sup>50</sup> Véase las declaraciones Enrique Ochoa Antich, accionante del amparo, en *El Nacional*, Caracas 17-02-2004, p. A-2. Véase la información sobre el criterio de la Consultoría Jurídica del Consejo Nacional Electoral en *El Nacional*, Caracas 19-02-2004, p. A-1.

<sup>51</sup> Reconocía, además, que si bien el tema de las “planillas planas” no estaba contemplado en las Normas, se trataba de “hechos sobrevenidos que provocan duda que debe resolver el directorio”. Véase reportaje de Marianela Palacios, *El Nacional*, Caracas 20-02-2004, p. A-2.

<sup>52</sup> Véase *El Universal*, Caracas 21-02-2004, p. 1-1; *El Universal*, Caracas 22-02-2004, p. 11-1; *El Nacional*, Caracas 24-02-2004, p. 1-3.

<sup>53</sup> Según lo informó el periodista Alfredo Meza, había triunfado la propuesta “que sostenía que era una violación de la norma que los agentes que recogieron las firmas transcribieran el nombre y el número de cédula de los participantes, por lo que había que colocar en observación todas aquellas rúbricas que se derivaron de esa mecánica”. *El Nacional*, Caracas 25-02-2004, p. A-2. La “norma” sin embargo, no aparece en Resolución alguna del Poder Electoral, y sólo se adoptó *ex post facto* en un “Instructivo” el día 24-02-2004. *Idem*.

<sup>54</sup> Véase *El Nacional*, Caracas 26-02-2004, p. A-6.

salvado su voto en la decisión adoptada, destacaron la crisis institucional que se había abierto en el Cuerpo con la decisión. Uno de ellos expresó que “Aquí no se están respetando las normas establecidas. El nuevo criterio de planillas planas no estaba en las normas. Choca contra todo lo que estaba establecido. Es un grave golpe el que se ha dado al referendo revocatorio”<sup>55</sup>; la otra rectora miembro del Consejo “consideró la decisión como una abierta violación de la Constitución y de las normas del referéndum revocatorio aprobadas por el directorio. Se ha confundido el acto personalísimo que establecen las normas con la transcripción de datos. La normativa decía que sólo la firma y la huella. La manifestación de la voluntad debe respetarse”<sup>56</sup>.

En todo caso, la decisión había sido tomada y, en esa forma, se terminó de confiscar el derecho ciudadano a la participación política mediante la solicitud de convocatoria de un referendo revocatorio. El día 28 de febrero ya se leía en la prensa un aviso del Consejo Nacional Electoral donde informaba “en relación a las solicitudes del referéndum revocatorio” que “Tu firma será reconocida en los siguientes casos: A) Cuando llenaste legalmente tus datos de identidad con tu puño y letra, firmaste y colocaste tu huella dactilar”<sup>57</sup>, con lo que se formulaban normas de invalidación de firmas que no estaban en vigencia para cuando se inició el procedimiento, aplicándose las, además, retroactivamente.

El proceso confiscatorio del derecho ciudadano concluyó con la adopción de la Resolución No. 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004<sup>58</sup>, en la cual el organismo hizo “del conocimiento público que en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, Presidente de la República, la actividad de verificación de las solicitudes y firmas adelantada por este Poder Electoral”, había arrojado los siguientes “resultados preliminares”:

a) 388.108 planillas procesadas sometidas a la verificación física por el Organismo.

---

<sup>55</sup> Véase lo expresado por Ezequiel Zamora al periodista Alfredo Meza en *El Nacional*, Caracas 25-02-2004, p. A-2.

<sup>56</sup> Véase lo expresado por Sobella Mejías, en *El Nacional*, Caracas 25-02-2004, p. A-2.

<sup>57</sup> Véase en *El Nacional*, Caracas 28-02-2004, p. A-9; *El Nacional*, Caracas 29-02-2004, p. A-11.

<sup>58</sup> Véase en *El Nacional*, Caracas 03-02-2004, p. A-2.

b) 7.297 planillas vacías y/o inutilizadas en la jornada de recolección de firmas.

c) 39.060 planillas invalidadas en razón del incumplimiento de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de recolección de firmas para los proceso de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, en especial, “los numerales 2; 3; 4 y 5”.

Se entiende que los numerales citados son los del artículo 29 de las citadas Normas que establecen que las firmas o solicitudes *no se considerarán fidedignas y en consecuencia se estimarán como solicitudes inválidas*, en cualquiera de los siguientes supuestos:

2. Si el firmante no está inscrito en la circunscripción electoral correspondiente al referendo de que se trate; 3. Si la firma no es manuscrita; 4. Si la firma es producto de fotocopias o cualquier otro medio de reproducción; 5. Si se determina que más de una firma proviene de la misma persona.

d) 3.086.013 solicitudes procesadas del universo de planillas validadas según actas.

e) 1.832.493 solicitudes validadas para la convocatoria del referendo revocatorio.

f) 143.930 solicitudes rechazadas en razón del Registro Electoral (no inscritos; menores de edad; extranjeros; fallecidos; inhabilitación electoral e incongruencia de datos de la solicitud con el registro).

g) 233.573 solicitudes rechazadas en razón del artículo 3 y los numerales 1, 6 y 7 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de recolección de firmas para los proceso de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, ratificadas por la opinión unánime de los cinco supervisores del Comité Técnico Superior.

En cuanto al artículo 3 de las Normas sobre criterios que se cita en este literal, el mismo establece que “*no se considerarán válidas las Planillas de Recolección de Firmas que adolezcan de las siguientes omisiones:*

1. Cuando la Planilla no contenga el nombre, apellido y la indicación del cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como la Entidad Federal o Circunscripción Electoral de que se trate; 2. Cuando el número de la Planilla entregada por el Observador del Consejo Nacional Electoral al Agente de Recolección no coincida con los nú-

meros contenidos en la base de dato elaborada por el Consejo Nacional Electoral. 3. Cuando los datos del funcionario cuyo mandato se pretenda revocar que aparecen en la Planilla no coincidan con el destino de las Planillas que fueron entregadas para tal fin por el Observador del Consejo Nacional Electoral al Recolector de Firmas mediante la respectiva Acta de Entrega. 4. Cuando el número de la Planilla no aparece reflejado en el Acta del Cierre del mismo día en el cual fue entregada al Agente de Recolección por parte del Observador del Consejo Nacional Electoral; 5. Cuando el número de la Planilla de carácter itinerante no aparece reflejado en el Acta del Cierre del mismo día en el cual le fue entregada al Agente de Recolección por parte del Observador del Consejo Nacional Electoral. 6. Cuando la Planilla de Recolección de Firmas presente evidencias de haber sido borrada alterando los elementos de seguridad, tales como el tramado o el serial de la Planilla. 7. Cuando esté mutilada de tal manera que afecte la inteligibilidad de los datos recogidos en la misma”.

En cuanto a los “numerales 1, 6 y 7” que se citan en la Resolución, se presumen que son los del artículo 4 de las “Normas sobre criterios” que establece que “no se considerarán válidas las Planillas de Recolección de Firmas que adolezcan de las siguientes omisiones:

1. Cuando la Planilla no contenga el nombre, apellido y la indicación del cargo que ejerce el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, así como la Entidad Federal o Circunscripción Electoral de que se trate. 6. Cuando la Planilla de Recolección de Firmas presente evidencias de haber sido borrada alterando los elementos de seguridad, tales como el tramado o el serial de la Planilla. 7. Cuando esté mutilada de tal manera que afecte la inteligibilidad de los datos recogidos en la misma.

h) 876.017 solicitudes se colocaron “bajo observación, calificadas por la opinión unánime de los cinco supervisores del Comité Técnico Superior, susceptibles de ser ratificadas por la vía del reparo, en razón de constituir solicitudes o firmas de similar caligrafía, de acuerdo a lo previsto en el artículo 31, Capítulo V, de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, instrumento publicado en la *Gaceta Electoral* No. 181, de fecha 20 de noviembre de 2003”.

Esta norma del artículo 31 que se cita en este literal, sin embargo, a diferencia de los anteriores literales de la Resolución, no es ni puede ser el fundamento o causa de la decisión que contiene, pues en la norma lo que regula es la consecuencia de la invalidación y no su

causa. Allí lo que se establece, en efecto, es el procedimiento de los “reparos” así:

El Consejo Nacional Electoral publicará en al menos un medio impreso de circulación nacional los resultados del proceso de validación a que se refiere el numeral 3 del artículo 28 mediante la mención de los números de cédula de identidad de los solicitantes del referendo.

En el plazo de cinco días continuos siguientes a la publicación, el elector firmante que fuera rechazado podrá acudir personalmente ante el Consejo Nacional Electoral, a los fines de subsanar cualquier error material en que haya incurrido la Administración Electoral durante la verificación de sus datos. En caso contrario, quedará firme su rechazo.

Asimismo, el elector que alegue que no firmó la planilla, podrá acudir al Consejo Nacional Electoral a los fines de solicitar su exclusión inmediata del cómputo de las firmas.

En ambos supuestos, el Consejo Nacional Electoral publicará el formato de las comunicaciones mediante las cuales los electores harán sus solicitudes.

Como puede apreciarse de lo antes expuesto, la Resolución No. 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004 en su último literal g) es completamente ilegal, por carecer de motivación al no indicar el motivo o fundamento legal de la misma, pues el Consejo no indica con base en cuál norma jurídica decidió pasar 876.017 peticiones o solicitudes de convocatoria de referendo revocatorio al procedimiento de reparo, que sólo se aplica como resultado del proceso de validación de firmas cuando se las considera que no son válidas. El único motivo que se indica en la Resolución para colocar “bajo observación” las peticiones, susceptibles de ser ratificadas por la vía del reparo, es que constituyen “solicitudes o firmas de similar caligrafía”. Como se ha dicho, este hecho no aparece en norma alguna reguladora de los procesos de referendo revocatorio. La resolución, por tanto, está viciada de inmotivación por ausencia de fundamentos de derecho y, por tanto, de ausencia de base legal. Por supuesto, además la Resolución es inconstitucional por violar el derecho constitucional a la participación política y violar el derecho constitucional al debido proceso que rige también para los procedimientos administrativos, al violentar el principio de la presunción de inocencia e invertir la carga de la prueba.

Por lo demás, debe observarse que los propios observadores internacionales que estuvieron presentes en el transcurso de todo el procedimiento, sobre este último literalde la resolución expresaron lo siguiente:

Hemos tenido algunas discrepancias con el CNE sobre criterios utilizados en el proceso de validación. En el caso de las planillas planas, en el que los datos del firmante, aunque no las firmas, fueron aparentemente llenadas con una caligrafía similar, no compartimos el criterio de separar esas firmas para que sean ratificadas por el ciudadano; esta decisión podría cambiar el resultado final del procesos<sup>59</sup>.

Y en efecto, la Resolución adoptada lo cambió todo. Terminó de confiscar el derecho ciudadano a formular una petición para la convocatoria de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República. Los solicitantes de la convocatoria del referendo informaron habían consignado 3.467.050 firmas; el Consejo Nacional Electoral admite en su Resolución que después del proceso de validación, existen 1.832.493 solicitudes validadas para la convocatoria del referendo revocatorio. Si a esa cifra se le suman las 876.017 firmas que se colocaron bajo observación, el total es de 2.708.510 firmas. Para solicitar el referendo revocatorio en el caso del Presidente de la República<sup>60</sup> bastaban 2.405.856 de firmas. La Resolución cambió todo: se le confiscó a los ciudadanos su derecho ciudadano a solicitar o formular una petición para convocar un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República. Nada menos se podía esperar de un Poder Electoral secuestrado por el poder político, a través de decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Si. La Resolución cambió todo: llevó al país a una situación de violencia generalizada nunca antes conocida, precisamente porque el ciudadano sintió que le había sido impunemente arrebatado su derecho.

---

<sup>59</sup> Véase en *El Nacional*, Caracas, 02-03-2004, p. A-2

<sup>60</sup> El Presidente de la República, fue electo en 2000 con 3.757.774 votos.

ANNA MARIA DEL VECCHIO

IL PROBLEMA DELLO SVILUPPO DI FRONTE ALLE  
EMERGENZE E ALLE SFIDE DEL MONDO CONTEMPORANEO

SOMMARIO

1. *Considerazioni introduttive.* 2. *La globalizzazione: pregi e difetti del fenomeno nell'ottica dello sviluppo. La mondializzazione e la ricerca di soluzione ai problemi planetari.* 3. *Le strategie di sviluppo in relazione alle esigenze delle generazioni future. Il buon governo e la democrazia nei processi di sviluppo e nella formazione di una coscienza sociale.* 4. *Le conseguenze della corruzione sullo sviluppo. La "questione ambientale" in relazione allo sviluppo sostenibile.* A) *Il problema del degrado ambientale.* B) *La gestione delle risorse idriche in relazione allo sviluppo sostenibile.* C) *La c.d. "tragedia dei beni comuni".* 5. *Il principio di precauzione e di prevenzione dei danni ambientali. La posizione della Comunità-Unione europea in materia di ambiente.* 6. *Le istanze di trasformazione della società planetaria globalizzata.* A) *Le esigenze di una gestione equilibrata delle risorse a fini di sviluppo. Le iniziative dell'ONU per lo sviluppo.* B) *Il problema del finanziamento per lo sviluppo e per l'eliminazione della fame nel mondo. L'azione della FAO.* C) *Il problema dei "rifugiati economici". Il programma per combattere la povertà nei Paesi più svantaggiati. L'esigenza di un'azione più efficace e coordinata delle istituzioni finanziarie ed economiche internazionali che governano la globalizzazione.* 7. *Il legame tra sviluppo sociale e istruzione.* A) *Il ruolo svolto dalle organizzazioni internazionali (ONU, UNESCO) nel settore dell'istruzione e dell'educazione.* B) *L'educazione ai diritti umani e ai diritti delle donne. La Conferenza mondiale dell'ONU sui diritti umani del 1993.*

1. Verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso, con la caduta del muro di Berlino e i fondamentali mutamenti – territoriali e politici – che ne sono conseguiti, è stata formalmente siglata la conclusione della guerra fredda tra il blocco dell'Est e quello dell'Ovest, ed ha avuto inizio una nuova era nella vita di relazione internazionale. Si sono comunque posti nuovi problemi e si sono delineate nuove sfide, date dalla maggiore permeabilità delle frontiere e dai vari interessi transnazionali che sono alle base di rivendicazioni etniche e di accesso a risorse fondamentali.

I problemi e le difficoltà che ostacolano l'instaurazione di un equilibrato ordine internazionale in certi settori di vitale importanza sono aggravati dalle crisi e dai conflitti armati che travagliano il Medio Oriente, e vari Paesi dell'Africa e dell'America Latina, oltre che dalle catastrofi naturali (come il recente terremoto in Iran) e dai cambiamenti climatici i quali, a giudizio degli scienziati, potranno avere un

effetto devastante se non verranno messe in atto adeguate strategie di conservazione degli ecosistemi.

Nel sistema economico globale frequenti sono le crisi che inducono a riflettere sui possibili errori fatti e a valutare tutte le soluzioni possibili per risolverle.

L'instabilità economica dei Paesi emergenti in via di sviluppo pone complesse questioni nel contesto internazionale globale, data l'interdipendenza e l'interrelazione nella gestione delle risorse fondamentali di interesse comune, e rimette in discussione principi e dogmi proclamati da esperti di finanza e da economisti.

Anche il Fondo monetario internazionale è stato messo in stato d'accusa ed è al centro di dibattiti e polemiche per certi interventi non proprio riusciti compiuti negli anni ottanta e novanta del secolo scorso, e riguardo all'interpretazione che il Fondo ha dato al processo di globalizzazione<sup>1</sup>. I compiti che sono stati assegnati originariamente a questa istituzione finanziaria internazionale, scaturita dagli Accordi di Bretton Woods, sono quelli di promuovere la stabilità globale e aiutare i Paesi in via di sviluppo in transizione a realizzare non solo la stabilità, ma anche la crescita. A giudizio di molti il Fondo non ha sviluppato una teoria coerente per affrontare l'imperfezione dei mercati, ed ha spesso elaborato politiche che, oltre ad aggravare i problemi che si presentavano, ha fatto sì che questi continuassero a riproporsi. La rigidità con cui il Fondo ha impostato molte politiche rende molti Paesi poco inclini a cedergli gran parte della loro autorità deliberativa ed il controllo della propria economia.

La spinta demografica tale da superare la capacità di crescita di un Paese, le gravi crisi politiche con conseguenze a livello strutturale, i conflitti interni difficilmente risolvibili, sono altrettante cause ostative al fine di uno sviluppo equilibrato della società in cui si manifestano. Un caso particolarmente grave e doloroso è stato quello del Ruanda. Questo Paese africano di non grandi dimensioni aveva beneficiato di un certo sostegno finanziario; si era anche cercato di favorire una cer-

---

<sup>1</sup> Secondo STIGLITZ (J.E.) il Fondo monetario internazionale ha in gran parte fallito la sua missione e gli insuccessi riportati sono la diretta conseguenza di come ha interpretato il proprio incarico e il proprio ruolo. Vedi "Globalization and its Discontents", tradotto in lingua italiana come "La globalizzazione e i suoi oppositori", Edizione Mondolibri S.p.A., Milano, 2003 su licenza Giulio Einaudi ed., Torino, 2002. Sulle Istituzioni finanziarie internazionali vedi anche WILLIAMSON, *Le Istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1987.

ta coesione sociale in settori-chiave, ai fini della elaborazione di piani locali di sviluppo. In seguito alla pressione esercitata da propagande deleterie l'azione svolta si è rivelata del tutto inutile e la situazione, a livello di conflittualità interna, è precipitata. Il caso del Ruanda insegna che un'efficace strategia di sviluppo, per produrre frutti, non può prescindere dal consolidamento e dalla diffusione di una "cultura di pace"<sup>2</sup>.

Purtroppo, a partire dalla fine della guerra fredda, i conflitti interni sono divenuti più frequenti e sanguinosi (in quanto aggravati da fenomeni di violenza e di terrorismo) soprattutto in Medio Oriente e nel Terzo mondo, innescati da contrapposizioni di interessi tra etnie diverse, oltre che da motivazioni politiche e religiose.

Il caso dell'Irak suscita preoccupazioni circa la gestione del dopo-conflitto, se non verranno elaborate adeguate strategie e piani di sviluppo che tengano conto delle varie istanze locali, non sempre conciliabili tra loro e talora incompatibili con gli orientamenti esplicitati in ambito internazionale per la ricostruzione del Paese. Non sempre la fine delle ostilità, in Paesi distrutti da gravi crisi interne e da conflitti, coincide con un ritorno immediato alla normalità; il caso dell'Irak, insanguinato da atti di violenza successivi al conflitto anti-Saddam, condotto dalle Forze alleate anglo-americane, sta a significare che è spesso più facile vincere una guerra che non conquistare la pace, date le tensioni non ancora sopite, il degrado ambientale determinato dalla distruzione delle infrastrutture e dei meccanismi di produzione di beni di prima necessità, per cui anche la salute (oltre che la sicurezza) della comunità umana stanziata nelle zone che sono state teatro del conflitto viene messa a repentaglio.

I piani di ricostruzione e di sviluppo di economie distrutte da conflitti comportano in genere un notevole dispendio di energie e di risorse finanziarie, come si desume anche dai Piani predisposti al termine del secondo conflitto mondiale per favorire la ripresa economica e politica dei Paesi travolti dal conflitto.

Per quanto concerne i Paesi in via di sviluppo il Consiglio Europeo, dal 1993 al maggio 1996, ha elaborato un regolamento relativo a "des actions de réhabilitation et de reconstruction" a favore di tali

---

<sup>2</sup> Vedi GRÜNEWALD (E.) Le développement n'est pas la paix, in *Entre urgence et développement. Pratiques humanitaires sous la direction de C. Pirote, B. Husson, et de F. Grünewald*, Paris, Karthala, 2000, pp. 28-29.

Paesi<sup>3</sup>. Tale Atto, conformemente alla Dichiarazione adottata in occasione del Vertice umanitario di Madrid del 1995, invita la comunità internazionale a mantenere risorse a disposizione “pour relever les défis de la reconstruction de sociétés détruites par la guerre, consolider un règlement de paix et empêcher que les graines de désastres futurs ne soient semées”. Nella Dichiarazione è stato affermato che “la reconstruction porte non seulement sur les réseaux d’adduction d’eaux, les routes et les ponts, mais aussi sur la société civile: démobilisation des soldats et remise en état du système judiciaire, de l’administration, du système éducatif et des services sociaux”.

Mentre la ricostruzione di infrastrutture (strade, ponti) richiede in genere un lasso di tempo limitato (se i finanziamenti sono sufficienti e l’organizzazione è di buon livello), la ricostruzione della società civile è un procedimento più complesso che necessita, in genere, di tempi più lunghi, per sanare contrasti e ricomporre fratture nel tessuto sociale.

Le organizzazioni non governative che operano nel settore della solidarietà internazionale, per il loro carattere di indipendenza, sono considerate le più idonee per svolgere una funzione di “riconciliazione” e di ricomposizione dell’assetto sociale in entità lacerate da contrasti e contrapposizioni conseguenti a conflitti armati e a gravi crisi. Tali organismi, in genere, non sono pienamente in grado di fare fronte alle molteplici esigenze che debbono soddisfare, data anche la mancanza di un potere di imposizione delle loro scelte, oltre che di un’adeguata organizzazione strutturale e di sufficienti risorse finanziarie a loro disposizione. L’intervento di Stati e di organizzazioni internazionali governative – universali e regionali – si rivela quindi, nella più gran parte dei casi, ineludibile.

2. All’indomani della seconda guerra mondiale era prevalente, nel quadro universale, l’idea di un ruolo primario e determinante dello Stato nella gestione dell’economia, oltre che della politica, pure nella varietà della ideologie: dal marxismo-leninismo più duro alla socialdemocrazia e al liberismo improntato ai principi del “welfare state”.

Una inversione di tendenze cominciò a delinarsi verso la fine degli anni settanta del secolo scorso. Gli imperativi divennero allora liberalizzazione, ruolo preminente del mercato rispetto allo Stato, aper-

---

<sup>3</sup> Vedi “Conjuguer les talents”, sous la direction de B. Rebelle, in *Entre urgence et développement*, cit., p. 56.

tura dei mercati. La caduta del muro di Berlino e la dissoluzione della Unione sovietica hanno accentuato questa tendenza.

All'alba del terzo millennio la valutazione critica del processo di globalizzazione in atto ha assunto una connotazione particolarmente accesa. Le contestazioni contro la politica e gli interventi delle istituzioni della globalizzazione sono divenute sempre più frequenti, e tali da rendere improduttive le riunioni al Vertice. Di recente si è riscontrato il fallimento dei negoziati al "summit" dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), tenutosi a Cancun, in Messico; una netta contrapposizione si è delineata in quella sede tra i Paesi in via di sviluppo e le nazioni più ricche e progredite, accusate di imporre barriere protezionistiche soprattutto in campo agricolo.

In realtà la globalizzazione, come è stato notato<sup>4</sup>, oltre a innegabili vantaggi, presenta aspetti negativi, non essendo riuscita a garantire tutti i benefici che si prefiggeva. L'apertura al commercio internazionale ha comunque aiutato molti Paesi emergenti a crescere in modo molto più rapido, favorendo lo sviluppo economico.

La globalizzazione ha ridotto il senso di isolamento percepito in gran parte dai Paesi sotto-sviluppati e in via di sviluppo; gli aiuti dall'estero, se pure con difetti e anomalie, hanno recato benefici a milioni di persone, grazie a progetti educativi, di irrigazione, di accesso all'acqua (che hanno incrementato il reddito degli agricoltori) e a programmi di lotta all'AIDS che hanno contribuito a limitare, per quanto possibile, la diffusione di questa terribile malattia.

È possibile che l'apertura al mercato interno delle importazioni dall'estero possa avere danneggiato i produttori locali e che le nuove società straniere danneggino le aziende di Stato protette, ma è probabile e auspicabile che possano contribuire a introdurre nuove tecnologie, oltre che a creare l'accesso a nuovi mercati e a sviluppare nuovi settori. Nessuno Stato dispone di tante risorse da potere fare a meno di importazioni dall'estero.

I fautori della globalizzazione legata al capitalismo basato sul modello americano – per cui spetta ai Paesi che praticano questo tipo di capitalismo, in primo luogo gli Stati Uniti, di fissare "le regole del gioco" nell'ambito delle istituzioni economiche e finanziarie internazionali di cui fanno parte – hanno trovato avversari nei Paesi del Terzo mondo. Tali Paesi hanno a più riprese eccepito che le grandi istituzio-

---

<sup>4</sup> Vedi STIGLITZ (J.E.), *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., p.4.

ni mondiali sono in realtà dominate dall'America e dalle altre Potenze industriali avanzate<sup>5</sup>.

Un problema è dato anche dal fatto che la "mondializzazione" economica ha avuto un corso più rapido rispetto a quella politico-sociale, la quale necessita di maggiore impegno da ognuna delle parti interessate e di maggiore coesione, per risolvere situazioni di interesse comune. Ciò implica comunque il superamento di posizioni unilaterali da parte di Stati e di gruppi di potere, tesi all'affermazione di interessi particolari.

La mondializzazione, se intesa in un ampio significato, induce a rompere con l'unilateralismo e con l'isolamento, nella ricerca di soluzioni ai problemi planetari, come il livello dei mari, l'inquinamento dell'atmosfera e delle acque, l'inaridimento delle terre, l'esaurimento delle risorse idriche, le variazioni climatiche, dalla temperatura ai fenomeni atmosferici. Pertanto la considerazione degli aspetti economici non deve ostacolare la soluzione di problemi legati alla stessa sopravvivenza umana (quali i problemi ambientali) i quali, per la loro dimensione e la loro complessità, richiedono un impegno costante da parte degli Stati e degli organismi internazionali, in dimensione mondiale<sup>6</sup>.

Non tutto può essere affidato alla logica del mercato, al c.d. "fanatismo del mercato"<sup>7</sup>.

Tali problemi possono essere risolti soltanto con il concorso collettivo, poiché nessun Paese, da solo, sarebbe in grado di elaborare progetti, di prendere decisioni operative valide per tutti e di imporle l'osservanza in ambito e in dimensione planetaria.

I programmi di sviluppo e di crescita effettiva ed efficace fanno perno su valori e su principi di giustizia sociale elaborati nel sistema americano (a partire dalla Dichiarazione d'indipendenza), se pure con certe contraddizioni di percorso che vengono poste in rilievo da studiosi e da economisti<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Per considerazioni relative vedi STIGLITZ (J.E.), *The Roaring Nineties*, New York, 2003, tradotto in lingua francese con il titolo "*Quand le capitalisme perd la tête*", Paris, Fayard, 2003.

<sup>6</sup> Sui problemi "planetari" vedi, di recente, GUARINO (G.), *Il Pianeta: è aggregabile politicamente?*, in *Rivista di diritto pubblico e Scienze Politiche*, 2002, n. 3-4, p. 273 e ss.

<sup>7</sup> Cfr. STIGLITZ (J.E.), *Quand le capitalisme perd la tête*, cit., p. 346.

<sup>8</sup> Vedi, ad es., RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass), Belknap Press, 1971.

Va notato come anche negli Stati più progrediti i programmi e le strategie di sviluppo non abbiano sempre avuto piena attuazione, essendo venuto a mancare il sostegno necessario, finanziario e strutturale, oltre ad un impegno adeguato.

3. Nei progetti e nei programmi di sviluppo va certamente tenuto conto delle aspettative e del benessere delle generazioni future; essi vanno quindi improntati a criteri di “sviluppo sostenibile”, tale da garantire alle generazioni future opportunità e potenzialità. Su tali criteri vanno quindi fondati la protezione dell’ambiente, la conservazione delle risorse naturali, il rafforzamento delle infrastrutture, il potenziamento e la diffusione della cultura. Ciò pone delicate questioni nei rapporti intergenerazionali (per cui si parla di “responsabilità intergenerazionale”) e nei rapporti tra gli individui e la società di cui essi fanno parte, in relazione alle caratteristiche e alla natura stessa di tale società.

La filosofia di impronta liberistica occidentale privilegia l’individuo rispetto alla società di cui fa parte, la quale viene ad assumere un ruolo strumentale in quanto creata per sopperire ai bisogni dell’individuo ed aiutarlo a realizzarsi pienamente<sup>9</sup>. In altri modelli di società viene invece dato il massimo rilievo all’intera comunità umana di appartenenza dell’individuo, oppure alla comunità statale in cui vive, per cui le modalità di funzionamento di tale comunità ed i principi su cui essa si fonda sono determinanti ai fini della condizione dell’individuo (e degli individui) nel suo ambito e dei diritti e degli obblighi che ne derivano.

Nel corso degli ultimi decenni il dibattito sul ruolo dello Stato nei rapporti con gli individui si è fatto particolarmente vivo, in considerazione dell’esigenza di un’azione collettiva e integrata per la soluzione di problemi fondamentali. Non va dimenticato, come nota Guarino<sup>10</sup>, che “gli Stati, di diverse condizioni e potenza, danno vita, con l’equilibrio variabile che ne consegue, ad un complesso sistema di pesi e di contrappesi che si irraggia nelle istituzioni sovranazionali e ne riceve alimento”.

Le strutture dello Stato non costituiscono comunque il solo mezzo di agire collettivamente; occorre infatti tenere conto dei gruppi tran-

<sup>9</sup> Vedi STIGLITZ (J.E.), *Quand le capitalisme ...*, cit., p. 367.

<sup>10</sup> Cfr. *Il Pianeta: è aggregabile politicamente?*, cit., p. 299.

snazionali le cui diramazioni sono localizzate in varie parti del mondo, con i relativi condizionamenti.

Ciò che caratterizza lo Stato rispetto ad altri supporti dell'azione collettiva è il suo potere di controllo e di coercizione; in base alla legislazione posta in essere dagli organi competenti dello Stato ogni componente la comunità umana sottoposta alla giurisdizione dello Stato è obbligato a determinati comportamenti.

Mai come in questo periodo della storia, in ambito internazionale, è riecheggiata con tanta insistenza la voce "democrazia", la quale anche nei Paesi del Terzo mondo e nel mondo arabo, sta sostituendo i miti del nazionalismo e del panarabismo. Nel corso della recentissima Conferenza intergovernativa regionale di Saana, nello Yemen, sulla democrazia, i diritti umani e il ruolo della Corte penale internazionale, cui hanno partecipato, nel gennaio 2004, più di ottocento delegati del mondo arabo, si è sostenuto che "la democrazia è la scelta contemporanea di tutti i popoli e la nave della salvezza dei regimi politici, specie nel Terzo mondo", pure nella affermazione del principio coranico della "shura", la consultazione islamica. Il problema di fondo resta quindi il contesto ideale religioso, culturale, sociale ed economico.

Nel corso della Conferenza il Segretario della Lega Araba, Amr Moussa, ha detto: "Noi sappiamo che dobbiamo cambiare – Dobbiamo evolvere le nostre società – Dobbiamo fare autocritica... Ma non può essere una decisione che ci viene imposta, bensì un processo che va sperimentato". Per cui, anche nell'era della globalizzazione, la democrazia non può portare ad un completo smantellamento dei muri della sovranità nazionale e del rispetto delle specificità e delle tradizioni locali<sup>11</sup>.

L'opinione prevalente, a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, nei dibattiti dell'epoca e all'interno dei Paesi del Terzo mondo, sotto-sviluppati o in via di sviluppo, era che tali Paesi non potevano ancora considerarsi maturi per la democrazia, per cui i regimi democratici apparivano come vere e proprie anomalie.

A partire dagli anni ottanta, e soprattutto dagli anni novanta, si è delineata un'inversione di tendenza e la democrazia ha iniziato ad essere percepita come un passaggio obbligato sulla via dello sviluppo, come l'affermazione di principi di buon governo. Il problema che si

---

<sup>11</sup> Sulla Conferenza di Sanaa vedi le considerazioni di MAGDI ALLAM, "Arabi alla scoperta della democrazia", in "Il Corriere della Sera", martedì 13 gennaio 2004, p. 16.

pone riguardo ai Paesi sotto-sviluppati, ed in parte anche a quelli in via di sviluppo, è quello del modello di democrazia e di buon governo cui ispirarsi. È ovvio che non si può prescindere dal contesto sociale in cui i principi di democrazia e di buon governo debbono venire attuati e dal livello della classe politica locale.

Le democrazie occidentali sono il frutto di una lunga maturazione storica. Gli ideali che sono a fondamento della democrazia non sono sempre stati condivisi anche nel contesto europeo, in cui sono apparsi regimi dittatoriali e totalitarismi. Gli ideali della democrazia necessitano di un vasto consenso sociale nella formazione di un vero “spirito” democratico.

La dottrina più attenta non ha smesso di porre in rilievo certe sfumature e certi difetti di funzionamento delle nuove democrazie emergenti<sup>12</sup>; di conseguenza occorrerebbe distinguere tra democrazia in quanto “procedura”, e democrazia come “cultura”.

Il primo dei concetti indicati trova espressione in consultazioni elettorali corrette, nel pluralismo, nella libertà di stampa; il secondo trae fondamento da un vero e proprio “spirito democratico”, il quale implica un cambiamento di mentalità nel quadro del contesto sociale di riferimento, nel rispetto delle leggi, nella trasparenza delle istituzioni, nell’eliminazione di fenomeni clientelari e di nepotismo<sup>13</sup>.

Per quanto concerne il contesto indiano, un alto funzionario ha rilevato che il processo il quale ha portato l’India ad un rafforzamento della coscienza sociale non è ancora giunto a maturazione, come in altri Paesi decolonizzati. La formazione e il rafforzamento di una cultura democratica non possono prescindere da una evoluzione del livello socio-culturale dei Paesi in sviluppo.

L’elemento determinante resta comunque la qualità e il livello della classe politica al potere; in proposito si è comunque notato da parte di un politologo in un articolo su “Le Monde” che “l’importance des dirigeants, de leur philosophie, de leur personnalité est souvent sous-estimée dans la discipline des relations internationales”<sup>14</sup>.

A fini di buon governo la formazione di un consistente assetto governativo ispirato a principi di giustizia sociale, e di un apparato giu-

---

<sup>12</sup> Vedi ETIENNE (G.), *Le développement à contre-courant*, Paris, Presses de Sciences Po, 2003, p.66 e ss.; LAÏDI (ZAKI), *Mondialisation et démocratie*, in *Politique étrangère*, 2001, p. 3.

<sup>13</sup> Cfr. ETIENNE (G.), *Le développement à contre-courant*, cit., p. 67.

<sup>14</sup> Vedi l’articolo di STANLEY HOFFMAN, in “Le Monde” del 24 gennaio 2002.

dizionario imparziale ed efficiente nei Paesi in via di sviluppo si rivelano indispensabili per contrastare la corruzione dilagante e i traffici illeciti, nell'era della globalizzazione e dell'accelerazione degli scambi internazionali<sup>15</sup>.

4. Nei dibattiti relativi alla cooperazione internazionale la corruzione è stata sempre più di frequente denunciata e ha dato luogo a varie polemiche. Il Presidente della Banca mondiale ha definito la corruzione come un vero "cancro" per lo sviluppo.

"Transparency international", creata nel 1993 a Berlino, pubblica annualmente la lista dei Paesi classificati a seconda del loro grado di corruzione. Scandali finanziari sono stati denunciati in Asia, in America Latina, in Africa, ed anche in Paesi altamente progrediti come gli Stati Uniti e vari Paesi d'Europa, da parte della stampa e di esponenti politici responsabili.

L'ampiezza e la molteplicità degli aspetti del fenomeno "corruzione", talora difficilmente qualificabili e quantificabili, rende spesso difficile valutarne esattamente la portata e le conseguenze in relazione a casi di contrabbando, di fughe di capitali, di evasioni fiscali, di introiti fiscali illeciti percepiti da funzionari locali, di diversioni di fondi pubblici per attività illegali, di frodi bancarie.

Le fughe di capitali, le evasioni fiscali, la diversione di fondi pubblici producono inevitabili conseguenze sugli investimenti indispensabili per lo sviluppo e la crescita equilibrata.

A) Anche la soluzione di problemi ambientali necessita di notevoli risorse finanziarie disponibili, dati gli alti costi che essa comporta.

Il problema del degrado ambientale si è fatto sempre più grave tanto nei Paesi in via di sviluppo che nei Paesi più progrediti.

Negli anni successivi alla prima Conferenza di Stoccolma del 1972, e soprattutto dopo la Conferenza di Rio del 1992 si è rilevata una presa di coscienza generale rispetto alle questioni ambientali.

I noti incidenti di Bhopal del 1984, di Seveso nel 1986 e di Chernobyl, pure nel 1986, le catastrofi ecologiche di Torrey Canyon del 1968 e di Amoco Cadiz nel 1978, il buco nella fascia di ozono, l'effetto serra, le piogge acide e la distruzione delle foreste dell'Amazzonia hanno contribuito alla formazione di una "coscienza ambientale". Le istituzioni internazionali e sopranazionali quali le Nazioni Unite, l'U-

---

<sup>15</sup> Vedi GILL (S.S.), *The Pathology of Corruption*, New Delhi, 1998.

nione europea l'OCDE, la Banca mondiale si sono dimostrate sempre più sensibili alle problematiche ambientali nelle loro delibere. Nel gennaio 1991 l'OCDE ha chiesto ai suoi membri di fare maggior uso ed in modo più coerente degli strumenti economici a loro disposizione per una migliore gestione dell'ambiente<sup>16</sup>.

Negli Stati Uniti la gestione delle questioni ambientali è in genere rapportata all'equazione costi-benefici. Anche la politica di molti altri Stati ad alta industrializzazione appare poco incline a modificare comportamenti nocivi all'ambiente, ma utili allo sviluppo economico e industriale.

Il dibattito – politico e scientifico – in materia di ambiente si concentra sulla “sostenibilità” di certe politiche e di certi comportamenti. In realtà l'atmosfera dei grandi centri urbani è sempre più inquinata, decine di milioni di abitanti del pianeta non hanno accesso all'acqua potabile, certe foreste sono distrutte, certe specie animali sono in via di estinzione, le risorse naturali (gas, carbone, petrolio) sono sfruttate, le risorse idriche stanno diminuendo a causa dell'impiego non sostenibile che ne viene fatto. Ciò ha fatto sorgere una “coscienza” della prevenzione dei danni ambientali mediante diagnosi appropriate e approfondite delle cause del degrado ambientale e dei motivi del permanere del degrado nonostante i provvedimenti adottati per scongiurarlo.

Se pure in modo schematico, vengono individuate tre cause principali del degrado ambientale, la cui rilevanza varia a seconda dei Paesi: la crescita demografica insostenibile se rapportata alle possibilità di intervento dello Stato; il livello medio di consumo delle risorse ambientali e la qualità delle tecnologie impiegate<sup>17</sup>. Il primo dei fattori indicati è determinante nei Paesi sotto-sviluppati o in via di sviluppo, ove la pressione demografica è divenuta ormai insostenibile; le altre cause di degrado menzionate riguardano più propriamente i Paesi con un elevato livello di industrializzazione, i quali sono comunque in grado di avvalersi delle tecnologie più avanzate.

---

<sup>16</sup> Per considerazioni esemplificative sulle problematiche ambientali in vasta dimensione vedi BONTEMS (PH.) et ROTILLON (G.), *L'économie de l'environnement*, Paris, La Découverte, 1998. Sulla problematica ambientale in vasta dimensione internazionale globale vedi “*Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg*”. Saggi di diritto internazionale pubblico comparato, penale e amministrativo, a cura di E. ROZO ACUÑA, Torino, Giappichelli, 2004.

<sup>17</sup> Sul ruolo delle suindicate cause di degrado vedi ERLICH (P.R.) e ERLICH (A.H.), *Extinction: The Causes and Consequences of the Disappearance of Species*, New York, Randon House, 1981.

Secondo una stima della Banca mondiale la popolazione del pianeta ammontava, nel 2003, a più di sei miliardi di esseri umani, con un tasso di crescita destinato ad aumentare nei Paesi in via di sviluppo. L'aumentato fabbisogno di beni di prima necessità (per l'alimentazione, il riscaldamento) dà inevitabilmente luogo ad un maggiore sfruttamento di certe risorse naturali, con rischio di esaurimento delle medesime.

**B)** Tra le risorse naturali necessarie alla vita va in primo luogo compresa l'acqua, considerata da tutti come la fonte principale di vita, alla stessa stregua dell'aria e dell'energia solare. Si pone quindi la necessità di evitare che questo bene fondamentale e insostituibile possa venire a mancare a causa dell'impiego eccessivo e non sostenibile che ne viene fatto per usi irrigui, industriali, idropotabili e domestici<sup>18</sup>. Nella sua qualità di bene fondamentale di base di ogni comunità umana non può e non deve essere assoggettato ad alcun principio settoriale e parziale di regolamentazione, legittimazione e valorizzazione mercantile.

Anche la salute umana è strettamente legata all'accesso di base all'acqua; si è rilevato che la mancata fruibilità della quantità minima è all'origine del 70% delle malattie umane nei Paesi sviluppati e la percentuale sale all'85% nei Paesi sotto-sviluppati. Oggi un miliardo e mezzo di esseri umani non ha accesso all'acqua potabile, due miliardi non fruiscono di sistemi igienici e sanitari, e tre miliardi non beneficiano di alcun sistema di trattamento delle acque reflue.

Vengono denunciate pratiche che stanno limitando le risorse idriche del pianeta (come le pratiche di irrigazione agricola intensiva ad alta perdita di acqua) e i prelievi di acque eccessivi a causa di sistemi inefficaci di distribuzione e utilizzo, oltre a processi di inquinamento e di contaminazione provocati da attività industriali e da una gestione dei rifiuti inadeguata e insufficiente. A ciò va aggiunto il malgoverno

---

<sup>18</sup> Vedi "acqua, un bene comune" di R. PUTRELLA, in "Acqua" di DE VILLIERS (M.), Milano, Edizione Mondolibri, 2003, su licenza Sperling e Kupfer Editori S.p.A.; "La cooperazione internazionale in materia di risorse idriche da Johannesburg e Kyoto", di DINUZZI (R.) in "Profili di diritto ambientale...", cit., p. 39 e ss., in cui si fa notare il ruolo essenziale delle risorse idriche per il soddisfacimento delle esigenze umane fondamentali, per la sicurezza alimentare, per la tutela degli ecosistemi, per lo sviluppo economico e sociale in generale. Di qui la necessità di una oculata gestione e protezione di tali risorse.

del territorio che determina il susseguirsi di catastrofi naturali, come siccità, inondazioni, frane, rotture di dighe.

Una gestione integrata e sostenibile delle risorse idriche trae fondamento ed efficacia dall'assunzione dei costi necessari ed è indispensabile per la raccolta e il consumo, la distribuzione, l'utilizzazione e il riciclaggio delle acque, allo scopo di fornire e garantire l'accesso di base all'acqua per tutti.

C) Si è parlato di "tragedia dei beni comuni" alludendo con questa espressione al degrado ambientale derivante dall'utilizzazione da parte di molti di risorse comuni in libero accesso<sup>19</sup>. Ciò si verifica quando ogni individuo considera soltanto i suoi interessi privati sul presupposto che i suoi comportamenti non abbiano conseguenze di rilievo sulle risorse globali.

Con l'industrializzazione e la mobilità delle popolazioni l'uso individuale e privato di beni comuni è divenuto più dispersivo, e le risorse comuni si sono trasformate in risorse in libero accesso, senza tenere conto che la qualità dell'aria e dell'acqua è una risorsa comune da condividere con le generazioni future, e che l'effetto serra risulta da una sottovalutazione dei costi che le future generazioni dovranno sostenere a causa dei comportamenti attuali.

Nessun governo, da solo, è in grado di risolvere i problemi legati alla natura stessa di certi beni ambientali globali, data la difficoltà di realizzare una politica adeguata e condivisibile, anche in relazione alle situazioni di pregiudizio che possono derivarne per i mercati.

I negoziati internazionali sull'"effetto serra" sono esplicativi della "tragedia di un bene comune", data la tendenza, manifestata da Stati di grande rilevanza internazionale con un'economia ad alto sviluppo tecnologico come gli Stati Uniti, ad assumere una posizione unilaterale, come è avvenuto a proposito dell'accordo di Kyoto.

Nel quadro dell'Unione europea le questioni ambientali costituiscono uno degli impegni fondamentali dell'azione comune. Lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche viene infatti perseguito, in base all'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità europea, unitamente a "un elevato livello di protezione dell'ambiente e al miglioramento della qualità di quest'ultimo".

---

<sup>19</sup> Vedi HARDIN (G.J.), *The Tragedy of Commons in Science*, 1968, 162, pp. 1243-48. Sulla "Tragedia dei beni comuni" vedi anche BONTEMS et ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, cit., p. 14 e ss.

La difficoltà di conciliare, nell'attuazione pratica, la soluzione dei problemi ambientali con la realizzazione e la convergenza di risultati economici nell'ottica di una crescita e di uno sviluppo sostenibile emerge dalle analisi scientifiche ed economiche in materia, data anche l'impossibilità di valutare tutte le conseguenze future possibili.

5. È difficile fare previsioni circa la durata delle conseguenze dell'emissione di gas a effetto serra, in mancanza di certezze scientifiche al riguardo. Come si è notato<sup>20</sup>, anche per quanto concerne altre problematiche ambientali globali esistono incertezze circa l'entità delle conseguenze che possono prodursi a lungo termine

Sul piano più propriamente giuridico, in ambito internazionale, si fa riferimento al principio di precauzione, il quale è stato evocato per la prima volta nel 1972 in occasione della Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano, ed è stato poi considerato nella Convenzione di Vienna sulla protezione della fascia di ozono nel 1985<sup>21</sup>. Nella Dichiarazione di Rio del 1992 è stato formalmente adottato il principio 15 secondo cui, per proteggere l'ambiente, misure di precauzione debbono essere adottate dagli Stati "a seconda delle loro capacità".

Nel caso di rischio di danni gravi e irreversibili la mancanza di certezze scientifiche assolute non deve costituire un pretesto per rinviare l'adozione di misure tendenti a prevenire il degrado ambientale.

Nella legislazione francese il principio di precauzione è stato introdotto con la legge del 2 febbraio 1995, in cui è sancito che "l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable"<sup>22</sup>.

Nel processo di integrazione europea la produzione normativa comunitaria ha promosso l'evoluzione della legislazione degli Stati membri in materia di ambiente<sup>23</sup>.

In conseguenza del noto incidente avvenuto il 10 luglio 1976 nello

---

<sup>20</sup> Vedi BONTEMS et ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, cit., p. 18 e ss.

<sup>21</sup> Vedi BONTEMS et ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, cit., p. 14 e ss.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>23</sup> Vedi BIANCHI CORDINI, *Comunità europea e protezione dell'ambiente*, Padova 1983; e, più di recente, SCOVAZZI (T.), *The effect of European integration on the environmental legislation of Italy*, in "The Protection of the environment in a context of regional economic integration", Milano, 2001, p. 119 e ss.

stabilimento ICMESA di Meda, determinato dalla fuoriuscita di sostanze tossiche, ed in seguito alla Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta (istituita con la legge 16 giugno 1977), dati i rischi potenziali per la salute e per l'ambiente cagionati da attività occasionali, il Consiglio della Comunità europea (all'epoca Comunità economica europea), nell'intento di prevenire ulteriori incidenti causati da certe attività industriali, adottò la direttiva 82/501 (detta direttiva Seveso I). Tale direttiva è fondata su una politica di prevenzione, per cui gli Stati sono tenuti a prendere tutte le misure necessarie ed appropriate di sicurezza per evitare possibili incidenti.

Alla direttiva Seveso I ha fatto seguito la direttiva 96/82 del 9 dicembre 1996, resa esecutiva in Italia con il Decreto legislativo del 17 agosto 1999 ed applicabile in ogni stabilimento in cui sono presenti sostanze pericolose. In base a tale direttiva viene posto a carico degli operatori interessati l'obbligo di fare rapporto e di adottare piani di emergenza interni al fine di ridurre i rischi di errori umani. Obblighi analoghi vengono posti a carico delle autorità pubbliche, consistenti nella predisposizione di piani di emergenza esterni e di uno "standard" minimo per le ispezioni.

La direttiva Seveso II è fondata sul principio della trasparenza (per cui ogni movimento transfrontaliero è subordinato ad una comunicazione agli Stati interessati), e del consenso (per quanto concerne gli Stati di importazione e di transito di rifiuti tossici).

La legislazione dell'Unione europea è comunque in fase di evoluzione in materia di ambiente. È infatti prossima l'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la responsabilità ambientale uniforme in tutta l'Unione in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale. Tale direttiva ha lo scopo di standardizzare le norme che disciplinano la responsabilità ambientale nell'Unione sulla base del principio "chi inquina paga". Nell'intero territorio dell'Unione le imprese o qualunque altro operatore saranno sottoposti alla stessa legislazione quanto al loro dovere di prevenire ogni danno ambientale o risarcire ogni danno causato. Si tratta infatti di evitare che le imprese le cui attività comportano rischi per l'ambiente siano tentate di cercare la legislazione meno severa fra quelle dei vari Stati membri. Questo permetterà anche di prevenire distorsioni della concorrenza nel mercato interno<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. INFO, 15-18 dicembre 2003, Strasburgo, pp. 15 e 32-33.

6. Il degrado ambientale (con le relative conseguenze dannose per gli esseri umani), così come il sotto-sviluppo e l'estrema povertà di certi Paesi del Terzo mondo non vengono oggi percepiti come una fatalità e accettati come "volontà di Dio". Come è stato rilevato dal sociologo Ulrich Beck "la società globale rappresenta un radicale mutamento...la globalità non è tanto una questione economica quanto culturale...ci troviamo dinnanzi a nuove domande alle quali dobbiamo dare nuove risposte".

Rita Levi Montalcini, in un recente saggio<sup>25</sup>, si richiama ad alcune enunciazioni di Gary Becker, premio Nobel per l'economia nel 1992, per cui "l'elemento principale per definire il tenore di vita di un Paese è rappresentato dalla sua capacità di promuovere e sfruttare le competenze, le conoscenze e le abitudini della sua popolazione". Secondo Becker "conoscenze e competenze hanno maggior valore delle economie basate su tecnologie avanzate come conseguenza della globalizzazione delle finanze"<sup>26</sup>.

Resta certamente moltissimo da fare per trasformare la società planetaria globalizzata nonostante certi risultati positivi siano riscontrabili in conseguenza della globalizzazione. Molte persone vivono oggi più a lungo e con un tenore di vita nettamente superiore al passato. Per effetto della globalizzazione vengono portati avanti vari progetti volti a produrre benefici effetti nel settore dell'istruzione e della sanità. Certe possibilità d'azione, soprattutto nei Paesi più svantaggiati, sono però ostacolate da un difficile contesto sociale e da ideologie confliggenti.

Secondo una impostazione ideologica diffusa nei Paesi del Terzo mondo "le libre échange tend à favoriser le fort et à défavoriser le faible"<sup>27</sup>. Pertanto anche certe forme associative internazionali fondate su principi di liberismo economico come il GATT – considerato dai Paesi del Terzo mondo come un "club di ricchi" – sono state oggetto di attacchi da parte dei Paesi in via di sviluppo.

Gli anni novanta del secolo scorso, che hanno segnato, con la dissoluzione dell'URSS, la fine del blocco dell'Est, hanno siglato anche la fine di ogni alternativa al liberismo economico e politico.

L'accelerazione degli scambi internazionali espressa nel concetto di "mondializzazione" aveva comunque indotto i membri del GATT a

---

<sup>25</sup> Vedi "Tempo di mutamenti", Edizione Mondolibri S.p.A., Milano, 2003, su licenza Baldini e Castoldi S.p.A., Milano, 2002.

<sup>26</sup> Cfr. LEVI MONTALCINI (R.), *Tempo di mutamenti*, cit., p. 107.

<sup>27</sup> Cfr. DELORME-CLERC, *Un nouveau GATT?*, Paris, Complexe, 1994, p. 103.

prendere coscienza del fatto che tale strumento non era più adeguato alla realtà economica del mondo. In seguito ai negoziati dell'Uruguay Round<sup>28</sup>, che si svolsero dal 1986 al 1994, è stata creata l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), con gli accordi firmati il 15 aprile 1994 a Marrakesh, in Marocco.

Il liberismo economico è alla base dell'OMC. A differenza del GATT, l'OMC è stata accettata con soddisfazione dai Paesi del Terzo mondo più responsabili per la sua impronta universalistica e per l'obiettivo dichiarato di voler integrare l'insieme dei Paesi del mondo<sup>28</sup>. È auspicabile che tale Organizzazione, la quale non va comunque esente da contestazioni e da critiche, possa avere in futuro un ruolo importante nella regolamentazione del commercio internazionale, ai fini della creazione di un ordine economico mondiale, e possa contribuire a ridurre la povertà anche nei Paesi più svantaggiati, riequilibrandone il commercio e le esportazioni.

L'apertura al commercio internazionale, come nota Stiglitz<sup>29</sup>, aiuta tanti Paesi a crescere in modo più rapido di quanto potrebbero fare altrimenti. Se adeguatamente gestito e regolamentato esso è un fattore importante di sviluppo economico.

**A)** I redattori della Carta dell'ONU erano consapevoli che la pace non può realizzarsi soltanto attraverso l'azione efficace di organismi collettivi in grado di reprimerne e sanzionarne le violazioni, e mediante il gioco della diplomazia multilaterale, ma che va fondata anche su di una gestione e una distribuzione equilibrata delle risorse e la cooperazione internazionale economica e sociale.

La creazione di condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici e amichevoli tra le nazioni, così come la soluzione dei problemi internazionali economici, sociali, sanitari e simili e la collaborazione internazionale, culturale ed educativa sono obiettivi fondamentali dell'ONU, esplicitati nell'art. 1-3° cpv, e nell'art. 55 della Carta di S. Francisco, il quale costituisce la chiave di volta del sistema di cooperazione internazionale, economica e sociale delle Nazioni Unite, da attuarsi anche attraverso l'azione degli organismi e delle istituzioni collegate.

Tali obiettivi sono alla base anche dell'azione dell'UNESCO (so-

---

<sup>28</sup> Vedi TAXIL (B.), *L'OMC et les Pays en développement*, Paris, Monchrestien, 1998, pp. 3-4.

<sup>29</sup> Cfr. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., pp. 4 e 5.

prattutto dopo la diffusione del rapporto Delors del 1995 sull'educazione permanente); dell'ILO, che ha contribuito alla regolamentazione dei rapporti di lavoro in ambito internazionale; dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), che sta concorrendo a realizzare la possibilità di una "speranza di vita" nel mondo, promuovendo studi e ricerche sulle malattie più perniciose, oltre alla prevenzione dei contagi<sup>30</sup>.

Al termine del processo di decolonizzazione, soprattutto a partire dagli anni settanta del secolo scorso, l'ONU ha moltiplicato i suoi sforzi a favore dello sviluppo. Il 4 dicembre 1986, con la risoluzione 41/128, l'Assemblea generale ha votato una Dichiarazione sullo sviluppo internazionale in cui si è affermata l'esistenza di un diritto umano allo sviluppo, per cui gli Stati hanno il diritto e il dovere di elaborare appropriate politiche di sviluppo nazionale che mirino al costante miglioramento del benessere dell'intera popolazione e di tutti gli individui "sulla base della loro attiva, libera e significativa partecipazione nello sviluppo e nella equa distribuzione dei benefici che ne risultano" (art. 2-3° cpv della Dichiarazione).

Le enunciazioni contenute nella Dichiarazione suddetta sono state precisate in successivi Atti dell'ONU e nella Dichiarazione di Vienna e Programma di azione adottati dalla Conferenza mondiale dell'ONU sui diritti umani del 25 giugno 1993<sup>31</sup>, in cui è detto che "il diritto allo sviluppo dovrebbe essere realizzato in modo da fare fronte equamente alle necessità dello sviluppo ambientale delle generazioni presenti e future", con la precisazione che "l'illecito scarico di sostanze tossiche pericolose e di rifiuti costituisce potenzialmente una seria minaccia per il diritto umano alla vita e alla salute di ognuno". L'attuazione di tali enunciazioni programmatiche richiede ovviamente una oculata gestione delle imprese la cui attività comporta rischi per l'ambiente, ed un effettivo ed efficace controllo da parte delle autorità nazionali responsabili.

**B)** Il buon governo, nell'affermazione del primato del diritto, del rispetto dei diritti umani, della lotta contro la corruzione, è divenuto

---

<sup>30</sup> Vedi SAULLE (M.R.), Globalizzazione e solidarietà, in *"Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani"*, Napoli, ESI, 1999, p. 229 e ss.

<sup>31</sup> Vedi il Testo della Dichiarazione e Programma di azione, in *"Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani"*, cit., p. 327 e ss.

un punto di riferimento preciso nelle conferenze internazionali e nelle dichiarazioni di esponenti politici responsabili.

Al vertice dell'ONU sul finanziamento dello sviluppo a Monterrey, in Messico, nel marzo 2002, i Capi di Stato e di governo partecipanti si sono dichiarati impegnati a tentare di risolvere il problema del finanziamento dello sviluppo nel quadro mondiale, nell'intento di eliminare la povertà e di realizzare una crescita economica sostenuta e uno sviluppo equo.

In tema di strategie di sviluppo i principi di base, soprattutto a partire dagli anni settanta del secolo scorso, sono divenuti la liberalizzazione dell'economia e una maggiore apertura sul mondo. Il primo maggio 1974 le Nazioni Unite provvidero a fare adottare dall'Assemblea generale una risoluzione<sup>32</sup> riguardante il nuovo ordine economico internazionale, la quale era però ancora fondata sui sistemi economici praticati all'epoca e sulla dicotomia tra economia pianificata e economia di mercato. In tale risoluzione non era fatta esplicita menzione del diritto di proprietà privata.

Successivamente si sono tenute importanti conferenze internazionali come quella del Cairo del 1994 sulla popolazione e lo sviluppo ed il Summit di Copenaghen del 1995 sullo sviluppo sociale. Oltre a queste manifestazioni sono noti i Programmi delle Nazioni Unite per lo sviluppo e i Programmi realizzati dall'IFAD, il Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo.

Un ruolo determinante nell'elaborazione di politiche di sviluppo agricolo compete alla FAO, che ha le sue radici nell'Istituto internazionale di agricoltura fondato da David Lubin, la cui azione di pioniere nel settore dello sviluppo agricolo è tramandata dalla storia<sup>33</sup>.

Alla FAO spetta un compito impegnativo: eliminare la fame nel mondo e favorire lo sviluppo dell'agricoltura mediante adeguate strategie di azione, nell'obiettivo di una modernizzazione del settore agricolo. La quale richiede l'installazione di infrastrutture di tipo industriale allo scopo di realizzare una migliore integrazione dell'agricoltura nella vita economica, in modo da contribuire efficacemente allo sviluppo

---

<sup>32</sup> Cfr. Ris. 32 01-S-VI.

<sup>33</sup> Vedi STELLING-MICHAUD, *David Lubin (1849-1919) – un pionnier de l'organisation internationale*, in "Sonderdruck aus schweizer beiträge zur allgemeinen geschichte", étude suisse d'histoire générale, band 9, 1951, Bern, 1948, pp. 10-37, pubblicato anche nella rivista "La Comunità internazionale", 1948, pp. 10-37.

agricolo anche nei Paesi del Terzo mondo<sup>34</sup>, nell'era della globalizzazione.

La globalizzazione non comprende comunque soltanto il capitale economico, ma richiede dall'intera società umana modelli di vita adeguati alle nuove prospettive globali anche nel settore della scienza, della cultura e dell'educazione. "Si può fare un buon uso o un cattivo uso della globalizzazione", ha rilevato il presidente francese Jacques Chirac in un discorso tenuto alla Conferenza generale dell'UNESCO il 16 ottobre 2001; in ogni caso essa non può essere ridotta "al primato della sola legge di mercato"<sup>35</sup>.

C) Per effetto della globalizzazione la società industrializzata di impronta occidentale si trova a contatto con i c.d. "rifugiati economici", quelle persone, cioè, che si spostano da un Paese all'altro esclusivamente alla ricerca di un benessere. Dai Paesi sotto-sviluppati, in cui la pressione demografica è al limite della sopravvivenza e le risorse disponibili sono insufficienti o male utilizzate, sono costanti e consistenti i movimenti di emigrazione verso i Paesi più ricchi e progrediti, la cui capacità di assorbimento è messa a dura prova. Problematiche si pongono anche dal punto di vista giuridico e delle relazioni politiche internazionali, dato che in gran parte si tratta di immigrati clandestini<sup>36</sup>.

L'Assemblea generale della Nazioni Unite ha proclamato il Decennio per l'eliminazione della povertà che va dal 1997 al 2006. Dal Programma promosso dall'UNDP si desume che "la povertà non è soltanto un problema morale: il benessere di ciascuno dipende dalla garanzia di un livello minimo di benessere per tutti"<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Sulla FAO vedi, tra i moltissimi, MARCHISIO (S.)-DI BLASE (A.), *L'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture*, Georg, Genève, 1986.

<sup>35</sup> Vedi "La sfida delle culture nel mondo globale", discorso tenuto alla Conferenza generale dell'UNESCO il 16 ottobre 2001.

<sup>36</sup> La politica dell'Unione Europea in materia di immigrazione si prefigge una gestione efficace dei flussi migratori, un equo trattamento per i cittadini dei Paesi terzi che soggiornano legalmente negli Stati membri, l'intensificazione della prevenzione e contrasto degli esseri umani. Oggetto della politica in questione sono anche l'immigrazione e il soggiorno irregolare, l'allontanamento e il rimpatrio, prevedendosi espressamente la conclusione di accordi con Paesi terzi perché riammettano, in quanto Paesi di origine o di provenienza, i cittadini illegalmente immigrati. Sulla politica di immigrazione nel progetto di Costituzione Europea vedi CONDINANZI (M.), LANG (A.), NASCIMBENE (B.), *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in "Collana di testi e documenti di diritto europeo", diretta da Bruno Nascimbene, Milano, Giuffrè, 2003, p. 271 e ss.

<sup>37</sup> Cfr. UNDP, *United Nations Development Program*.

La povertà può avere varie cause; in molti casi è determinata dalla mancanza di un lavoro stabile. La fame e la malnutrizione derivano dalla incapacità di produrre beni alimentari e dall'impossibilità di importarli, per la mancanza di uno sviluppo tecnologico atto alla produzione e la mancanza o l'inosservanza di regole preposte alla disciplina degli scambi internazionali.

La globalizzazione e il passaggio all'economia di mercato non hanno prodotto i risultati sperati, come rileva Stiglitz<sup>38</sup>; qualcosa, evidentemente, non ha funzionato anche nei rapporti con le istituzioni internazionali che governano la globalizzazione. Nell'ambito di esse sono spesso emerse posizioni contrastanti circa le strategie di azione da adottare.

Problemi di coesione sono derivati anche da contrapposizioni di interessi tra le istituzioni finanziarie internazionali e quelle economiche. Mentre l'Organizzazione mondiale del Commercio (OMC) esprime le istanze e gli interessi della comunità commerciale, espressi dai Ministri del Commercio che partecipano alle riunioni, il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale esprimono gli orientamenti delle comunità finanziarie, da cui i Ministri delle finanze e i Governatori delle Banche centrali in genere provengono<sup>39</sup>.

Le questioni ambientali vengono spesso trascurate in questi consessi globali, o non considerate adeguatamente.

In mancanza di un vero e proprio "governo globale", ancora incompleto e contraddittorio, viene auspicato un mutamento di tendenze, volto a cambiare alcune delle "regole del gioco" che sono alla base dell'attuale sistema di relazioni internazionali, in modo da incentivare una crescita non soltanto più sostenibile, ma anche più adeguatamente distribuita.

7. Le spinte globalizzanti che caratterizzano l'epoca attuale, accompagnate dalla mobilità e dalla fluidità dell'odierna società umana, pongono il tema dell'educazione, dell'istruzione e, quindi, della scuola al centro di dibattiti politici e giuridici<sup>40</sup>.

Lo stretto legame tra livello di istruzione e sviluppo sociale era

---

<sup>38</sup> Vedi "La globalizzazione e i suoi oppositori", cit., p. 20.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Sul tema vasto e complesso dell'istruzione e della scuola italiana vedi, di recente, SANDULLI (A.), *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, Il Mulino, Studi e ricerche, 2003.

stato evidenziato già in epoca precedente da parte di studiosi e di politici. Si era detto che “la condizione essenziale di ogni progresso è lo sviluppo dell’istruzione”<sup>41</sup>; e che l’istruzione “est la première priorité nationale”<sup>42</sup>.

L’obiettivo originario della scuola e dell’università era originariamente quello di creare cittadini dall’identità e dal linguaggio relativamente omogenei e definiti. I profondi cambiamenti che si sono verificati nella società umana e nella cultura, per cui il pianeta è divenuto una specie di “spazio aperto”, date le nuove tecnologie informatiche che sono entrate a fare parte della vita di ognuno, fanno sì che la scuola e l’università, pur dovendo ancora perseguire gli obiettivi originali, debbano ormai “competere e insieme cooperare con altre esperienze formative, sempre più ricche e sempre più multimediali”<sup>43</sup>.

La globalizzazione è un fenomeno non soltanto economico, ma anche culturale e politico.

È stato detto che “la cultura rende un popolo facile da guidare, ma difficile da trascinare, facile da governare, ma impossibile da ridurre in schiavitù”<sup>44</sup>. Dato il suo fine sociale l’istruzione, soprattutto nei Paesi più lontani e svantaggiati, appare ormai come un’esperienza ineludibile per poter affrontare le sfide del mondo attuale, date dal fanatismo e dalla demagogia.

Nota la scrittrice Assia Djebar: “la cultura e l’istruzione possono essere i soli mezzi per combattere la disperazione dei giovani abbandonati alla demagogia del fanatismo integralista; eppure si viene uccisi perché si possiede cultura e sapere...”<sup>45</sup>.

A) L’UNESCO svolge una intensa propaganda per la promozione dell’istruzione e della cultura nei Paesi del Terzo mondo, in conformità alla sua costituzione e in stretto collegamento con le Nazioni Unite.

Gran parte dell’azione dell’UNESCO è destinata alle donne, alla loro alfabetizzazione e alla loro cultura, nell’intento di migliorarne la

<sup>41</sup> Cfr. NITTI (F.S.), *Il partito radicale e la nuova democrazia industriale. Prime linee di un programma del partito radicale*, Torino-Roma, 1907, p. 96.

<sup>42</sup> Cfr. *Commission supérieure de codification. Code de l’éducation*, Paris, Les éditions des journaux officiels, 2000, P. 51.

<sup>43</sup> Vedi BOCCHI (G.)-CERUTI (M.), *Educazione e globalizzazione*, Milano, 2004, p. XII.

<sup>44</sup> L’affermazione, attribuita a Lord Brougham, è richiamata da LEVI MONTALCINI (R.), *Tempo di mutamenti*, cit., p. 99.

<sup>45</sup> Vedi DJEBAR ASSIA, *Nel cuore della notte algerina*, Firenze, Giunti, 1998.

condizione elevando il loro livello di istruzione e di educazione. Di notevole significato sono le attività previste dal Grande Programma, ed in particolare quelle volte a non discriminare le donne nel campo dell'insegnamento e degli studi.

In vari Paesi del mondo le donne si trovano in una situazione di estrema arretratezza. La maggior parte di analfabeti nel mondo è tra le donne. Agli inizi del 2000 il 34% delle donne nel mondo era ancora analfabeta contro il 19% degli uomini.

L'apertura delle donne a un livello d'istruzione più completo si rivela più che mai necessario a fini educativi per educare le generazioni future e mettere a frutto le possibilità offerte dai programmi di cooperazione internazionale nei settori dell'istruzione, della sanità e della pianificazione familiare.

In certi Paesi emergenti la situazione sta comunque cambiando e la percentuale di giovani donne istruite sta aumentando.

Nel nuovo Afghanistan, dopo gli anni bui dei talebani, le donne hanno riconquistato il diritto allo studio. La ministra delegata alla condizione femminile, Abiba Sarobi, ha fatto rilevare alcuni punti particolarmente significativi della nuova Carta costituzionale dell'Afghanistan, il quale non ha più la "sharia" come legge fondamentale; è stata infatti sancita la parità di diritti tra uomini e donne.

Una certa evoluzione è riscontrabile anche in Iran. Shirin Ebadi, premio Nobel per la pace 2003 per i suoi sforzi per la democrazia e i diritti umani in un'era di violenza, ha detto che le donne nel suo Paese sono forti, consapevoli e ormai più colte, per cui sarà difficile mantenere certe leggi che le privano di diritti fondamentali, anche per la considerazione, espressa nella Dichiarazione conclusiva della Conferenza mondiale sui diritti umani tenutasi a Vienna nel 1993, secondo cui "i diritti delle donne sono diritti umani". Lo specifico femminile dovrebbe quindi essere superato dalla valutazione concettuale del termine "umanità", il quale va fondato sull'integrazione e sulla partecipazione delle persone appartenenti ai due sessi in ogni settore della vita sociale<sup>46</sup>.

Da una valutazione dei fatti interni e internazionali emerge peraltro che la condizione femminile è ancora oggetto di discriminazioni e di violenze. Basti pensare alla situazione ancora precaria delle donne

---

<sup>46</sup> Vedi SAULLE (M.R.), *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, cit., p. 139.

in Cina, spesso oggetto di violenze e stupri; agli stupri perpetrati in Bosnia; agli innumerevoli casi di abusi e di violenze di cui le donne sono oggetto anche nei Paesi più progrediti e civilizzati.

La Conferenza mondiale di Vienna sui diritti umani del 1993 ha posto l'accento sull'importanza di lavorare per l'eliminazione delle violenze contro le donne nella vita pubblica e privata, per l'eliminazione di tutte le forme di molestie sessuali, sfruttamento e tratta delle donne, per l'eliminazione di pregiudizi di genere nell'amministrazione della giustizia e per lo sradicamento di ogni conflitto che può insorgere tra i diritti delle donne e gli effetti dannosi di certe pratiche tradizionali o abituali, di pregiudizi culturali ed estremismi religiosi.

Nel corso della IV Conferenza mondiale sulle donne organizzata dall'ONU a Pechino nel 1995<sup>47</sup> è stata sostenuta la necessità della piena partecipazione delle donne alla vita pubblica e allo sviluppo economico e sociale. Nella Dichiarazione finale di tale Conferenza è stata evidenziata l'esigenza, per affrontare le sfide del Terzo millennio, di operare congiuntamente ed in collaborazione con gli uomini per il comune obiettivo di raggiungere la parità dei sessi in tutto il mondo.

**B)** La Conferenza mondiale dell'ONU sui diritti umani del 1993 considera l'educazione ai diritti umani, la formazione e l'informazione pubblica come essenziali per la promozione e l'ottenimento di relazioni stabili e armoniose in ambito internazionale, coerentemente con la Carta delle Nazioni Unite, ed i Patti internazionali approvati dall'Assemblea generale nel 1966.

Per quanto concerne i diritti protetti dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali, e culturali, la garanzia del godimento di essi implica un'azione coordinata e concertata nel quadro globale tra organi competenti degli Stati e operatori economici, non sempre disposti a collaborare pienamente.

Va notato come all'intensa attività delle Nazioni Unite nel settore della cooperazione economica e sociale non sia corrisposto un impegno adeguato a fornire le risorse finanziarie necessarie per attuare i programmi e le strategie elaborati in sede ONU, per cui molte delle solenni enunciazioni programmatiche delle Nazioni Unite in tema di

---

<sup>47</sup> Vedi il testo della Dichiarazione conclusiva della Conferenza di Pechino sulle donne in *"Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani"*, cit., p. 362 e ss.

sviluppo economico e sociale hanno avuto un riscontro insufficiente<sup>48</sup>. Va d'altronde rilevato che la forma stabilita dalla Carta dell'ONU, specificatamente dall'art. 55, per la promozione del progresso e dello sviluppo sociale è quella della cooperazione su base associativa e volontaria e non contempla poteri esecutivi di vasta portata per i trasgressori, analogamente a quelli disposti dal Cap. VII della Carta per la tutela della pace.

È ovvio che occorrerebbe una strategia di riforma del sistema estremamente articolata, incoraggiando riforme che ogni Paese possa effettivamente intraprendere.

Anche i Paesi in via di sviluppo dovrebbero assumersi in prima persona la responsabilità del proprio benessere e gestire adeguatamente le loro risorse e i loro bilanci.

Alla comunità internazionale spetta il compito di prendere in debita considerazione le emergenze e i bisogni dei Paesi più svantaggiati, di valutarne le scelte (politiche ed economiche) e, se del caso, di proporre nuove scelte, considerando anche i rischi che queste comportano.

Se i Paesi in via di sviluppo devono rendersi artefici del loro destino, i Paesi più progrediti non possono sottrarsi ai loro impegni e alle loro responsabilità sul piano internazionale.

---

<sup>48</sup> Vedi RIVLIN, *Le développement; dilemmes et tensions au sein de l'Organisation des Nations Unies*, in *Revue internationale des sciences sociales*, 1995, pp. 373-387. Per considerazioni analoghe vedi MARCHISIO (S.), *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 350.



