

3.2021 Le attualità della Costituzione kelseniana

3.2021 Le attualità della Costituzione kelseniana



Percorsi costituzionali

Giuseppe de Vergottini
Le attualità
della Costituzione
kelseniana

Christoph Grabenwarter
100 anni
di Costituzione federale
e giustizia costituzionale
in Austria

Mario G. Losano
Hans Kelsen
e l'America Latina

Anna Gamper
The Austrian Federal
Constitution
under crisis

Bernd Wieser
La Costituzione
cecoslovacca del 1920
e la Costituzione federale
austriaca del 1920
a confronto

Gerhard Baumgartner
Rule of law and Economic
Constitution

Raffaele Chiarelli
Flessibilità
della Costituzione
e evoluzioni più recenti
del sistema parlamentare
austriaco

Esther Happacher
Il segreto d'ufficio
nella Costituzione
austriaca:
dalla riservatezza assoluta
alla libertà d'informazione

Giorgio Repetto
L'accentramento
del giudizio
di costituzionalità
in Kelsen come chiave
di lettura delle evoluzioni
della giustizia
costituzionale in Italia
(prime note)

Felice Giuffrè
I servizi di informazione
e sicurezza
della Repubblica
nella dialettica
tra Governo e Parlamento

Martin J. Acevedo - Miño
The undue Delay
in the Processing
of Judicial Proceedings.
Argentine cases that mark
Deficits of the System

Claudia Marchese
Il ruolo della scienza
nei processi di decisione
pubblica. Lezioni
dall'esperienza francese
e da quella italiana
in occasione della crisi
pandemica

Otto Gierke
Il diritto dello Stato
di Laband e la scienza
giuridica europea

fMC
Fondazione Magna Carta

Percorsi costituzionali

3.2021



Jovene editore

Direttore

Giuseppe de Vergottini

Condirettore

Tommaso Edoardo Frosini

Comitato di Direzione

Luca Antonini, Carla Bassu, Giuseppina Giuliana Carboni, Ginevra Cerrina Feroni
Antonio D'Aloia, Elena D'Orlando, Felice Giuffrè, Susanna Mancini
Claudio Martinelli, Luca Mezzetti, Giuseppe Morbidelli, Ida Nicotra
Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Giovanni Pitruzella, Giulio Maria Salerno
Fiammetta Salmoni, Lucia Scaffardi, Maria Alessandra Stefanelli
Lorenza Violini, Niccolò Zanon

Comitato Internazionale

Alessandro Amaya (Argentina), Francisco Balaguer Callejon (Spagna)
Armin von Bogdandy (Germania), David Capitant (Francia), Selin Esen (Turchia)
Marcelo Figueiredo (Brasile), Anna Gamper (Austria), Yasuo Hasebe (Giappone)
Chris Himsworth (Scozia), Peter Hilpold (Austria), Peter Leyland (Inghilterra)
Otto Pfersmann (Francia), Calogero Pizzolo (Argentina), Michel Rosenfeld (USA)
Dominique Rousseau (Francia), Pedro Tenorio (Spagna)

Comitato di Redazione

Ulrike Haider-Quercia (capo redattore), Francesco Biagi, Chiara D'Alessandro
Luigi Ferraro, Elena Ferioli, Justin O. Frosini, Claudia Marchese, Andrea Pin
Francesca Polacchini, Edoardo Raffiotta, Silvia Sassi, Serena Sileoni

Amministrazione e pubblicità

JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

Condizioni di abbonamento: € 70,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:

a) con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520
indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;

b) a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo
se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore
su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

I contributi pubblicati su questo fascicolo sono soggetti a valutazione
da parte di un comitato di referee.

ISSN 1974-1928

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 17 del 25 marzo 2014

Finito di stampare nel gennaio 2023 - Grafica Elettronica - Napoli

INDICE

3.2021

1920/2020: Le attualità della Costituzione kelseniana

EDITORIALE

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Le attualità della Costituzione kelseniana* p. 613

SAGGI

- CHRISTOPH GRABENWARTER, *100 anni di Costituzione federale e giustizia costituzionale in Austria* » 623
- MARIO G. LOSANO, *Hans Kelsen e l'America Latina* » 631
- ANNA GAMPER, *The Austrian Federal Constitution under crisis* » 651
- BERND WIESER, *La Costituzione cecoslovacca del 1920 e la Costituzione federale austriaca del 1920 a confronto* » 669
- GERHARD BAUMGARTNER, *Rule of law and Economic Constitution* ... » 687
- RAFFAELE CHIARELLI, *Flessibilità della Costituzione e evoluzioni più recenti del sistema parlamentare austriaco* » 705
- ESTHER HAPPACHER, *Il segreto d'ufficio nella Costituzione austriaca: dalla riservatezza assoluta alla libertà d'informazione* » 721
- GIORGIO REPETTO, *L'accentramento del giudizio di costituzionalità in Kelsen come chiave di lettura delle evoluzioni della giustizia costituzionale in Italia (prime note)* » 731

OSSERVATORIO

- FELICE GIUFFRÈ, *I servizi di informazione e sicurezza della Repubblica nella dialettica tra Governo e Parlamento* » 757
- MARTIN JULIÁN ACEVEDO - MIÑO, *The undue Delay in the Processing of Judicial Proceedings. Argentine cases that mark Deficits of the System* » 777

CLAUDIA MARCHESE, *Il ruolo della scienza nei processi di decisione pubblica. Lezioni dall'esperienza francese e da quella italiana in occasione della crisi pandemica* p. 799

PASSATO E PRESENTE

OTTO GIERKE, *Il diritto dello Stato di Laband e la scienza giuridica europea* (seconda ed ultima parte), traduzione a cura di Clemente Forte » 827

Elenco collaboratori » 871

EDITORIALE

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

LE ATTUALITÀ
DELLA COSTITUZIONE KELSENIANA

Le origini della Costituzione austriaca vengono spesso indagate nel contesto del pensiero di Hans Kelsen al cui nome essa rimase fortemente legata sin dalla sua entrata in vigore il 10 novembre 1920.

L'impianto della legge costituzionale federale (*Bundes-Verfassungsgesetz*), assume caratteristiche differenti e ben specifiche rispetto alle altre costituzioni che sono state elaborate nel contesto culturale e sociale del primo dopoguerra, caratterizzato da una ricca migrazione di idee costituzionali.

Il *Bundes-Verfassungsgesetz* 1920 si concepisce come legge fondamentale per la regolazione e l'organizzazione dei processi politici democratici (*Spielregelverfassung*), e manca, rispetto ad esempio alla Costituzione di Weimar, di un catalogo dei diritti e della costituzionalizzazione del principio dello stato sociale. La Costituzione austriaca introduce, invece, una novità che rimarrà significativa non solo per il consolidamento dell'ordinamento repubblicano e democratico emergente dalla frantumazione dell'impero austro-ungarico ma che assumerà un centrale significato anche per numerose democrazie contemporanee nel mondo intero a partire dal secondo dopoguerra.

L'epocale novità riguarda l'organo di controllo della conformità delle leggi al dettato costituzionale ottenuto mediante la istituzione di una Corte costituzionale. Tale archetipo costituzionale da allora rimase associato al nome di Hans Kelsen, anche in virtù del ruolo centrale che egli ebbe per il coordinamento dei lavori costituenti. Si ricorda in proposito che l'elaborazione concettuale di una giustizia costituzionale specializzata ed accentrata ebbe inizio già con la Costituzione dell'Impero austro-ungarico del 1867, quando si istituì un indirizzo costituzionale che attribuì alla Corte suprema

poteri di controllo di legittimità delle leggi. Questo regime di garanzia della costituzionalità è stato commentato da giuristi come Georg Jellinek¹, Edmund Bernatzik (il primo dei maestri accademici di Kelsen) e Karl Renner².

Il precedente storico qui ricordato sarebbe stato poi inquadrato, in generale, nella originalità del pensiero kelseniano articolato sulla teoria della dottrina pura del diritto e sulla sua concezione non solo della funzione e del potere dei giudici costituzionali ma del diritto e della tradizione costituzionale austriaca in generale.

In questa prospettiva, a conclusione dell'anno di celebrazione del centesimo anno della Costituzione austriaca nel 2020³, i contributi che questo fascicolo di Percorsi costituzionali presenta forniscono un aggiornamento sulla Costituzione austriaca e sul significato che le teorie kelseniane hanno svolto e continuano a svolgere per il diritto e la dottrina costituzionalistica non solo austriaca.

In apertura al presente volume il Presidente del *Verfassungsgerichtshof* Christoph Grabenwarter indica i punti di svolta nella storia costituzionale dell'Austria spiegando come specialmente nel secondo dopoguerra, quando fu reinserito il testo costituzionale redatto da Kelsen nel 1920 (e riformato profondamente nel 1929), si sviluppa – con gli strumenti offerti dalla Costituzione – una cultura costituzionalistica specificatamente austriaca ed in forte contrasto rispetto all'esperienza costituzionale degli anni 1920 e 1930. Un aspetto centrale assume l'utilizzo della fonte costituzionale come fonte quasi quotidianamente impiegata per integrare l'assetto ordinamentale. Ciò è manifestato, ad esempio, dalla riconduzione di testi di natura giuridica internazionale ed europea – tra cui soprattutto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – nel rango di diritto costituzionale. Di conseguenza tale normative di origine extra-ordinamentale non solo integrano la Costituzione del 1920 ma

¹ Cfr. G. Jellinek, *Una Corte costituzionale per l'Austria* (traduzione a cura di E. Palici di Suni), Torino, 2013, che in tale scritto rivendica l'istituzione di una Corte costituzionale solamente tuttavia per le leggi prima della loro promulgazione e solamente per le questioni riguardanti il riparto delle competenze.

² Cfr. E. Wiederin, *Forgotten roots of Concentrated Judicial Review in Austria*, in: 100 Jahre Verfassungsgerichtshof - Constitutional Court, Vienna, 2021, 83 s.

³ Sul tema vedi il volume di *Percorsi costituzionali* n. 3/2019 dedicato nella parte monografica a "I cento anni della Costituzione austriaca".

diventano anche un diretto parametro di valutazione di legittimità delle norme per i giudici costituzionali.

Un confronto della Costituzione del 1920 con la coetanea Costituzione della Cecoslovacchia svolge Bernd Wieser, il quale individua una serie di assonanze ma anche differenze delle due carte costituzionali elaborate sullo sfondo della cultura giuridica della Costituzione imperiale del 1867. Ricorda in particolare che anche la Costituzione della Repubblica cecoslovacca aveva previsto un modello di giustizia costituzionale accentrata, che si differenzia dal modello austriaco non solo a causa della esclusione dal controllo costituzionale degli atti amministrativi (competenza che sin dall'inizio costituisce una delle più significative della Corte austriaca) ma per una serie di condizioni limitative dell'accesso alla giurisdizione costituzionale che avevano, impedito a quella Corte di diventare un modello di riferimento in modo simile a quanto avvenuto per la Corte costituzionale austriaca.

È stata la Costituzione italiana del 1948 ad essere la prima dopo quella austriaca a prevedere un modello di giustizia costituzionale accentrato. Questo dato viene ben ricordato da Giorgio Repetto che nel suo contributo considera l'accentramento della giustizia costituzionale in Italia, avendo come termine di paragone il modello kelseniano di *Verfassungsgerichtbarkeit*.

L'autore mette in risalto il rapporto tra la concezione della Corte come legislatore negativo secondo l'impostazione kelseniana e il ruolo connotato dai caratteri specifici e concreti del giudizio della Corte italiana, derivanti fra l'altro dalle regole di accesso e del giudizio di rilevanza, elementi che differenziano il modello evoluto nell'ordinamento italiano dal prototipo austriaco.

L'influenza delle teorie di Hans Kelsen oltre il contesto europeo è evidenziato da Mario Losano, il quale ricostruisce l'attività di consulente del giurista austriaco nei processi costituenti nei Paesi dell'America Latina, evidenziando un aspetto meno noto e ad oggi poco esplorato, ma non per questo non meno significativo, dell'operato di Hans Kelsen.

Nei più di cento anni della sua esistenza, la Costituzione austriaca si è adattata a condizioni politiche e sociali molto diverse. Di questa sua caratteristica viene data testimonianza da Anna Gamper, che nel suo contributo analizza la capacità della Costituzione au-

striaca di fornire risposte per i periodi di crisi di vario tipo, anche in assenza di specifiche previsioni sullo stato di emergenza.

Gerhard Baumgartner introduce ad un altro aspetto di persistente attualità del pensiero di Kelsen spiegando l'importanza centrale che assume lo stato di diritto, principio assunto come *Baugesetz* dell'ordinamento costituzionale austriaco in via giurisdizionale, per la costituzione economica.

Esther Happacher evidenzia i numerosi tentativi di riforma riguardante il segreto d'ufficio, che nella Costituzione austriaca è previsto nell'art. 20, 3° comma. Tale norma fa sì che l'Austria costituisca l'ultimo Paese europeo che mantiene tuttora un obbligo costituzionale di segretezza per l'attività istituzionale degli organi di tutti i livelli della pubblica amministrazione, obbligo che si pone in una tensione con l'esigenza di trasparenza dell'attività amministrativa.

Il saggio di Raffaele Chiarelli ci riporta al cuore del pensiero di Kelsen, il quale come ben noto, oltre ad aver dato un importante contributo per la concezione della giustizia costituzionale accentrata, è stato anche uno convinto fautore del sistema parlamentare. Ed è proprio tale sistema affermatosi nel contesto della Costituzione razionalizzata del 1920/1929 che – come evidenziato da Raffaele Chiarelli – sta attraversando una fase di crisi profonda dovuta alla trasformazione del sistema partitico e sociale che appare stia perdendo la sua iniziale e stabilizzante natura compromissoria.

In questa ottica rimane, quindi, sempre attuale il problema politico della giustizia costituzionale e il suo bilanciamento con gli altri poteri in una democrazia moderna, che vorrebbe – secondo l'impostazione kelsensiana – affidare al popolo, e quindi agli organi elettivi, l'intero controllo dell'esercizio del potere statale.

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

THE CURRENT SIGNIFICANCE
OF THE KELSENIAN CONSTITUTION

The origins of the Austrian Constitution are often investigated within the context of the thinking of Hans Kelsen, with whose name it has been indelibly linked since it came into force on 10 November 1920. The legal formalism inherent within the Austrian Federal Constitutional Law (*Bundes-Verfassungsgesetz*) has very specific characteristics, which differ from the other constitutions adopted within the cultural and social post-WW1 milieu characterised by a rich interchange of constitutional ideas.

The *Bundes-Verfassungsgesetz* of 1920 was conceptualised as a basic law adopted to regulate and organise democratic political processes (*Spielregelverfassung*). In contrast to the Weimar Constitution, it does not contain a bill of rights, nor does it constitutionalise the principle of the welfare state. By contrast, the Austrian Constitution of 1920 introduces a novelty, the significance of which would endure over time not only due to the fact that it consolidated the republican, democratic order emerging out of the ruins of the Austro-Hungarian Empire, but also because it would later play a significant role for a number of contemporary democracies around the world in the aftermath of the Second World War.

One particularly innovative change involved the creation of a Constitutional Court with authority to review the constitutionality of legislation. This constitutional archetype has since then been associated with the name of Hans Kelsen, also due to the key role that he played in the coordination of the works of the Constituent Assembly. It should be recalled that the presence within the constitutional system of specialist and centralised constitutional justice was already apparent within the Imperial Constitution of 1867, which launched a constitutional approach that granted the Supreme Court the power to review the constitutionality of legislation. That

system within the Austro-Hungarian Empire was conceptualised and discussed by jurists such as Georg Jellinek,⁴ Edmund Bernatzik (the first of Kelsen's academic mentors) and Karl Renner.⁵

However, one must also consider the fact that the more formal Kelsenian imprimatur of the law, the doctrine of the pure theory of law, as well as the value of positive law and of form were essential factors in the conception not only of the function and power of constitutional judges but also of Austrian constitutional law and tradition more generally.

Within this perspective, having recently concluded the year of celebrations to mark the one hundredth anniversary of the Austrian Constitution in 2020,⁶ the papers presented in this issue of *Percorsi costituzionali* provide an update on the Austrian Constitution as well as the significance that Kelsenian theories have had and continue to have on constitutional law and legal scholarship, both in Austrian and beyond.

This issue opens with a paper by Christoph Grabenwarter, President of the *Verfassungsgerichtshof*, in which he discusses the turning points in the constitutional history of Austria, explaining how – especially during the post-WW2 period when the Constitution drafted by Kelsen in 1920 (as thoroughly amended in 1929) was reinstated – a specifically Austrian constitutional culture was developed using the instruments offered by the Constitution, which markedly contrasted with the constitutional approach followed during the 1920s and 1930s. The usage of the Constitution as an almost everyday source of law in order to supplement the legal system was a core aspect. This was apparent for instance in the adoption of international and European laws – including above all the European Convention on Human Rights – as instruments with constitutional status. Consequently, that originally non-Austrian law

⁴ Cf. G. Jellinek, *Una Corte costituzionale per l'Austria* (translation edited by E. Palici di Suni), Turin, 2013, who however calls for the establishment of a Constitutional Court that only had the power to review legislation prior to enactment, and only with regard to aspects concerning the division of powers.

⁵ Cf. E. Wiederin, *Forgotten roots of Concentrated Judicial Review in Austria*, in *100 Jahre Verfassungsgerichtshof - Constitutional Court*, Vienna, 2021, 83 et seq.

⁶ On this issue see issue no. 3/2019 of *Percorsi costituzionali*, the monographic part of which is dedicated to “One hundred years of the Austrian Constitution”.

supplemented not only the Constitution of 1920 but also became an actual yardstick that was used by the Constitutional Court to assess the constitutionality of legislation.

Bernd Wieser compares the 1920 Constitution with the Czechoslovak Constitution adopted in the same year, identifying various similarities and differences between the two constitutions, both of which were created against the legal cultural backdrop of the 1867 Imperial Constitution. He recalls in particular that the Constitution of the Republic of Czechoslovakia also established a model of centralised constitutional justice, which differed from the Austrian model not only in that it excluded administrative acts from the scope of constitutional review (a competence which, from the outset, was one of the most significant of the Austrian Constitutional Court), but also due to a series of conditions concerning access to justice and internal constitutional procedures. These ultimately prevented it from turning into a successful model to be exported around the world, as occurred with the Austrian Constitution.

It was precisely the Italian Constitution of 1948 that was the first since the Austrian Constitution to establish a model of centralised constitutional justice. This fact is recalled by Giorgio Repetto, who in his paper discusses the background to the centralisation of constitutional justice in Italy, using as a basis for comparison the Kelsenian model of *Verfassungsgerichtbarkeit*. He demonstrates in particular how the centralising choices resulted from the tension necessary in order to maintain an equilibrium between the Kelsenian role of the negative legislator and a countervailing role strongly characterised by the specific and tangible features of proceedings before the Italian Court resulting, amongst other things, from the rules applicable to access to justice and relevance: both of these characteristics set the model that has evolved within Italian law apart from the Austrian prototype.

The influence of the theories of Hans Kelsen beyond Europe is highlighted by Mario Losano, who recounts the Austrian jurist's work as a consultant within the constitution-making processes of Latin American countries, thereby highlighting a less well-known

and as yet under-explored aspect of Hans Kelsen's work, although not for this reason any less significant.

Over the hundred years of its existence, the Austrian Constitution has adapted to highly disparate political and social conditions. This characteristic is discussed by Anna Gamper, who analyses the capacity of the Austrian Constitution to provide answers during periods marked by various types of crises, despite not containing any provisions concerning the state of emergency.

Gerhard Baumgartner introduces another highly topical aspect, explaining the central importance of the rule of law – a principle which is considered a so-called *Baugesetz* within the Austrian constitutional system – for the economic constitution.

Esther Happacher highlights the numerous attempts to reform the requirement of official secrecy provided for in Article 20(3) of the Austrian Constitution. As a result of this provision, Austria is the last European country that still has a constitutional requirement of secrecy, which is imposed on bodies at all levels throughout the public administration and stands in tension with the requirement of transparency within administrative activity.

The paper by Raffaele Chiarelli takes us to the heart of Kelsen's thinking. It is common knowledge that Kelsen not only provided an important contribution to the conceptualisation of centralised constitutional justice but was also a fanatical advocate of the parliamentary form of government. It is precisely this parliamentary system established under the rationalised Constitution of 1920/1929 that – as highlighted by Raffaele Chiarelli – is currently experiencing a phase of profound crisis due to the transformation of the party and social system, which is losing the stabilising role it initially had which is rooted in the politics of compromise.

Thus, within this perspective, the political problem of constitutional justice and its balancing with other branches of government within a modern democracy remains highly topical in that – according to the Kelsenian approach – it ultimately seeks to leave to the people (and thus to elected representatives) all controls over the exercise of state powers.

SAGGI

a cura di Ulrike Haider-Quercia

CHRISTOPH GRABENWARTER¹

100 ANNI DI COSTITUZIONE FEDERALE E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN AUSTRIA

SOMMARIO: A. Introduzione. – B. 100 anni in time-lapse: 1920 - 1945 - 1995 - 2020. – C. Le funzioni della giustizia costituzionale. – 1. Custode della Costituzione. – 2. Corte per la tutela dei diritti fondamentali e umani. – 3. Corte nella dimensione europea. – D. Le sfide attuali. – 1. Quanto è politica la Corte costituzionale? – 2. Il fattore “tempo”. – E. Conclusione.

A. *Introduzione*

Lo scorso anno ha segnato il centesimo anniversario dell'adozione della legge costituzionale federale austriaca. Con essa si è costituita la Corte Costituzionale nella sua forma attuale. Quello che segue è un breve sguardo ai punti di svolta nella storia costituzionale, prima di parlare da un lato delle funzioni e dall'altro delle sfide attuali della Corte costituzionale in Austria e in Europa.

B. *100 anni in time-lapse: 1920 - 1945 - 1995 - 2020*

All'inizio della mia conferenza daremo uno sguardo ai 100 anni della Costituzione federale austriaca. Guardare all'indietro in occasione di un anniversario ci rende possibile dividere il tempo in sezioni. Esaminiamo i 100 anni della Costituzione federale e dividiamoli in tre fasi, i primi 25 anni, gli ultimi 25 ed i 50 anni intermedi.

I primi 25 anni dal 1920 al 1945 furono molto movimentati. Nel 1929 la Costituzione fu riformata in maniera significativa, specialmente per quanto riguarda le modalità di elezione e la posizione costituzionale del Presidente federale, nonché l'organizzazione e la composizione della Corte Costituzionale.

¹ Relazione tenuta in apertura alla conferenza “La Costituzione austriaca nella scienza giuridica italiana e nel diritto comparato” tenutasi il 19 novembre 2021 nell'Istituto Storico Austriaco a Roma.

Tuttavia, questo emendamento costituzionale non è stato in grado di stabilizzare e pacificare la situazione politica. Nel 1933 furono soppressi il Parlamento e la Corte Costituzionale; l'ulteriore percorso verso lo stato corporativo e la catastrofe del nazionalsocialismo sono noti a tutti noi.

Alla fine del primo quarto di secolo la Guerra Mondiale era finita, la Costituzione è stata in vigore solo per la metà di quel periodo di tempo. L'Austria era letteralmente in rovina. Il 1945 fu l'anno della ricostruzione dello Stato di diritto democratico, e gli allora governanti decisero di reinserire la Costituzione del 1920, nella versione del 1929, anche se era nell'ambito di tale Carta costituzionale che la Prima Repubblica sostanzialmente fallì.

Questi primi 25 anni sono come non mai in contrasto con gli ultimi 25 anni, che hanno iniziato con l'adesione all'UE nel 1995. Politicamente, fu uno degli eventi più importanti e connesso con la più grande modifica della Costituzione nella storia dell'Austria. Anche negli anni che seguirono, la Costituzione fu più volte modificata e integrata in meglio. Esempi importanti sono la regolamentazione della questione dei toponimi bilingue in Carinzia nella legge sui gruppi etnici, i nuovi diritti fondamentali dell'infanzia o la creazione di tribunali amministrativi indipendenti per l'impugnazione degli atti amministrativi.

E cosa è successo nei 50 anni tra la fine della seconda guerra mondiale e il 1995? Senza alcuna violazione del diritto costituzionale, si è sviluppata una certa cultura costituzionale specificamente austriaca. Tre esempi lo possono illustrare.

Il primo riguarda la gestione delle conseguenze della guerra mondiale, e qui spicca in particolare il Trattato di Stato del 1955, che è esso stesso diritto costituzionale e si rifà nei contenuti e nei tempi alla legge costituzionale sulla neutralità permanente. Esso non solo ha ripristinato completamente l'indipendenza dell'Austria, ma è ancora un importante pilastro per la democrazia, i diritti umani e la protezione delle minoranze. Il Trattato di stato e la neutralità sono ancora saldamente ancorati nella coscienza della popolazione fino ad oggi.

Il secondo esempio sono le manifestazioni di una certa forma di democrazia del consenso che è associata al partenariato sociale, alle grandi coalizioni che per decenni hanno costituito la forma

principale di governo nonché il rapporto di cooperazione tra il governo federale e i *Länder*, ma anche tra i *Länder*.

La terza particolarità della cultura costituzionale austriaca sono i diritti fondamentali ed i diritti umani. Nel 1958 l'Austria ha aderito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e nel 1964 la Convenzione è stata retroattivamente elevata a legge con rango costituzionale, un passo unico nell'Europa dell'epoca. Il Parlamento ha successivamente integrato e rafforzato i diritti umani europei con i propri nuovi diritti fondamentali, come la protezione dei dati, la libertà artistica e la libertà personale.

Fattore decisivo per questi 50 anni nel bel mezzo della storia è che si è sviluppata una vera e propria cultura costituzionale austriaca, in completo contrasto con quella della Prima Repubblica.

Questi 50 anni dopo la dittatura, iniziati con un periodo di difficoltà economiche e sociali ma che hanno lasciato tempo per lo sviluppo, sono stati importanti come base per gli ultimi 25 anni. Sono mancati d'altronde ad alcuni di quegli Stati dell'Europa centrale e orientale che nel 1990 si sono liberati dalle grinfie del comunismo e che oggi si trovano ad affrontare crisi democratiche e costituzionali.

C. *Le funzioni della giustizia costituzionale*

La Corte costituzionale ha oggi tre funzioni principali: è custode della Costituzione, soprattutto nei confronti del legislatore, è Corte dei diritti fondamentali e dei diritti umani, ed è una Corte europea.

1. *Custode della Costituzione*

In qualità di custode della Costituzione, la Corte costituzionale vigila sul rispetto della Costituzione federale e ne garantisce la priorità. Lo fa anche nel suo ruolo arbitrale in materia di elezioni, conflitti di attribuzioni tra organi dello Stato e in caso di messa in stato di accusa dei ministri. La cosa più importante a livello internazionale, tuttavia, era ed è la sua responsabilità per il controllo delle norme. La Corte costituzionale è responsabile dell'esame delle leggi federali e dei *Länder*, nonché degli atti di tutte le autorità amministrative austriache.

Questa competenza non è solo di maggiore impatto per la co-

munità, ma ha avuto una influenza come modello europeo di giustizia costituzionale per tutto il mondo:

L'Italia ne seguì l'esempio nel 1948, la Germania nel 1949, la Spagna nel 1978 e la maggior parte dei Paesi dell'Europa centrale e orientale dopo il 1990.

Se la Corte costituzionale nei suoi primi anni era piuttosto riluttante in questo ambito, oggi si può dire che non esistono più molti ambiti legislativi dell'ordinamento giuridico che non siano stati improntati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, soprattutto attraverso l'abrogazione di singole disposizioni di legge.

Negli ultimi anni, l'attività di controllo si è estesa sempre di più anche al diritto civile e penale, non esclusivamente originata, ma comunque favorita da una nuova competenza, ovvero quella di controllare le leggi applicate nei procedimenti civili e penali dopo la sentenza di primo grado.

Esempi di decisioni spettacolari sono quelle sul "matrimonio per tutti" del 2017 o sul suicidio assistito del dicembre 2020, per cui è da notare che la Corte costituzionale austriaca si è pronunciata su valutazioni e ragionamenti molto simili a quelli della Corte costituzionale italiana del 2019.

2. *Corte per la tutela dei diritti fondamentali e umani*

Nella percezione dei cittadini, la Corte costituzionale è soprattutto un'autorità a tutela dei loro diritti fondamentali e umani.

Anche in questo caso la Corte costituzionale ha rinunciato alla iniziale riluttanza negli anni '80 ad adottare una visione più materiale dei diritti fondamentali, con il risultato che al legislatore e all'amministrazione sono state poste più delimitazioni all'esercizio dei loro poteri.

Sono stati aggiunti nuovi diritti fondamentali e altri più vecchi, spesso del XIX secolo, sono stati interpretati e sviluppati in una ottica evolutiva.

Vanno citati, da un lato, la garanzia della proprietà e la libertà di iniziativa economica nonché il principio di uguaglianza come cosiddetti diritti che sono stati interpretati in maniera evolutiva, e dall'altro il diritto fondamentale alla protezione dei dati, la protezione della libertà personale o i diritti dei fanciulli come nuove creazioni del legislatore costituzionale.

La Corte costituzionale non è lì solo per i cittadini, ma per tutte le persone che vivono in Austria o cercano protezione qui. L'Austria ha elevato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo a rango costituzionale già nel 1964 in maniera esemplare a livello internazionale.

Di conseguenza, le garanzie della CEDU assumono un significato preminente nella giurisprudenza della Corte. Come quasi nessun'altra Corte costituzionale europea, la Corte costituzionale (austriaca) fa frequentemente riferimento alle decisioni della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, sviluppando ulteriormente la giurisprudenza europea nel contesto dell'ordinamento nazionale.

Da un punto di vista sostanziale, la Corte costituzionale svolge il ruolo della Corte europea di Strasburgo per la sfera giuridica interna, ovvero quello di garantire il rispetto dei diritti della Convenzione sui diritti umani.

3. *Corte nella dimensione europea*

Con l'adesione dell'Austria all'Unione Europea un quarto di secolo fa, il diritto dell'Unione è entrato a far parte dell'ordinamento giuridico austriaco e un referendum – che è stato imposto dalla Costituzione – ha fornito la legittimazione necessaria.

Da allora, la Corte costituzionale ha dovuto pronunciarsi in innumerevoli decisioni su leggi e ordinanze emanate nell'ambito del diritto dell'Unione, molto spesso in attuazione di direttive dell'Unione europea.

Si è più volte occupata di complesse questioni relative alla portata del primato del diritto europeo, alla delimitazione delle competenze, ma anche di questioni di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttive o per presunta illegittimità di decisioni di suprema Corte.

La Corte costituzionale svolge un ruolo particolarmente preminente nel diritto europeo a partire da una decisione fondamentale del 14 marzo 2012, con la quale ha di fatto concesso alle garanzie della Carta europea dei diritti fondamentali rango costituzionale, laddove esse trovano un equivalente nel diritto costituzionale.

Altre Corti costituzionali hanno seguito l'esempio, tra cui il Tribunale costituzionale federale tedesco e la Corte costituzionale italiana.

D. *Le sfide attuali*

Nell'ultima parte delle mie osservazioni, vorrei citare e fare più luce su due sfide attuali, vale a dire:

1. Corte costituzionale e politica
2. Tempo e giustizia costituzionale

1. *Quanto è politica la Corte costituzionale?*

Negli ultimi anni, è stato da più parti evidenziato il fatto che la Corte costituzionale sta adottando sempre più decisioni che hanno un significato o conseguenze politiche rilevanti. Questa osservazione o concezione non è affatto nuova, né è imprecisa. Tuttavia, quando si valuta questo sviluppo, è necessario fare una distinzione ben precisa.

È corretto che la Corte costituzionale prenda decisioni con conseguenze politiche dirette. Non può essere altrimenti considerando che la sua funzione è quella di abrogare leggi in contrasto con la Costituzione. Con la pubblicazione della pronuncia di annullamento nella Gazzetta ufficiale, la legge viene abrogata, come se fosse stata abrogata dal legislatore stesso. È quindi corretto dire che la Corte costituzionale è un "legislatore negativo". Negativo in quanto può solo eliminare le leggi, ma mai crearle da solo.

Naturalmente, oltre al controllo delle norme, ci sono decisioni in particolare nel campo della giurisdizione statale che sono al centro della politica, così come nel settore dei procedimenti sulle controversie riguardanti le commissioni parlamentari d'inchiesta, ad esempio sull'istituzione di una commissione d'inchiesta o sulla trasmissione di informazioni ad essa. Questa competenza è recente, la Corte Costituzionale non l'ha scelta e la sta gestendo con cautela. L'assunzione dell'obbligo di motivazione da parte degli organi che devono presentare gli atti, può essere vista come un tentativo di non intromettersi nel contenzioso politico tra governo e opposizione. Finora è ampiamente riuscito, ma il futuro dirà se continuerà a rimanere in questo modo.

2. *Il fattore "tempo"*

L'ultimo anno e mezzo della pandemia ha dimostrato quanto sia importante prendere decisioni rapide.

Justice delayed is justice denied si dice nello spazio giuridico anglo-americano e la Corte europea dei diritti dell'uomo ha adottato questo *dictum* per il requisito di adeguata durata dei procedimenti secondo l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte costituzionale austriaca decide in media entro 115 giorni, cioè in meno di quattro mesi. Questo è un record, non solo per l'Austria, ma anche rispetto all'Europa e al mondo. Soprattutto, è un ottimo risultato per la tutela giuridica perché la richiesta di sentenze di qualità e motivazioni comprensibili non vengono sacrificati alla velocità, ma preservati da una pratica decisionale rapida.

In tempo di pandemia è ricomparsa la richiesta di procedimenti cosiddetti d'urgenza perché si temeva che le decisioni della Corte costituzionale potessero arrivare troppo tardi.

Oggi, ad appena due anni dall'imposizione delle prime restrizioni per far fronte alla pandemia, si può affermare che la Corte Costituzionale – nonostante le conseguenze della pandemia che ha colpita anch'essa – ha mantenuto la sua rapidità decisionale e ha pubblicato le prime sentenze fondamentali già a luglio 2020, quasi esattamente quattro mesi dopo il 15 marzo, quando iniziarono le restrizioni.

Inoltre la Corte Costituzionale, in una di queste decisioni fondamentali, ha modificato la propria giurisprudenza in modo da poter rivedere anche leggi e atti amministrativi scaduti. C'erano già degli accenni a questo nella giurisprudenza precedente che ora la Corte, data la situazione pandemica, ha sviluppato per evitare che atti normativi con una validità temporale limitata possano essere sottratti al controllo della Corte.

Come conclusione provvisoria va notato che, anche in confronto al resto dell'Europa, la Corte costituzionale è una di quelle Corti che durante la pandemia ha deciso in modo particolarmente rapido e particolarmente approfondito.

E. *Conclusione*

Nel frattempo il dibattito europeo sull'indipendenza della magistratura sta toccando anche la Corte costituzionale. Gli elevati valori di fiducia non devono nascondere il fatto che questa fiducia deve essere guadagnata ogni giorno, attraverso l'esercizio credibile

del compito assegnatole dalla Costituzione, attraverso la trasparenza e la buona comunicazione non solo dei risultati, ma anche dell'attività della Corte nel suo insieme.

Per questo motivo, lo scorso anno la Corte costituzionale ha colto il centesimo anniversario della Costituzione federale come un'opportunità per impostare il suo lavoro di comunicazione pubblica in modo molto più ampio, concentrandosi sulla trasmissione di contenuti costituzionali attraverso delle mostre oltre che tramite i tradizionali media. La mostra itinerante "Corte costituzionale in tournée", che da maggio a ottobre ha percorso tutti e nove i *Bundesländer*, e l'iniziativa "La Costituzione fa scuola" sono gli esempi più importanti di iniziative in questo ambito.

Con questo sforzo, la Corte costituzionale austriaca è in buona compagnia. La Corte Costituzionale italiana si è imposta all'attenzione con l'iniziativa "Un viaggio in Italia", il *Conseil Constitutionnel* francese organizza attività nelle regioni e il Tribunale costituzionale federale tedesco partecipa all'iniziativa "Legal Forum" con sede a Karlsruhe e Lipsia. Questi sforzi non solo servono a rafforzare la giustizia costituzionale nei rispettivi Stati, ma contribuiscono anche allo stato di diritto in Europa.

(Traduzione a cura di Carla Spigarelli)

Abstract

Il contributo ripercorre l'evoluzione negli ultimi 100 anni della Costituzione austriaca, con la quale è stata istituita la prima Corte costituzionale. Vengono evidenziati i punti di svolta nella storia costituzionale austriaca, prima di parlare da un lato delle funzioni e dall'altro delle sfide attuali della Corte costituzionale in Austria e in Europa.

The contribution traces the evolution over the last 100 years of the Austrian Constitution, with which the first Constitutional Court has been established. The turning points in Austrian constitutional history are highlighted, before speaking of the functions and of the current challenges of the Constitutional Court in Austria and in Europe.

MARIO G. LOSANO

HANS KELSEN E L'AMERICA LATINA

SOMMARIO: 1. Il triplice esilio di Kelsen. – 2. Il costituzionalista Kelsen dall'Europa all'America Latina. – 3. Il commento di Kelsen alla costituzione cilena del 1925. – 4. Il parere di Kelsen sull'Assemblea Costituente del Brasile nel 1934 e il viaggio del 1949. – 5. L'invito di Kelsen in Colombia nel 1937. – 6. Kelsen in Argentina nel 1949: la polemica con Carlos Cossio. – 7. Kelsen in Messico nel 1960: onore al Maestro viennese.

1. *Il triplice esilio di Hans Kelsen*

I drammi europei dei primi decenni del secolo XX obbligarono Hans Kelsen a un triplice esilio. Nel valutare le vicende della sua vita, bisogna tener presente che nei primi decenni del Novecento l'avvento delle dittature si presentava come *una* possibilità, non quindi l'unica, di un nuovo corso politico. Questa imprevedibilità del futuro condizionò le decisioni di Kelsen.

Egli aveva partecipato alla Prima Guerra Mondiale come consigliere giuridico del Ministro della guerra austro-ungarico e, dopo la caduta di quell'impero, era stato consigliere del Presidente della nuova repubblica austriaca, l'austro-marxista Karl Renner: in questo periodo contribuì in modo decisivo alla costituzione austriaca del 1920, consolidando così definitivamente la sua fama di giurista pubblicista. Kelsen divenne membro vitalizio della Corte Costituzionale austriaca, da lui stesso organizzata in quella costituzione. Pochi anni dopo, però, il potere passò agli austro-fascisti, che resero impossibile l'attività di Kelsen tanto nella Corte Costituzionale quanto nell'università di Vienna.

Nel 1930 iniziò quindi il suo primo esilio in una Germania ancora retta dalla Costituzione di Weimar, dove insegnò diritto internazionale nell'università di Colonia. Con la presa del potere dei nazionalsocialisti nel 1933, la sua passata vicinanza agli austro-marxisti portò in quello stesso anno alla sua espulsione dall'università di

Colonia. Kelsen passò allora ad insegnare nella neutrale Svizzera, a Ginevra: iniziava così il suo secondo esilio. Intanto, da Ginevra, teneva corsi anche all'Università Tedesca di Praga, attività che dovette però interrompere a causa delle minacce di morte che gli giungevano dai nazisti di quello Stato.

Oggi sappiamo che la Seconda Guerra Mondiale risparmiò la neutrale Svizzera. Ma la *drôle de guerre* si era conclusa con la fulminea invasione tedesca del Belgio, dell'Olanda, del Lussemburgo e della Francia, durata dal 10 maggio al 22 giugno 1940. In quel 1940, quindi, i timori di un'invasione anche del territorio elvetico da parte della Wehrmacht era così forte, che le forze armate svizzere organizzarono una zona di ultima resistenza nella parte centrale del paese (il "Ridotto nazionale", "Réduit national"), le cui alte montagne avrebbero impedito l'avanzata dei carri armati tedeschi¹. Però, in caso di guerra, i nazionalsocialisti avrebbero subito occupato le città esterne a questo perimetro centrale: e la Ginevra di Kelsen sarebbe stata una di queste città.

Nel 1940 la neutralità svizzera sembrava quindi tutt'altro che garantita: di qui il fondato timore di Kelsen di trovarsi di nuovo sottoposto al potere di chi già l'aveva espulso da Colonia e quindi, nello stesso 1940, la sua decisione di rifugiarsi negli Stati Uniti. Decisione che avrebbe poi giudicato troppo precipitosa, alla luce dell'intatta sovranità svizzera degli anni successivi: "Per quanto si può capire dai giornali, – scriveva Kelsen in una sua lettera, – la situazione della Svizzera sembra essere non poco migliorata. Almeno per il momento sembra essersi liberata dalle preoccupazioni più gravi. [...] Ora che posso riflettere con calma sulla situazione, sento che la mia coscienza è ancor più di prima oppressa dal fatto di aver lasciato così precipitosamente Ginevra. La mia unica giustificazione è che dal 1933 vivo sotto la pressione di un'idea che certo Lei ben capisce, caro Signor Rappard. Soprattutto i miei ricordi praghesi mi spingevano alla massima prudenza"². Per pru-

¹ Su questa pagina poco nota della storia europea, cfr. Pierre Streit, Suzette Sandoz, *Lo spirito del Grütli. Nel 75° dello storico discorso di Henri Guisan. Prefazione di Fulvio Pelli*, Armando Dadò, Locarno, 2015, 103 (bibliografia: 101-103); un inquadramento più generale è in Edgar Bonjour, *Histoire de la neutralité suisse pendant la seconde guerre mondiale*, À La Baconnière, Neuchâtel, 1970, vol. IV, 144-160 (sul *Rapporto del Grütli*).

² Lettera di Hans Kelsen a William E. Rappard (Direttore dell'Institut Universi-

denza, dunque, nel 1940 il dado era tratto e Kelsen iniziava il suo terzo e ultimo esilio.

Ancora una volta l'essere immerso nel flusso di eventi dagli sviluppi così tormentati e imprevedibili aveva indotto Kelsen a una previsione errata: come nel 1930 aveva lasciato l'Austria austro-fascista per una Germania già sull'orlo del nazismo, così nel 1940 il timore che la guerra si estendesse anche alla Svizzera neutrale lo portò negli Stati Uniti. Qui trovò un rifugio, ma non la pace: il maccartismo riesumò ancora una volta il suo passato di collaboratore diretto del presidente austro-marxista Karl Renner, passato che già era stato a fondamento della sua espulsione da Colonia³. Se fosse stato riconosciuto colpevole di attività antiamericane, Kelsen avrebbe perso il diritto di risiedere negli Stati Uniti e – ormai ultra-settantenne – avrebbe dovuto affrontare un quarto esilio. Per fortuna le indagini e gli interrogatori dall'FBI si conclusero con un esito positivo per Kelsen, che poté infine dedicarsi all'insegnamento nell'Università di Berkeley in California. Vi restò fino al 1973, anno della sua morte, tornando in Europa solo per brevi soggiorni.

Bisogna tener presente questo scenario di fondo affrontando la sintetica descrizione dei quattro viaggi di Kelsen in Sudamerica, che finora ho potuto documentare.

A questi quattro viaggi vanno aggiunti gli incontri di Kelsen a Cuba: su di essi sta pubblicando un saggio Oscar Sarlo, il filosofo del diritto di Montevideo sul quale ritorneremo tra poco. Egli intanto mi ha scritto: “In questo momento sto preparando un articolo su una parte delle mie ricerche su Kelsen all'Avana (1941 e 1949) e sulla figura che si presenta come un suo importante discepolo: Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro, personaggio enigmatico di cui ci si sta occupando di recente. – È difficile compiere questa ricerca senza buone basi documentali, ma per fortuna ho trovato molte pubblicazioni digitalizzate e di accesso libero a Miami, in Florida, che mi sono state d'aiuto. – Ti invio la minuta della relazione che alcuni mesi fa ho tenuto su questo tema in un seminario Zoom”⁴.

taire de Hautes Études Internationales di Ginevra), 23 giugno 1940, in Nicoletta Bersier Ladavac, *Hans Kelsen à Genève (1933-1940)*, Thémis, Genève, 1996, 24.

³ Losano, *Hans Kelsen “criptocomunista” e l'FBI ai tempi del maccartismo. In margine al suo libro postumo Religione Secolare, Sociologia del diritto*, 2017, n. 1, 140-160.

⁴ Comunicazione di Oscar Sarlo del 23 dicembre 2021, accompagnata dalla “mi-

In questa minuta Sarlo illustra due ragioni del silenzio su questa presenza di Kelsen all'Avana: in primo luogo, essa "rimase sepolta nella memoria di quasi tutti gli attori: i cubani non conservano alcun ricordo di quell'evento, mentre gli archivi dell'Università non consentono una ricerca ordinata"; in secondo luogo, all'Avana "agiva un Kelsen diverso: il motivo centrale del suo viaggio fu la partecipazione a un incontro di intellettuali antifascisti; inoltre, quando parlò nell'Aula Magna dell'Universidad de La Habana, invece di illustrare la sua famosa teoria pura del diritto parlò di fisica quantistica e di imputazione".

Lo scritto di Oscar Sarlo colmerà dunque la lacuna del biografo *en titre* di Kelsen, Rudolf A. Métall, e integrerà gli accenni presenti in altri scritti, tra cui la monumentale biografia scritta da Thomas Olechowski⁵. Sarà dunque indispensabile ritornare sulla ricerca di Oscar Sarlo non appena verrà pubblicata.

2. *Il costituzionalista Kelsen dall'Europa all'America Latina*

Il contributo scientifico di Hans Kelsen si sviluppò in tre direzioni, strettamente intrecciate alle sue vicende esistenziali: il diritto pubblico, il diritto internazionale e la filosofia del diritto (o, più propriamente, la teoria generale del diritto). Il contributo al diritto pubblico si riferisce soprattutto alla sua attività in Austria negli anni Venti e Trenta del secolo passato: fu un contributo non solo dottrinario, ma anche pratico, perché Kelsen partecipò in modo determinante alla stesura della costituzione austriaca del 1° ottobre 1920. Poi, nel 1930, iniziò per lui un esilio che durò tutta la vita e che lo condusse in Stati le cui facoltà giuridiche non prevedevano l'insegnamento del diritto pubblico austriaco. Dovette quindi dedicarsi all'insegnamento di materie di respiro sovranazionale, come il diritto internazionale e la filosofia del diritto. Oggi, nei paesi latini europei e sudamericani, Kelsen è noto soprattutto come filosofo del diritto grazie alla sua dottrina pura del diritto, la cui prima stesura

nuta della relazione" con il titolo provvisorio *Kelsen en La Habana. El 'intermezzo' tropical de la teoría pura*. Da questa minuta sono tratte le due citazioni che seguono.

⁵ Una sintesi dell'opera di Olechowki è in Losano, *Le opere e i giorni di Hans Kelsen, il giurista del secolo*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2020, n. 3, 455-484.

prese origine proprio nel 1933, nella ricerca di una cattedra in vista dell'esilio⁶.

Nei primi decenni del Novecento Kelsen era un giuspubblicista così affermato, che anche dall'estero gli venivano richiesti pareri su concrete questioni di diritto pubblico. Fu dall'Italia che, alla fine della Prima Guerra Mondiale, venne la richiesta di uno di questi pareri, perché i trattati internazionali non avevano riconosciuto la sovranità italiana su alcuni territori "irredenti", in particolare sulla città di Fiume. Nel 1919 essa venne occupata con un colpo di mano dal poeta Gabriele D'Annunzio in aperta rottura con il governo italiano⁷. Di quei cinquecento densissimi giorni dell'"avventura fiumana" si può qui illustrare un solo aspetto: da Fiume – città dell'area veneta che sino alla fine della Prima guerra mondiale aveva fatto parte dell'Impero Austro-Ungarico – giunse a Kelsen la richiesta di una costituzione. Ne riferisce il suo biografo Rudolf Aladár Métall e l'episodio, benché poco documentato, è certamente vero perché Métall preparò la biografia in stretto contatto con Kelsen.

Un giorno un rappresentante dell'allora "Libera Città di Fiume" visitò Kelsen di sorpresa e gli chiese "una costituzione". Qualche tempo prima un amico di Kelsen lo aveva scherzosamente definito un "costituzionificio" e per questo Kelsen chiese ridendo al suo interlocutore se voleva una costituzione *ad hoc* oppure una costituzione "preconfezionata". Risultò però che la richiesta era fondata e che a Kelsen sarebbe stata fornita la necessaria documentazione politica e fattuale che gli avrebbe per-

⁶ Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Traduzione di Renato Treves, Einaudi, Torino, 1952 e 2000, 227. Nella sua prefazione del 1967 Renato Treves rievoca il suo incontro con Kelsen nel 1932, la sua traduzione della prima versione della *Reine Rechtslehre* nel 1933, ripubblicata nel 1952 dopo il suo rientro dall'esilio in Argentina. Per evitare di avere in catalogo due volumi diversi con lo stesso titolo, il titolo italiano venne poi modificato d'accordo con Kelsen quando la stessa casa editrice pubblicò la seconda edizione della *Reine Rechtslehre*: Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*. Saggio introduttivo e traduzione di Mario G. Losano, Einaudi, Torino, 2021, CXII-487 (ed. prec.: 1966 e 1990). Le edizioni italiane incorporano anche le modifiche inviatemi da Kelsen: Nicoletta Bersier Ladavac (ed.), *Con esattezza kelseniana. Precisazioni sulla Dottrina pura del diritto nelle lettere di Kelsen a Losano*. Giuffrè, Milano, 2003, XIV-98. Quelle lettere di Kelsen sono incluse in tedesco in Kelsen, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, Mohr Siebeck, Wien, 2017, e commentate dal curatore, Matthias Jestaedt, alle pp. LXXX ss.

⁷ Mario G. Losano, *A República de Weimar e a Cidade Livre de Fiume: De Projetos Criativos a Resultados Autoritários*, in Gilberto Bercovici (coord.), *Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019)*, Quartier Latin, São Paulo, 2019, 665-692.

messo di redigere una costituzione della Libera Città di Fiume. Essa non è entrata in vigore perché nel frattempo Gabriele D'Annunzio aveva occupato la città con i suoi legionari, preparandone così la successiva incorporazione all'Italia⁸.

Métall non dà ulteriori notizie su D'Annunzio e sull'impresa di Fiume, iniziata nel 1919 e terminata nel 1920, mentre Kelsen lavorò alla costituzione austriaca tra il 1918 e il 1920. Stefan Wedrac ha cercato l'eventuale documentazione lasciata da Kelsen, ma finora senza risultati, e per questo giustamente definisce quella di Métall “un'indicazione criptica”⁹. Mentre rinvio al saggio di Wedrac per gli approfondimenti finora possibili, mi limito a sottolineare che questo tentativo di contatto con Kelsen dimostra quanto fosse vivo nell'ambiente di Fiume il desiderio di consolidare con una costituzione la specificità della situazione fiumana, affidandola a un'autorità indiscussa nel campo del diritto pubblico austro-ungarico.

In questa direzione – e indipendentemente da Kelsen – il D'Annunzio statista compì un passo decisivo: promulgò l'8 settembre 1920 la “Carta del Carnaro” (dal nome del golfo su cui si affaccia Fiume), una costituzione preparata con il sindacalista rivoluzionario Alceste de Ambris e destinata a reggere quella città¹⁰. Nelle parole di D'Annunzio, la “Carta” era “il nostro Statuto novissimo, documento di armonia latina”, nel quale le forti utopie sociali di De Ambris si univano al lirismo visionario di D'Annunzio: “Il cardo bolscevico fioriva in rosa italiana”¹¹. Questo documento lirico-mas-

⁸ Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen - Leben und Werk*, Deuticke, Wien, 1969, 47. L'episodio non è menzionato in Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*. Traduzione e cura di Mario G. Losano, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, 147; alcuni aspetti del racconto di Métall andrebbero chiariti (cfr. Losano, *Guerra e pace in Kelsen - ieri e oggi, Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2020, n. 2, 443-464), ma le complesse vicende di Fiume e di questa costituzione fiumana vengono qui omesse per brevità.

⁹ Stefan Wedrac, *Hans Kelsens Arbeiten an der Verfassung des Freistaats Fiume (Rijeka): eine Spurensuche*, in Clemens Jabloner et al. (eds.), *Das internationale Wirken Hans Kelsens*, Manz, Wien, 2016, 25-41.

¹⁰ Alceste de Ambris, *La questione di Fiume. Le forze e le forme della Città di Vita*, Idrovolante, Roma, 2019, 127 (edizione originale: La fionda, Roma, 1920, 70).

¹¹ Gabriele D'Annunzio, *Al legionario Alceste De Ambris*, in *La penultima ventura. Discorsi e messaggi scelti (15 gennaio '19 - 20 marzo '24)*, Associazione Amici del Vittoriale, [Milano] 1949, 215 (Dal Garda, 11 maggio 1921). Una sintesi delle vicende fiumane, anche costituzionali, è in Mario G. Losano, *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Max-Planck-Institut, Frankfurt a.M., 2020, 403; in particolare il cap. *L'Italia in Giappone: D'Annunzio e il*

simalista è quanto di più lontano si possa immaginare dalle concezioni kelseniane. Poi l'occupazione di Fiume da parte delle truppe regolari italiane e il "Natale di sangue" del 1920 chiusero ogni discorso sulle possibili costituzioni fiumane.

3. *Il commento di Kelsen alla costituzione cilena del 1925*

Negli stessi anni, all'altro capo del mondo, il Cile usciva da un periodo inquieto e, sotto la presidenza di Arturo Alessandri (1868-1950), veniva approvata la *Constitución Política de la República de Chile*, che entrò in vigore il 18 ottobre 1925¹². Si tratta di una nuova costituzione, anche se il prologo afferma che la volontà popolare "ha deciso di riformare la *Constitución Política* promulgata il 25 maggio 1833"¹³.

Una delle più importanti riviste germaniche di diritto pubblico (che si estinse nel 1944) pubblicò nel 1926 la traduzione in tedesco di quella costituzione, a cura di Martin Figueroa, primo segretario della Legazione del Cile a Vienna¹⁴, e ne affidò il commento a Kelsen¹⁵, allora docente a Vienna e membro vitalizio della Corte Costituzionale austriaca, istituita sulla base della costituzione "kelseniana" del 1920. Le sue brevi *Osservazioni sulla costituzione cilena* sono particolarmente interessanti perché in esse Kelsen commenta e critica le singole disposizioni di quella costituzione, applicando

"fratello samurai" Shimoi Harukichi, 17-26, e, in appendice, II.1. *D'Annunzio tra l'Occidente "che non ci ama" e l'"esempio inaudito di trasformazione" del Giappone*, 269-283.

¹² Per una sintesi degli eventi che portarono a un progressivo spostamento politico in senso autocratico, cfr. per esempio Manuel Alcántara, *Sistemas políticos de América Latina*. Vol. 1: *América del Sur*, Tecnos, Madrid 1999, 532, in particolare il paragrafo *La constitución de 1925*, 137-140.

¹³ Il testo della costituzione cilena del 1925 è reperibile in vari siti, come per esempio quello della Biblioteca Nacional Chilena (<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-96990.html>).

¹⁴ Martin Figueroa, *Die neue Staatsverfassung von Chile*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1926, 596-616. Un breve commento rigorosamente ufficiale e, quindi, filogovernativo (596 s.) precede il testo costituzionale (597-616): forse per questa ragione la redazione della rivista volle controbilanciarlo con il commento critico di Kelsen.

¹⁵ Hans Kelsen, *Bemerkungen zur Chilenischen Verfassung*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1926, 616-619. Poiché si tratta di un commento di sole quattro pagine, nel mio testo ho omesso (salvo due eccezioni) l'indicazione delle pagine in cui si trovano le citazioni che ho tratto da questo scritto di Kelsen. La traduzione italiana dell'intero commento Kelsen è in Losano, *La critica democratica di Hans Kelsen alla costituzione del Cile del 1925*, *Diritto Pubblico*, 2020, n. 1, 287-304.

così a un caso concreto le proprie concezioni sulla democrazia parlamentare (e lasciando trapelare la sua preoccupazione per il crescente antiparlamentarismo che si andava affermando in Europa).

Già la frase di apertura è una netta scelta di campo tanto sulla costituzione cilena quanto sull'atmosfera dell'Europa di quel tempo: "La nuova costituzione cilena è un prodotto di quel movimento antiparlamentare che si sta ora affermando ovunque in Europa. La si deve quindi prendere in considerazione con la massima serietà. Già l'elezione popolare diretta del presidente (art. 63) e la durata di sei anni della sua carica indica la tendenza a fare della democrazia cilena una democrazia presidenziale. Però questa costituzione contiene una serie di disposizioni che portano decisamente alla soglia di quel tipo di regime che oggi si suole indicare come dittatura". La breve analisi di Kelsen si presenta quindi come un commento giuspositivistico rispetto alle sue posizioni teoriche sulla democrazia parlamentare espresse in quegli anni¹⁶.

La sua preoccupazione si rivolge anzitutto al potere legislativo. Da un lato, il sistema bicamerale cileno "non si differenzia in alcun modo dai consueti sistemi rappresentativi", però una serie di disposizioni specifiche favoriscono la Presidenza della Repubblica a scapito della rappresentanza parlamentare. Kelsen si sofferma sul diritto presidenziale ad approvare o sanzionare (oltre che promulgare) le leggi votate dal parlamento (art. 52), cosicché "una legge non può essere emanata contro la volontà del Presidente", il che per Kelsen è "un deciso abbandono del principio parlamentare". Inoltre l'art. 44 prevede in modo tassativo le materie regolabili con una legge formale e, di conseguenza, tutte le altre materie possono essere regolate con decreti presidenziali (art. 71). "Si instaura così una competenza concorrente tra il potere legislativo e quello presidenziale" e la legge formale verrebbe quindi riservata "a materie particolarmente importanti o in casi dubbi", con la conseguente possibilità di scontri sulla costituzionalità di singole disposizioni.

Il potere normativo attribuito al Presidente dall'art. 71 è limitato soltanto da una *clausula generalis* e in ciò, secondo Kelsen, "si

¹⁶ Cfr. per esempio i saggi del 1920 e del 1925 in Hans Kelsen, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*. A cura di Mario G. Losano, Aragno, Torino, 2018, XXII-134. I saggi ivi tradotti – *Intorno alla natura e al valore della democrazia*, del 1920, e *Il problema del parlamentarismo*, del 1925 – sono preceduti dal mio "Democrazia senza democratici": *Weimar alle porte?*

esprime in tutta chiarezza l'intento della Costituzione di spostare il baricentro del potere statale a favore della funzione presidenziale: esattamente il contrario di quanto avviene nelle costituzioni delle repubbliche parlamentari". Tenendo conto di questo accresciuto potere del Presidente, la costituzione cilena "accentua con particolare forza la sua responsabilità" nei riguardi del parlamento, perché il Presidente può da quest'ultimo essere accusato non solo per violazione della costituzione, ma anche per "azioni governative che ledano gravemente l'onore o la sicurezza dello Stato".

Kelsen giunge alla conclusione che la costituzione cilena del 1925 è redatta correttamente dal punto di vista tecnico (è una "technisch sauber gearbeitete Verfassung", p. 619); essa è però un esempio di "come viene risolto il problema oggi così aspramente dibattuto di limitare il potere parlamentare a favore di quello presidenziale". A questo punto il commento conclusivo di Kelsen si rivolge al disegno politico che stava sempre più affermandosi nell'Europa degli anni Venti: il contemperamento di quei due poteri "nella repubblica sudamericana si è manifestato con una certa moderazione, perché – nel beninteso interesse della nazione – si è evitato di cadere da un regime parlamentare all'estremo opposto: quello di una dittatura senza parlamento" (619).

4. *Il parere di Kelsen sull'Assemblea Costituente del Brasile nel 1934 e il viaggio del 1949*

La rinomanza mondiale di Kelsen come costituzionalista spiega perché il Brasile gli abbia richiesto un parere sulle competenze dell'Assemblea Costituente brasiliana, da lui scritto nel 1933, e perché a questo contatto indiretto sia poi seguito nel 1949 un suo viaggio in Brasile.

Quest'ultimo viaggio era stato meno studiato del precedente viaggio di Kelsen in Argentina, ma nel 2021 Gustavo Siqueira – storico del diritto di Rio de Janeiro – ha pubblicato uno studio completo e documentato sulle complessive attività di Kelsen in Brasile, mentre un saggio del filosofo del diritto uruguayano Oscar Sarlo aveva anticipato due brevi testimonianze di Miguel Reale sul viaggio di Kelsen in Brasile: una diretta a Sarlo stesso e un'altra diretta a me, in un colloquio durante una delle mie visite a São Paulo: colloquio di cui trasmisi una nota a Sarlo.

Il libro di Gustavo Siqueira è esaminato rapidamente qui di seguito, *sub a*), mentre il contenuto dei due contatti personali è brevemente illustrato *sub b*).

a) Il volume Kelsen no Brasil di Gustavo Siqueira. L'accurata ricerca di Gustavo Siqueira documenta tanto la genesi e il contenuto del parere sull'Assemblea Costituente brasiliana, quanto le attività e i contatti di Hans Kelsen durante il suo viaggio in Brasile nel 1949¹⁷. Il parere di Kelsen risponde a cinque specifici quesiti, postigli però non dal Governo Provvisorio, ma da una rivista – “Política. Revista de direito público, legislação social e economia” – di cui si pubblicò un solo numero: quello con il parere inviato da Kelsen, datato “14 ottobre 1933” in Ginevra, e in seguito più volte citato nel corso del dibattito costituente.

Il volume di Siqueira riporta, nell'*Appendice I*, la traduzione integrale del parere di Kelsen, seguita nell'*Appendice II* dal testo in tedesco della *Vorbemerkung*, in cui Kelsen precisa: “Rispondo alle domande rivoltemi non da un punto di vista giusnaturalistico o politico, ma solo ed esclusivamente da un punto di vista giuridico-positivo”¹⁸. Nelle *Appendici III e IV* sono riprodotte le pagine dei giornali brasiliani che pubblicarono testi e resoconti delle conferenze di Kelsen a Rio de Janeiro; esse offrono l'immagine di un Kelsen giurista a tutto campo: la sua conferenza alla Fundação Getúlio Vargas affrontava i temi internazionalistici del Patto Atlantico e delle Nazioni Unite, mentre l'intervista del 29 agosto 1949 al quotidiano “O Globo” toccava anche temi di politica del diritto.

Per ulteriori informazioni sul volume di Siqueira e su Kelsen in Brasile rinvio ad alcune mie pubblicazioni su questo tema¹⁹.

¹⁷ Gustavo Silveira Siqueira, *Hans Kelsen no Brasil. O parecer sobre a Constituinte brasileira de 1934, a teoria pura do direito e a viagem ao Rio de Janeiro em 1949*, Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, 161 + 4 pp. n.n. Una prima stesura del presente mio saggio era stata pubblicata come *Prefácio* a quel volume con il titolo: *Hans Kelsen: uma vida entre a Europa e a América*, 7-26.

¹⁸ Siqueira, *Hans Kelsen no Brasil*, cit.: *Kelsen, Vorbemerkung*, 143.

¹⁹ Losano, *Il parere di Kelsen del 1933 sull'Assemblea Nazionale Costituente del Brasile, Diritto pubblico*, XXI, 2015, n. 1, 11-19. [Hans Kelsen, *Über die brasilianische Konstituierende Versammlung*, 1-4; *Sull'Assemblea Nazionale Costituente brasiliana*, 4-9; Gustavo Silveira Siqueira, *Il parere di Kelsen sulla Costituente brasiliana del 1933-1934*, 21-34]. Id., *Kelsens Gutachten von 1933 über die konstituierende Nationalversammlung Brasiliens. Anhang: Das Gutachten Hans Kelsens von 1933*, in Clemens Jabloner, Thomas Olechowski, Klaus Zeleny, *Das internationale Wirken Hans Kelsens*,

b) *Due contatti personali in Brasile*. Da Buenos Aires Kelsen partì per Rio de Janeiro il 25 agosto 1949, su invito del giurista e politico Olavo Bilac Pinto (1908-1985). Secondo il principale filosofo del diritto brasiliano, Miguel Reale (1910-2006), “il quinquennio dall’ottobre del 1949 al novembre del 1954 costituì il periodo decisivo nella storia delle idee filosofiche brasiliane, avendo São Paulo come centro di irradiazione”; di conseguenza, “la capitale paulista venne visitata da pensatori eminenti”, anche se, “fino agli anni Cinquanta, il Brasile occupò una posizione secondaria, traendo profitto dalle visite in Argentina dei rappresentanti delle correnti di pensiero più in vista in Europa e negli Stati Uniti”²⁰.

Per questa via giunse in Brasile anche Hans Kelsen, che vi era già molto noto. Basti qui l’attestazione di Miguel Reale: “Nel mio caso personale, non esito a dire che ben presto Kelsen divenne una controparte palese od occulta del mio dialogo filosofico-giuridico, nonostante le profonde differenze che ci separano”²¹. Infatti Reale non accettava la divisione radicale tra essere e dover essere, e ne proponeva invece un’integrazione nel suo *O Estado Moderno* del 1934²². Il politico Plínio Salgado riconduceva quest’opera al Movimento Integralista, allora dominante in Brasile e nel quale Reale era attivo: ci si colloca così negli anni anteriori al viaggio di Kelsen, che coincidono con gli anni nei quali gli venne richiesto di fornire il parere sull’attività dell’Assemblea Costituente brasiliana.

La prima testimonianza viene dal contatto epistolare tra Miguel Reale e Oscar Sarlo, che la riporta in portoghese²³. Reale gli

Manz, Wien, 2016, 65-72, [Anhang:] 73-76. Il testo di *Diritto pubblico* è disponibile anche in rete (<http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Losano-Parere-Kelsen-Costituente-Brasile.pdf>).

²⁰ Miguel Reale, *Memórias*, vol. 1: *Destinos cruzados*, Saraiva, São Paulo, 1987, 279 s.

²¹ Miguel Reale, *Memórias*, vol. 2: *A Balança e a Espada*, Saraiva, São Paulo, 1987, 15. Sulla rivisitazione di Kelsen operata da Miguel Reale si vedano alcune importanti opere di Reale tradotte in italiano: Miguel Reale, *Filosofia del diritto*. Traduzione di Luigi Bagolini e Giovanni Ricci, Giappichelli, Torino, 1956, 449; Id., *Fondamenti della concezione tridimensionale del diritto*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1961, n. 2-4, 146-163; Id., *Il diritto come esperienza*. Saggio introduttivo di Domenico Coccopalmerio, Giuffrè, Milano, 1973, 494.

²² Reale, *Memórias*, vol. 1, cit., 73.

²³ Devo alla cortesia (e alla straordinaria precisione archivistica) dell’amico Oscar Sarlo le indicazioni sui contatti con Miguel Reale: il 3 dicembre 2019 mi ha trasmesso il suo questionario e la risposta di Miguel Reale del 2003, insieme con le mie

scrive da São Paulo il 26 febbraio 2003: “Ebbi notizia di questo viaggio [cioè dell’arrivo di Kelsen a Rio de Janeiro] soltanto attraverso i giornali. Com’era naturale, mi recai subito a Rio de Janeiro per salutarlo. Nel nostro breve incontro, organizzato da Bilac Pinto, parlando in francese lo invitai a venire a São Paulo per tenere una conferenza nella Faculdade de Direito dell’Universidade de São Paulo e per esservi festeggiato. – Si scusò adducendo la stanchezza, specialmente dopo l’incontro con Carlos Cossio che, secondo lui, voleva mettere la teoria pura del diritto al servizio della sua teoria egologica. – La visita di Kelsen in Brasile, così come di fatto avvenne, si risolse nella sua conferenza a Rio e non contribuì in alcun modo ad aumentare, negli ambienti giuridici nazionali, la diffusione già vastissima del suo pensiero”²⁴.

La seconda testimonianza è la sintesi che inviai a Oscar Sarlo del mio colloquio con Miguel Reale avvenuto l’11 e 12 agosto 2000: “Miguel Reale telefonò perciò a Kelsen, invitandolo anche a São Paulo, ma Kelsen gli diede una risposta – mi disse Reale – “del tipo”: “sono stufo (*magoado*) del Sudamerica”. Per questo Kelsen non andò quindi a São Paulo. D’altra parte, a Rio de Janeiro monopolizzarono Kelsen...”²⁵.

5. *L’invito di Kelsen in Colombia nel 1937*

Il contatto con la Colombia è il meno noto in Europa e aveva come mèta l’Universidad Nacional de Colombia, dove nel 1937 Hans Kelsen avrebbe dovuto impartire lezioni e tenere conferenze. In quell’anno Kelsen viveva già in Svizzera, dove era giunto nel 1933 dopo la sua espulsione dall’Università di Colonia. Allo stato attuale delle conoscenze, questo sembra essere il primo contatto di Kelsen con l’America Latina. Lo storico colombiano Camilo Sánchez ha ricostruito quel tentativo di viaggio attraverso la documentazione conservata presso il Ministero degli Esteri colombiano²⁶.

annotazioni sul mio incontro con Reale del 2000, che non riesco a ricostruire a causa di arcane incompatibilità informatiche.

²⁴ Sarlo, *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949*, cit., 965.

²⁵ *Ivi*. Il passo è citato in italiano. Per un errore di stampa, nel testo di Sarlo il termine ‘magoado’ è divenuto ‘mado’. Ho tradotto ‘magoado’ con ‘stufo’, perché il sostantivo portoghese ‘magoa’, in senso stretto, significa “Sentimento ou impressão desagradável causada por ofensa ou desconsideração (*Novo Dicionário Aurélio, s.v. Magoa.*)

Negli anni precedenti, la Colombia aveva generosamente accolto molti fuoriusciti della guerra civile spagnola; invece, con l'inizio della persecuzione degli ebrei in Germania, quel Ministero degli Esteri aveva assunto un atteggiamento decisamente negativo: "Sino alla metà del secolo XX – queste le parole con cui si apre lo studio di Camilo Sánchez, – la posizione ufficiale del governo colombiano sull'immigrazione era apertamente xenofoba. Nel Ministerio de Relaciones Exteriores sono documentate le storie di innumerevoli ebrei che, volendo sottrarsi al nazismo, cercavano rifugio in Colombia. Il Ministero affrontò questi casi con un insieme neanche troppo dissimulato di ostacoli e di abusi, tipica dei nostri intrighi burocratici". Nel 1938 questa atmosfera ostile si concretizzò nel "vergognoso Decreto 1732 [...], con il quale si negava ai funzionari consolari colombiani in Europa l'autorizzazione ad apporre il visto "sui passaporti di individui che abbiamo perso la loro nazionalità originaria o non l'abbiano del tutto"²⁷.

Ricevuto l'invito a tenere quelle lezioni in Colombia, Kelsen si era rivolto al consolato colombiano di Ginevra per ottenere il visto di entrata. "Un veterano della comunità ebraica di Bogotá, che chiese di non essere citato, – scrive Sánchez, – riferisce che circa trent'anni fa giunse al suo ufficio nella capitale [colombiana] un anziano polacco che, attraverso la Svizzera, era riuscito a sottrarsi alla guerra. Dopo aver parlato di lavoro, chiacchierarono su temi diversi. Quel signore gli disse che, nel corso delle pratiche per andare in Colombia, aveva incontrato nel consolato di Ginevra un signore molto raffinato che parlava un eccellente tedesco. Questo distinto interlocutore gli raccontò che era avvocato e accademico, e che aveva trascorso la maggior parte della sua vita in Austria [...]. Quel professore lo informò che era stata respinta la sua richiesta di visto per andare a tenere lezioni alla Universidad Nacional de Colombia. Non era servito a nulla neppure l'intervento del suo buon amico Jesús María Yepes, console di Colombia a Ginevra"²⁸.

²⁶ Camilo Sánchez, *Los expedientes judíos de la cancillería, El Malpensante*, mayo 2016, dal quale sono tratte le citazioni riportate nel testo (20http://elmalpensante.com/articulo/3526/los_expedientes_judios_de_la_cancilleria).

²⁷ Juan Camilo Restrepo, *¿Por qué Kelsen no vino a Colombia?*, 7 de Julio del 2016 (<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/relaciones-exteriores-e-internacional/por-que-kelsen-no-vino-a-colombia>).

²⁸ *Ivi*.

Ovviamente, le opere di Kelsen continuarono ad essere diffuse ed apprezzate in Colombia tanto prima, quanto dopo quel mancato viaggio a Bogotá.

6. *Kelsen in Argentina nel 1949: la polemica con Carlos Cossio*

Il viaggio di Kelsen in Argentina intrapreso nel 1949 è oggi ben documentato, dopo un primo periodo di silenzio dovuto ai suoi strascichi decisamente travagliati: “Le ferite aperte da questa visita provocarono più l’oblio che il ricordo”²⁹.

Questo retaggio negativo è oggi felicemente superato dal corposo volume di Diego Luna, che non solo ricostruisce il settantennio 1949-2019, ma riporta in spagnolo i testi tanto di Kelsen quanto di Cossio legati alla loro polemica³⁰. In un’altra pubblicazione Luna ricostruisce anche la biografia culturale di Cossio, particolarmente utile agli studiosi per mettere a fuoco l’importanza in America Latina di una personalità che è troppo limitativo ricordare soltanto come l’avversario di Kelsen in una polemica tutto sommato locale³¹.

Nel 2006 Oscar Sarlo, il filosofo del diritto della Universidad de la República di Montevideo, sintetizzava così quel viaggio: “Dal 1° agosto sino ai primi giorni del settembre 1949, Kelsen – con quasi 68 anni – compì insieme con la moglie Grete un faticoso viag-

²⁹ Oscar Sarlo, *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El ‘Frente sur’ de la teoría pura, El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al Profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid 2006, 951-975. La citazione è a 956.

³⁰ Diego Luna (ed.), *La polémica Kelsen-Cossio. Teoría pura del derecho versus teoría egológica del derecho*, Olejnik, Santiago (Chile) 2020, 403. Il frontespizio indica come autori Hans Kelsen e Carlos Cossio. Il volume si apre con un saggio (che ha le dimensioni di una monografia) di Diego Luna, dell’Universidad de Buenos Aires: *Estudio preliminar 1949-2019: Las conferencias de Hans Kelsen en Argentina y su debate con Carlos Cossio*, 11-125. La Prima parte contiene gli scritti di Kelsen (*Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, 128-184); la Seconda Parte contiene gli scritti di Cossio (*Teoría pura del derecho versus teoría egológica del derecho*, 185-327); La Terza Parte (*Otras conferencias de Kelsen en Argentina*, 329-403) contiene i testi di tre conferenze di Kelsen tenute in Argentina (*La responsabilidad internacional por los actos del Estado; El Pacto Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas; La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia*).

³¹ Diego Luna, *Carlos Cossio: una década como profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1946-1956)*, in Tulio Ortiz, Luciana Scotti, *Ideas sobre la historia de la Facultad de Derecho y sus protagonistas en las vísperas del bicentenario de la Universidad de Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, 2020, 281-377.

gio in Sudamerica, che aveva il suo centro nella città di Buenos Aires, ma che incluse anche attività nelle città di La Plata in Argentina, di Montevideo in Uruguay e di Rio de Janeiro in Brasile. Il viaggio durò più di trenta giorni, nel corso dei quali Kelsen tenne una dozzina di conferenze, fu insignito di un dottorato *honoris causa* e ricevette una consulenza professionale piuttosto rilevante³².

L'analisi di Sarlo ricostruisce i contatti tra Carlos Cossio e Kelsen che precedettero quel viaggio e che videro Cossio tradurre e diffondere le opere di Kelsen, “facendo di Buenos Aires la Mecca indiscussa del kelsenismo ibero-americano, dato il ritardo subentrato in Spagna con il franchismo³³”.

La tendenza di Cossio a presentare la sua teoria egologica come il coronamento della dottrina pura del diritto, la pubblicazione delle conferenze tenute da Kelsen a Buenos Aires con interventi dello stesso Cossio (che sulla copertina del volume pose come co-autore il proprio nome accanto a quello di Kelsen), la rigorosa risposta di Kelsen che chiese il ritiro del libro e i successivi articoli polemici di entrambi³⁴, sono singoli passi verso una rottura totale, che qui può essere documentata soltanto con due citazioni.

Cossio non esista a scrivere, dopo il viaggio di Kelsen e la successiva polemica: “Nel 1949 a Buenos Aires si contempla la morte dell'interpretazione kelseniana della teoria pura del diritto, nonché la sua resurrezione grazie alla teoria egologica³⁵”. La rottura dei due studiosi e dei loro seguaci trova il suo riflesso anche nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* del 1960, là dove Kelsen con nettezza meno teatrale traccia il confine fra le due teorie: “Questa è la posizione della dottrina pura del diritto nei confronti della cosiddetta teoria “egologica” del diritto, la quale ritiene che oggetto della scienza giuridica siano non le norme, bensì il comportamento umano³⁶”.

³² Sarlo, *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949*, cit., 951.

³³ *Ivi*, 957.

³⁴ I dettagli della polemica sono ricostruiti da Sarlo nel § 3.5. *Incidencias posteriores al regreso de Kelsen hasta la ruptura*, 966-969, e nelle *Referencias bibliográficas*, 973-975, del già citato *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949*.

³⁵ Carlos Cossio, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Acayú, Buenos Aires, 1954, XI.

³⁶ Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 86, nota 2 (*ivi*, anche nella *Ristampa* del 1990). Più in dettaglio: Kelsen, *Reine Rechtslehre und Egologische Theorie*, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1953, 450-482.

7. *Kelsen in Messico nel 1960: onore al Maestro viennese*

Dagli Stati Uniti – divenuti nel 1940 la sua sede definitiva – Kelsen intraprese alcuni viaggi in Sudamerica, continente nel quale il suo pensiero era già noto da tempo. Dalla California, dove risiedeva, il contatto più immediato con l'estero era rappresentato dal Messico: Kelsen fu invitato in questo Stato già nel 1943 e poi ancora nel 1947, ma venne bloccato dapprima dagli impegni universitari, poi dai problemi di salute, cosicché poté realizzare quel viaggio quando già la sua vita volgeva al termine, cioè nel marzo 1960 a 78 anni. Al tempo stesso, la vicinanza geografica indusse molti giuristi messicani a rendergli visita in California. Un dettagliato studio di Imer Flores, de la Universidad Nacional Autónoma de México, rende conto tanto dei viaggi di Kelsen in Messico, quanto delle visite dei messicani a Kelsen, riportando per esteso molte lettere che accompagnarono quei viaggi³⁷. Per ragioni di brevità verranno qui di seguito ricordati soltanto i contatti di Kelsen e il suo viaggio a Città del Messico.

Kelsen era arrivato negli Stati Uniti nel 1940 e aveva dapprima insegnato a Harvard fino al 1942, poi era stato chiamato all'Università di California per l'anno accademico 1942-43. Era quindi appena arrivato a Berkeley quando fu invitato del 1943 da Eduardo García Máynez e da Alfonso Noriega Jr. a insegnare nei "Cursos extraordinarios de invierno" nel gennaio-febbraio del 1943. Gli impegni di lavoro nell'università californiana in cui era appena giunto impedirono a Kelsen di accettare quell'invito; tuttavia inviò le due conferenze previste, delle quali García Máynez curò la traduzione e pubblicazione³⁸. Nel 1947 il suo soggiorno in Messico sembrava certo, tanto che per i corsi invernali del 1947 vengono annunciate tre sue conferenze su *Las metamorfosis de la idea de justicia*, ma ancora una volta ebbe luogo non il viaggio, ma soltanto la pubblicazione del testo kelseniano³⁹.

³⁷ Imer B. Flores, *Una visita a Hans Kelsen en México, Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Enero-diciembre de 2014, 53-94. Comprende: *La(s) visita(s) a México*, 56-64; *La(s) visita(s) de los mexicanos*, 64-67; *La(s) visita(s) a Kelsen en México*, 67-76 (quasi coincidente con il sottoparagrafo *Publicaciones de y sobre Kelsen en México*, 68-76); cfr. infine l'ampia bibliografia: *Referencias*, 86-94.

³⁸ Kelsen, *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Eduardo García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1943, XIII-166.

³⁹ Kelsen, *Las metamorfosis de la idea de justicia*. Traducción de Óscar Mori-

La considerazione dei giuristi messicani si manifestò non soltanto negli inviti, ma anche nella concessione del dottorato *honoris causa* dell'UNAM nel 1951 e nella proposta di Hans Kelsen per il Premio Nobel della Pace.

Finalmente il 30 marzo 1960, a 78 anni, Kelsen entrava nella biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza per iniziare il ciclo di conferenze su *Algunos aspectos de la Teoría Pura del Derecho*⁴⁰: il 1960 era infatti anche l'anno della pubblicazione della monumentale seconda edizione della *Reine Rechtslehre*. L'attesa per questa visita così spesso rinviata fu così alta, che la sala prevista non poteva assolutamente contenere le circa tremila persone convenute. Fu necessario trasferire l'evento al capiente Paraninfo della Facoltà di Medicina. Nell'inevitabile trambusto Kelsen perse il cappello, che non fu più ritrovato. Nacque così la leggenda che qualcuno se lo fosse portato via come ricordo della memorabile giornata: un evento che restò nella memoria messicana, tanto che ancora nel 2017 "El Universal", importante quotidiano messicano fondato nel 1916, rievocava quel memorabile giorno del 1960 con il titolo *El día que Hans Kelsen perdió su sombrero*⁴¹.

Leggende curiose a parte, "le aspettative suscitate dalla sua visita furono tali, che i suoi interventi vennero trasmessi per radio e circolò persino la voce che il nostro paese avrebbe appoggiato la sua candidatura al Premio Nobel per la Pace, dopo l'incontro del giurista con il Presidente López Mateos"⁴². Purtroppo un imprevisto problema di salute obbligò Kelsen a interrompere la sua visita e a rientrare in fretta a Berkeley. Sempre la salute e l'età avanzata impedirono a Kelsen di partecipare alla celebrazione del suo novantesimo compleanno, il 14 ottobre 1971, che era stata preparata dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'UNAM. Kelsen ringraziò per l'invito con queste parole in inglese: "Sarebbe per me un piacere accettare il vostro gentile invito, ma sfortunatamente la debolezza dell'età avanzata mi obbliga a restare a casa. Me ne dispiaccio ancor

neau, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Octubre-diciembre de 1949, 83-123.

⁴⁰ Kelsen, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Emilio O. Rabasa, UNAM, México, 1960, 114.

⁴¹ Ángel Gilberto Adames, *El día que Hans Kelsen perdió su sombrero*, *El Universal*, 7 ottobre 2017 (<https://www.eluniversal.com.mx/columna/angel-gilberto-adame/cultura/el-dia-que-hans-kelsen-perdio-su-sombrero>).

⁴² *Ivi*.

più per il fatto che il mio soggiorno nella vostra Università Nazionale, nel 1960, suscitò in me la più alta stima per i docenti, mentre la risposta degli studenti fu per me di grande incoraggiamento”⁴³. I docenti messicani celebrarono quel 14 ottobre 1971 in assenza di Kelsen e pubblicarono i loro interventi in un numero della “Revista de la Facultad de Derecho de México”⁴⁴.

La deferenza personale e l’interesse scientifico degli studiosi messicani verso Kelsen sono attestati dalla presenza del suo pensiero nell’insegnamento giuridico di quello Stato:

È certo che, intorno al 1943, era impossibile sottrarsi all’influenza di Kelsen, ma è chiaro che non c’erano soltanto ammiratori o kelseniani, ma anche critici e anti-kelseniani. Ebbene, risulta che il suo pensiero era insegnato come punto di riferimento obbligato nelle varie materie del piano di studio, non solo nelle materie formative o teoriche (dall’Introduzione allo studio del diritto alla Filosofia del diritto, incluse la Sociologia generale e la Sociologia del diritto), ma anche in materie specifiche o pratiche, dal Diritto civile al Diritto penale, dal Diritto costituzionale (o Nazionale) sino al Diritto internazionale. Insomma, il pensiero kelseniano copriva praticamente tutto lo spettro dei corsi per conseguire la laurea in giurisprudenza⁴⁵.

Recaséns Siches riassume così la presenza kelseniana nell’insegnamento giuridico messicano: “Nel nostro tempo, la teoria del diritto e dello Stato ha preso forma e continua ad essere elaborata in un dialogo con Kelsen: infatti, anche se non sempre si accettano le sue dottrine, esse tuttavia inducono al dibattito scientifico e obbligano a formulare nuovi punti di vista, che forse non avrebbero preso forma senza lo stimolo dovuto a Kelsen”⁴⁶.

Abstract

La fama di Kelsen come costituzionalista lo portò ad essere spesso consultato da vari Stati dell’America Latina: nel 1925 scrisse sulla costitu-

⁴³ Hans Kelsen a Fernando Ojesto Martínez, National University of Mexico, 24 settembre 1971, cit. in Flores, *Una visita a Hans Kelsen en México*, cit., 63.

⁴⁴ *Homenaje al Professor Hans Kelsen*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Enero-junio, 1972, núms. 85-86.

⁴⁵ Flores, *Una visita a Hans Kelsen en México*, cit., 77.

⁴⁶ Luis Recaséns Siches, *Prólogo*, in Hans Kelsen, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Traducción de Florencio Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, 8.

zione cilena; nel 1934 il Brasile lo consultò sull'Assemblea Costituente; nel 1937 fu invitato in Colombia; nel 1949 viaggiò in Brasile e, in Argentina, polemizzò con Carlos Cossio. Nel 1960 venne accolto trionfalmente in Messico. Inoltre qualche notizia sui suoi poco noti viaggi a Cuba del 1941 e 1949 viene da una ricerca ancora in corso.

As a famous specialist in constitutional law, Kelsen was often consulted by South-American States. 1925 he analyzed the Chilean Constitution; 1934 Brazil sought his opinion on the Constituent Assembly; 1937 was invited in Colombia; 1949 he travelled to Brazil and in Argentine he polemized with Carlos Cossio; 1960 he was triumphantly welcomed in Mexico. A research still in progress informs on his travels to Cuba 1941 and 1949.

ANNA GAMPER*

THE AUSTRIAN FEDERAL CONSTITUTION UNDER CRISIS

SUMMARY: I. Introduction. – II. Crisis-Related Provisions in the Austrian Federal Constitution. – III. Crisis and Constitutional Resilience. – 1. “Critical Situations” over a Century: From 1920 to COVID-19. – 2. The COVID-19 Crisis in the Case Law of the Austrian Constitutional Court. – IV. Conclusion.

I. *Introduction*

Unlike other constitutions which dedicate whole chapters or at least explicit provisions to a possible “state of emergency”, the Austrian Federal Constitution neither addresses this issue systematically nor uses popular terms such as “state of emergency”, “state of exception”¹ or “crisis”.² Still, several provisions dealing with “crisis” as a phenomenon can be found throughout the fragmented Federal Constitution. It depends on the definition of “crisis”, however, how wide the range of these provisions truly is. Does “crisis” include any sort of difficulty or dilemma at whatever territorial level? Does it entail a formal “state of emergency” or “state of exception”? Does it just relate to “extreme conditions” of whatever kind that a state or constitution³ is exposed to? Do these provisions themselves regulate a crisis or just delegate regulatory power to other legal acts?

* I am grateful to Univ.-Ass. Mag. Florian Klebelsberg, LL.M., for his editorial help. The chapter was concluded in February 2022.

¹ See, most recently, A.-B. Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen, 2020.

² On the use of such terms by constitutions from comparative perspective, A. Gamper, *Wie krisenfest ist unsere Verfassung?*, in Österreichischer Juristentag (ed.), *Wie krisenfest ist unsere Verfassung?*, Wien, 2022, 7 (9 f.).

³ A comparative view of recent emergencies as well as constitutional responses is given by R. Albert, Y. Roznai (eds.), *Constitutionalism under Extreme Conditions*, Cham, 2020.

In the following, I understand “crisis” as a negative factual phenomenon that puts the state under extraordinary pressure.⁴ It may, but need not be directly related to a constitutional issue, even though constitutions in some way or other need to respond to a crisis either directly or indirectly.⁵ Here, the “crisis-related” provisions of the Austrian Federal Constitution shall be set out in more detail. After a short survey of what kinds of crises the Austrian Federal Constitution has had to manage in recent years, the role of the Constitutional Court in times of crisis shall be particularly illustrated with the Court’s COVID-19 case law.

II. *Crisis-Related Provisions in the Austrian Federal Constitution*

The Austrian Federal Constitution is not a single text, but consists of several hundred pieces, such as its frequently amended central document of 1920, the Federal Constitutional Act (hence: B-VG), federal constitutional acts dealing with piecemeal issues, constitutional provisions in ordinary federal laws, international treaties that received constitutional status (such as the ECHR and most of its additional protocols) or some laws dating back to the monarchy or early Republic.⁶ Most of the federal constitutional provisions relating to “crisis” in the abovementioned sense can be found in the B-VG itself, although not exclusively.⁷ The provision that perhaps

⁴ Similarly, already A. Gamper, *op. cit.*, 8.

⁵ A. Gamper, *op. cit.*, 8.

⁶ See, for an overview on the Austrian Federal Constitution, M. Stelzer, *The Constitution of the Republic of Austria*, Oxford, 2011; A. Gamper, *Introduction to the Study of the Law of the Austrian Federal Constitution*, in *ICL-Journal* 2 (2/2008), 92; A. Gamper, *The Centennial of the Austrian Federal Constitution*, in *Int’l J. Const. L. Blog*, 1 October 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/09/the-centennial-of-the-austrian-federal-constitution>.

⁷ See, for an overview, already M. Fister, *Die Notstandsverfassung vor neuen Herausforderungen - Gebietskörperschaften im wirtschaftlichen Notstand*, in M. Holoubek, A. Martin, S. Schwarzer (eds.), *Die Zukunft der Verfassung - die Verfassung der Zukunft? - FS Korinek*, Wien, 2010, 239 (242 f.); S. Reindl-Krauskopf, E. Schulev-Steindl, *Reaktionsfähigkeit des österreichischen Rechts im Krisenfall*, in ÖJK (ed.), *Krise der liberalen Demokratie* 49 (2019), 229 (240 ff.); I. Siess-Scherz, *Art 15 EMRK*, in K. Korinek and others (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, Wien, New York, 1999, para. 3; E. Wiederin, *Das Recht des Staatsnotstands in Österreich*, in C. Grafl, B. Klob, S. Reindl-Krauskopf (eds.), *5. ALES - Tagung 2016: Freiheit versus Sicherheit*, Frankfurt, 2017, 115 (122 ff.); A. Gamper, *op. cit.*, 11 f.

most markedly belongs to the category of classical emergency provisions is Art. 18 paras. 3-5 B-VG⁸ which relates to a situation in which the immediate enactment of measures that would constitutionally require to be passed by the National Council is necessary in order to prevent an obvious, non-recuperable damage to the public at a time when the National Council is not assembled, cannot assemble punctually or is prevented by *vis maior*. In this situation, the Federal President may, on the Federal Government's proposal and with the consent of the Permanent Subcommittee of the National Council's Steering Committee, enact regulations that may even amend (ordinary) legislation. However, such regulations must neither amend federal constitutional law nor relate to certain legislative or financial matters and, moreover, enter out of force if the National Council so resolves within a certain period of time; similar provisions, relating to the *Land* level and empowering the *Land* Governments or the *Land* Governors respectively, are entrenched in Art. 97 paras. 3-4 and Art. 102 para. 5 B-VG. As in many other constitutions, it is thus the head of state or a government respectively that is in charge of dealing with such types of crisis, but not without the involvement of parliament that keeps its power even under such a crisis; moreover, time limits and exceptions seek to limit the Federal President's emergency power as far as possible. Remarkably, the power to declare an official state of emergency at federal or *Land* level is lacking in these (as in all other) provisions which have so far remained inactivated, even during the COVID-19 crisis.

The same goes for some other provisions that relate to the change of seat of supreme bodies such as the Federal President, the Federal Ministers, the State Secretaries or the National Council under "extraordinary circumstances".⁹ Specific assistance in certain crises, eg. "in the case of natural catastrophes and disasters of exceptional scope", is provided by the Federal Armed Forces, in accordance with Art. 79 B-VG, which has already been applied in several cases. A further, very typical emergency provision is Art. 15

⁸ See, with more detail, B. Raschauer, *Art 18/3-5*, in K. Korinek and others (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, Wien, 2003; S. Frank, *Art 18 Abs 3-5*, in B. Kneihls, G. Lienbacher (eds.), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*, Wien, 2011.

⁹ Art. 5 para. 2 and Art. 25 para. 2 B-VG.

ECHR which has federal constitutional status in Austria: accordingly, measures derogating from the Convention rights, with some exceptions, may be taken in time of war or other public emergency threatening the life of the nation to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with the state's other obligations under international law. However, this derogation clause is applicable only to the Convention rights which are themselves part of Austrian federal constitutional law. As far as other fundamental rights, entrenched directly in the Austrian Federal Constitution but without parallel ECHR entrenchment, are concerned, however, this derogation clause is not applicable.¹⁰

Apart from such a specific derogation clause, most of the Convention rights as well as other Austrian fundamental rights are subject to ordinary reservation clauses that address situations in which it is in the public interest or in line with the protection of the rights and freedoms of others to interfere with such a right. According to the typical wording of such clauses, national security, public safety, the economic well-being of the country, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others, which, *inter alia*, include the right of life, that needs to be protected in a pandemic, allow interferences if based on a law and provided that they are necessary in a democratic society. Accordingly, depending on the type of crisis, neither a specific derogation clause nor the official proclamation of a “state of emergency” – which is not even provided under the Austrian Federal Constitution – may be required at all; this is one of the reasons why, in the recent Corona pandemic, many countries, such as Austria, have dealt with the crisis just within the ordinary constitutional framework.¹¹

¹⁰ See M. Vašek, *Braucht Österreich eine Ermächtigung zur Suspendierung von Grundrechten?*, in ÖJK (eds.), *Krise der liberalen Demokratie?*, Wien, 2019, 267 (273 ff.); A. Gamper, *op. cit.*, 12.

¹¹ Comparative views on the constitutional handling of the pandemic are given by J. Grogan, *States of Emergency*, in *Verfassungsblog*, 26 May 2020, <https://verfassungsblog.de/states-of-emergency>; *Verfassungsblog*, Democracy Reporting International (eds.), *COVID 19 and States of Emergency* (Symposium), in *Verfassungsblog*, 6 April-26 May 2020, <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates>; A. Cortés-Arbeláez, *Pandemic and States of Emergency: A Comparative Perspective*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 22 May 2020, <http://www.icconnectblog.com/2020/>

Still, unlike most other constitutions, some piecemeal COVID-19 related constitutional amendments were enacted that were targeted at facilitating procedures, such as the temporary possibility for the Federal Government and the local assemblies to pass their decisions via video conferences.¹²

A further category of provisions applicable both in and outside a crisis concerns the early dissolution of the National Council¹³ or the *Land* Parliaments¹⁴, the dismissal of the Federal Government or single members of it according to a vote of no confidence in the National Council¹⁵ or the appointment of an “interim Federal Government”¹⁶. They were applied during the governmental crisis in 2019, when the National Council, in the aftermath of the “Ibiza scandal” and further political entanglements, declared a vote of no confidence against the whole Federal Government which entailed the Federal Government’s dismissal by the Federal President and the appointment of an interim Federal Government as well as the later appointment of an expert government and early elections of the National Council.¹⁷

In a wider sense, also the federal competence regarding economic measures during a war¹⁸ as well as the Federal Assembly’s power to declare war¹⁹ or a provision on regulatory measures regarding public supplies²⁰ relate to crises. A remote type of emergency provision is, finally, Art. 118 para. 6 B-VG according to which, as long as the situation is not already regulated by federal or

05/pandemic-and-states-of-emergency-a-comparative-perspective; T. Ginsburg, M. Versteeg, *The bound executive: Emergency powers during the pandemic*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, 1 (21 ff. and 29 ff.). A global list of states of emergencies due to COVID-19 can be found at Centre for Civil and Political Rights, *Tracking tool - Impact of States of emergencies on civil and political rights*, 1 April 2020, ccprcentre.org/ccprpages/tracking-tool-impact-of-states-of-emergencies-on-civil-and-political-rights.

¹² Art. 69 para. 3 B-VG and, limited to „extraordinary circumstances”, Art. 117 para. 3 B-VG (in force until 31 December 2022).

¹³ Art. 29 para. 1 B-VG.

¹⁴ Art. 100 B-VG.

¹⁵ Art. 74 B-VG.

¹⁶ Art. 71 B-VG.

¹⁷ See, with more detail, A. Gamper, *Austria*, in R. Albert and others (eds.), *2019 Global Review of Constitutional Law*, Boston, 2020, 23 (24).

¹⁸ Art. 10 para. 1 subpara. 15 B-VG.

¹⁹ Art. 38 and Art. 40 para. 2 B-VG.

²⁰ Art. 55 para. 5 B-VG.

Land laws or regulations, a municipality may pass law-supplementing regulations in order to prevent imminent or existing “nuisance disturbing local life” – a power which can be used against certain types of “local crisis” but not beyond the “autonomous sphere” of a single municipality.²¹

Viewed even more broadly, there are actually many more constitutional provisions that could be considered to be “crisis-related”, ranging from programmatic guidelines on environmental protection²² to the provisions on the Constitutional Court that ultimately needs to decide on the constitutional conformity of measures taken during a crisis. This vast extent of crisis-related provisions is, however, typical of constitutions and goes far beyond constitutional chapters or provisions under the explicit heading of “emergency” or “crisis”. Rather, it appears inherent in constitutional law to guarantee the functioning of a state under all possible circumstances and exactly at times in which this functioning would otherwise be threatened.²³ While a majority of constitutions, however, address emergencies – generally or specifically – in a more explicit and/or coherent manner, specific emergency-related provisions are rather scattered around the Austrian Federal Constitution. Nonetheless, this has not impaired the functioning of the Austrian Federal Constitution even during full-fledged crises and other critical situations in recent years.

III. *Crisis and Constitutional Resilience*

1. *“Critical Situations” over a Century: From 1920 to COVID-19*

The Austrian Federal Constitution has had some experience with the handling of crises over more than hundred years. While the Constitutional Court attributed the term “crisis” to a pandemic²⁴, a

²¹ See also M. Fister, *op. cit.*, 243 ff.

²² As entrenched in the Federal Constitutional Law on Sustainability, Animal Protection, Comprehensive Environmental Protection, the Guarantee of Water and Food Supply and Research, BGBl I 2013/111 as amended by BGBl I 2019/82, as well as in several constitutions of the Austrian *Länder*.

²³ A. Gamper, *op. cit.*, 12 f.

²⁴ See, in particular, VfGH 14 July 2020, G 202/2020-20, V 408/2020-20, G 212/2020-15, V 414/2020-15, G 213/2020-15, V 415/2020-15; 14 July 2020, V 363/2020-25; 14 July 2020, V 411/2020-17; 1 October 2020, G 271/2020-16, V 463-467/2020-16; 1 October 2020, G 272/2020-11, G 273/2020-12, G 275/2020-11, V

financial crisis²⁵, an at least possible energy crisis²⁶ and the BSE crisis²⁷, two governmental crises induced the Federal President to praise the Federal Constitution as a “elegant”²⁸ as well as an “unwavering”²⁹ navigator through them. The Federal Constitution itself experienced critical moments, not only when, in 1934, it was illegally replaced by the Austrofascist and, later, the totalitarian NS regime, but already in the unstable 1920s or in 1933 when the judges of the Constitutional Court were prevented from assembling due to a regulation based on the Empowerment Act of 1917.³⁰ Even at the end of the 20th century, the Constitutional Court warned the federal constitutional-law maker from undermining fundamental rights as well as the system of judicial review by piecemeal constitutional measures³¹ and, in 2001, even repealed a federal constitutional provision that had illegally entailed a “total revision” of the Federal Constitution³². A remarkable case happened in 2021, when the Constitutional Court had to request³³ the Federal President to execute a previous judgment³⁴ by which the Federal Minister for Finances had been ordered to submit certain pieces of information to a parliamentary investigation committee. Even though the Federal Minister finally complied with the order without the Federal President being required to execute it formally, not many would have expected such a situation.

No other phenomenon, however, has left so many explicit marks on the Constitutional Court’s crisis-related decisions as the

468/2020-11, V 469/2020-12, V 471-472/2020-11, V 473/2020-12, V 475/2020-11; 1 October 2020, V 392/2020-12; 1 October 2020, V 405/2020-14; 24 June 2021, V 592/2020-12; 24 June 2021, V 593/2020-10.

²⁵ VfSlg 19.598/2011.

²⁶ VfSlg 12.227/1989.

²⁷ VfSlg 16.582/2002.

²⁸ Statement of the Federal President of 27 May 2019 at <https://www.bundespraesident.at/aktuelles/detail/statement-zur-bildung-einer-uebergangsregierung>.

²⁹ Statement of the Federal President of 8 October 2021 at <https://www.bundespraesident.at/aktuelles/detail/erklaerung-regierungskrise>.

³⁰ R. Walter, *Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933*, in VfGH (ed.), *Verfassungstag 1997*, Wien, 1998, 17; see also A. Gamper, *Dangerous or Endangered Constitutional Courts? A View from among and within the Branches of Power*, in ZÖR 76 (2021), 331 (345 f.).

³¹ VfSlg 11.756/1988, 11.757/1988, 11.758/1988, 11.829/1988, 11.916/1988, 11.918/1988, 11.927/1988, 11.972/1989 and 15.887/2000.

³² VfSlg 16.327/2001.

³³ VfGH 5 May 2021, UA 1/2021-39.

³⁴ VfGH 3 March 2021, UA 1/2021-13.

COVID-19 pandemic. In its standing case law on COVID-19 measures, the Constitutional Court repeatedly spoke of a “critical situation [*krisenbafte Situation*]”, in which “the state needs to take measures against the source, the effects and the spread of the disease under considerable pressure of time and uncertain conditions, inasmuch as knowledge on these can largely be won only step by step and as the effects and spread of COVID-19 are necessarily subject to a prognosis”.³⁵ The Constitutional Court also defined a situation as being related to a crisis “in which adequate routines to cope with the situation are missing and in which the law allows the administration considerable scope in order to keep secure from danger”.³⁶

Accordingly, the Constitutional Court defines a crisis by applying substantial indicators and does not limit it to, eg, the formal enactment of an emergency regulation by the Federal President. Its most important conclusion for the handling of such crises is the following statement: “In such situations, too, as usual, the Federal Constitution guides the legislation and administration when coping with them”.³⁷ In particular, the Constitutional Court mentions the principle of legality under Art. 18 B-VG and the system of constitutionally guaranteed, fundamental rights in this context: according to the Constitutional Court, “the legality principle sets a yardstick for the legal ties of the administration when it takes measures against the crisis.”³⁸ Further, “fundamental rights are a safeguard that individual interests, inherent in liberal constitutional systems, are taken care of when being, as necessary, balanced against public interests and that the involved interests are adjusted adequately, even though, as in the present situation, public interests are based on interests that are themselves protected by fundamental rights and oblige the State to act.”³⁹

³⁵ VfSlg 20.398/2020, 20.399/2020; VfGH 1 October 2020, V 405/2020-14; 1 October 2020, G 271/2020-16, V 463-467/2020-16.

³⁶ VfSlg 20.399/2020; VfGH 1 October 2020, V 392/2020-12; 1 October 2020, V 405/2020-14; 1 October 2020, V 429/2020-10; 1 October 2020, G 271/2020-16, V 463-467/2020-16; 1 October 2020, G 272/2020-11, G 273/2020-12, G 275/2020-11, V 468/2020-11, V 469/2020-12, V 471-472/2020-11, V 473/2020-12, V 475/2020-11; 9 March 2021, V 530/2020-11; 8 June 2021, V 21/2021-7; 8 June 2021, V 587/2020-8; 8 June 2021, V 615/2020-7.

³⁷ VfSlg 20.398/2020, 20.399/2020; VfGH 1 October 2020, V 405/2020-14; 1 October 2020, G 271/2020-16, V 463-467/2020-16.

³⁸ See above fn. 35.

³⁹ See above fn. 35.

While in numerous other countries the COVID-19 crisis entailed the proclamation of a state of emergency in which specific measures were admitted by the constitution or a constitutionally delegated legal act that would otherwise, ie without that delegation, have been unconstitutional, the Austrian way of coping with the crisis, as set out by the Constitutional Court, was different: most importantly, the Federal Constitution was expected to be obeyed “as usual”.⁴⁰ As the Constitutional Court underlined, no derogations from the Federal Constitution were admitted, and also the Court’s control over the constitutionality of legal acts remained untouched by the crisis. Still, however, the Constitutional Court referred to two leading constitutional principles that, even though they remained intact, offered much scope to handle a crisis flexibly. However, this scope is not the result of a derogation or deviation from the usual constitutional understanding of these principles, but has for a long time been considered an inherent quality of these principles. As mentioned before, most fundamental rights, including both the Convention and rights “originally” guaranteed by the Federal Constitution, are subject to reservation clauses at all times – and these reservation clauses can also be used in critical times, of course. The legality principle, too, has traditionally been understood in a differentiated way – implying that even though the administration is bound to obey the laws and must not act without legal basis and even though the laws themselves need to be “sufficiently determinate”, the required degree of their precision varies depending on the subject-matter. Long before the Corona crisis, the Constitutional Court had thus developed established case law on a “differentiated legality principle” according to which the lawmaker could abstain from determining the content of a regulation in detail.⁴¹

2. *The COVID-19 Crisis in the Case Law of the Austrian Constitutional Court*

The Constitutional Court has dealt with individual appeals and complaints against COVID-19 measures since spring 2020 when the first of these remedies were lodged. It has since been con-

⁴⁰ See above fn. 35.

⁴¹ See, with many further references, eg. VfSlg 17.348/2004.

fronted with numerous such remedies some of which, however, were just subject to a fast-track procedure in which the Court, with very little reasoning, perceived the respective case as being “without sufficient prospects of success”.⁴² In other cases, the Constitutional Court, for formal reasons, refused a scrutiny on the merits of a case. Nevertheless, it gave substantial judgment on a wide variety of COVID-19 measures⁴³ which can roughly be grouped into two different classes: the first group of decisions is, in particular, concerned with early measures taken in 2020 or selectively in 2021. The vast majority of these measures was enacted by the Federal Minister for Health Affairs as a part of the so-called “COVID-19 Measures Regulation” (which was amended, renamed, renumbered or replaced as “COVID-19 Emergency Measures Regulation” or “COVID-19 Protection Measures Regulation” very frequently,⁴⁴ sometimes every other week); in fewer cases, the decisions dealt with more specific COVID-19 regulations enacted by the Land Governors that were responsible to enact even stricter complementary measures for their respective Land or part of it, if necessary.

In this first category of decisions, the reviewed regulations (or provisions thereof) had been enacted without an explanatory memorandum. Even previous to the pandemic, however, the Constitutional Court had ruled with regard to several administrative fields of an especially technical character, such as, eg, spatial planning or road traffic law,⁴⁵ that regulations in such fields required to be explained by the regulating authority in an accompanying document; this should make it easier for the Court to scrutinise whether the regulation was plausible. Since, particularly in the early phase of the

⁴² Direct appeals targeted against regulations or laws can thus be rejected in accordance with Art. 139 para. 1b and Art. 140 para. 1b B-VG; for the same reason, also complaints against decisions taken by the administrative courts can be rejected (Art. 144 para. 2 B-VG).

⁴³ On the constitutional compatibility of these measures see R. Klaushofer and others, *Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus*, in ZÖR 75 (2020), 649; R. Klaushofer and others, *Unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus (II)*, in ZÖR 76 (2021), 613.

⁴⁴ Presently, the 4th COVID-19 Measures Regulation, BGBl II 2022/34 as amended by BGBl II 2022/46, is in force.

⁴⁵ See, most recently, outside the COVID-19 context VfGH 29 November 2021, V 235/2021-14 and 30 November 2021, V 79/2021-20.

pandemic, measures had been introduced without such a memorandum, the Court, in standing case law, took the view that the regulation was not lawful.⁴⁶ Since an explanation on why the respective measure was considered lawful – to be consistent with the Epidemic Act⁴⁷ or the COVID-19 Measures Act⁴⁸ respectively – was lacking, the respective regulation had to be repealed or – as in most cases – retroactively declared unconstitutional. Thus, the Constitutional Court did not itself examine a possible justification of the measure but took refuge to the formal lack of an explanatory memorandum for which a few empty phrases or an unsystematic collection of random data and studies were not considered sufficient. Rather, the Federal Minister – or other regulating authorities – had to ensure a memorandum that specifically and concretely dealt with the respective measure, explained the underlying evidence and performed a balancing of interests as well as, finally, a proportionality test. The Constitutional Court thus avoided treating itself ultimately medical questions – such as the suitability and necessity of epidemiological measures –, but demanded respective evidence from the regulating authority.

While this approach, regarding regulations lacking such a memorandum, has regularly entailed their unconstitutionality, the existence of a memorandum, in turn, has mostly entailed their constitutionality. As a rule, therefore, the Constitutional Court will declare COVID-19 measures lawful if the regulation is accompanied by an explanatory memorandum, while they will be declared unlawful if they lack such a memorandum. The more established this case law became during the pandemic, the more usual it became that such regulations were indeed accompanied by a memorandum. In these cases, which form the second of the aforementioned classes of decisions, the Constitutional Court mainly relied on the justification of the memorandum. Even where the Constitutional Court, in the latter category of cases, formally inquired into the lawfulness of the regulation or performed a proportionality test, this was normally limited to a few sentences that confirmed the justification given in the memorandum: in such cases, the Constitutional Court

⁴⁶ See already A. Gamper, *Austria*, in R. Albert and others (eds.), *2020 Global Review of Constitutional Law*, Boston, 2021, 28 (29 ff.).

⁴⁷ BGBl 1950/186 as amended by BGBl I 2021/255.

⁴⁸ BGBl I 2020/12 as amended by BGBl I 2021/255.

declared the “lawfulness”, “suitability”, “necessity” or “adequacy” of the respective measure very quickly and mostly by referring to the memorandum.⁴⁹ Whether such a justification is always persuasive is questionable, though: in a recent decision on FFP2 masks in closed or covered cabins of cable cars, the Constitutional Court found the Federal Minister’s justification convincing according to which the increased emission of aerosol could be expected of skiers sitting in the cable car even though a less rigid mask requirement was at that time in place for all other means of mass transport.⁵⁰ Why people that had not even yet started their sporting activity or rested in the cabin after such an activity necessarily produced more aerosol than persons that, eg, had hastened to a subway, remained undiscussed.

Remarkably, therefore, neither the absence nor the existence of an explanatory memorandum implied that the Constitutional Court, from a substantial perspective, exhaustively inquired into the justification of a COVID-19 measure: while the Court held a regulation lacking a memorandum unlawful without itself inquiring what a possible justification might be, it usually held a regulation based on a memorandum lawful with only little further reasoning. Obviously, the Constitutional Court’s lacking medical expertise made it reliant on expert sources and it seems that a “reason of state”-inspired sort of pragmatism induced the Court to consult not all possible expert sources, but follow those used by the regulating authority. Still, the Court’s demand to explain a measure substantially, was beneficial to the legal quality of the regulations inasmuch as the regulating authority was obliged to reflect more carefully – and put this in writing – whether a measure was truly appropriate.

In contrast to the respective regulatory provisions, many of which were declared unlawful and, thus, unconstitutional, the Constitutional Court has shown more restraint towards the COVID-19 Measures Act and Epidemic Act even though single provisions thereof were declared unconstitutional.⁵¹ In particular, the Consti-

⁴⁹ See, on the balancing of human rights infringements in the pandemic, P. Bußjäger, *Die Gewichtung von Grundrechtseingriffen und die Pandemie*, in *NLMR* 2021, 489 (489 ff).

⁵⁰ VfGH 3 December 2021, V 617/2020-7, V 618/2020-4.

⁵¹ See VfGH 10 March 2021, G 380/2020-17, G 367/2020-18, G 7/2021-14, G 37/2021-5.

tutional Court held Sec. 1 COVID-19 Measures Act, which contains the main empowerment for COVID-19 measures,⁵² as well as Sec. 2 leg. cit. regulating the prohibition to enter certain public places⁵³ constitutional. The Constitutional Court applied the “differentiated legality principle” and explained that in a volatile situation such as a pandemic which required swift and divergent measures the respective laws were allowed to be more flexible and less determinate than in other contexts.⁵⁴ In this case, the Court even admitted that the law could allow very different regulations covering different measures; however, the regulation-maker had to consider all relevant circumstances in order to take a prognosis in the light of the law, balance the concerned interests and document this in the aforementioned explanatory memorandum.⁵⁵ The Constitutional Court, accordingly, to some extent allowed a kind of “compensatory relationship” between the law and the regulation inasmuch as the law, under the crisis, might leave the regulation more scope while the regulation needed to sufficiently explain was taken and how the concerned public and individual interests were weighted. Still, the reasoning was a little circular when the Constitutional Court, on the one hand, allowed the law to leave the regulation a substantial scope which “largely does not follow from the law”; and, on the other hand, determined that the regulation-maker, in this case, needed to identify the circumstances “as relevant by the law” and to document “whether the regulation corresponds to the law in the concrete situation”.⁵⁶

The Constitutional Court also held that a measure that had been urgently necessary at the time of its enactment had to be repealed by the regulating authority as soon as the reason for its enactment did no longer exist.⁵⁷ This is important because interferences with human rights that are considered legitimate under specific conditions of the pandemic are thus subject to an immanent time limit which implies that measures need to be evaluated regularly.

⁵² VfSlg 20.399/2020.

⁵³ VfSlg 20.398/2020.

⁵⁴ Standing case law since VfSlg 20.399/2020.

⁵⁵ Standing case law since VfSlg 20.399/2020.

⁵⁶ VfSlg 20.399/2020.

⁵⁷ VfSlg 20.398/2020, 20.399/2020; VfGH 1 October 2020, V 405/2020-14; 1 October 2020, V 428/2020-10; 1 October 2020, G 271/2020-16, V 463-467/2020-16.

Although, in liberal democracies with either specialized or integrated judicial review, a court ought to have effective control over the legal management of crises,⁵⁸ these powers may be limited, especially with regard to the temporal effects of judgements.⁵⁹ With the tiny exception of Art. 138 para. 2 B-VG which allows the Constitutional Court to decide *ex ante* on the question whether a draft law or legislation is in line with the allocation of powers, the Constitutional Court is restricted to an *ex post* scrutiny in all other cases. This means that the enactment of COVID-19-related laws or regulations is not subject to a preliminary scrutiny by the Constitutional Court, but that the Court can only be approached afterwards. In the present context, the Court was either directly appealed to by individuals – appeals that were often rejected because of lacking “prospects of success” or refused for formal reasons – or heard complaints against decisions taken by the administrative courts which had to be approached first. Even though the Constitutional Court, having to decide hundreds of cases during every session (which, lasting three weeks, take place four times a year), took much care to take its judgements promptly, it normally could not repeal the challenged measures because they had already entered out of force. Still, the Constitutional Court declared their unconstitutionality retroactively, if necessary, and also held that such provisions could no longer be applied in running procedures of administrative punishment, even though the respective provisions had already expired.⁶⁰ Although the Constitutional Court is, under certain circumstances, entitled to grant a suspensive effect to complaints taken against the decisions of the administrative courts, it has no power to enact preliminary injunctions against a valid law or regulation, as some other constitutional courts have.

As a consequence, the Constitutional Court mostly decided retroactively and could thus not prevent the application of a measure until its expiry, even though it might have been declared un-

⁵⁸ On the role of courts in emergencies T. Ginsburg, M. Versteeg, *op. cit.*, 9 f. and 21 ff. and O. Gross, *Emergency's Challenges*, in R. Albert, Y. Roznai (eds.), *Constitutionalism under Extreme Conditions*, Cham, 2020, 427 (443 ff.).

⁵⁹ A. Gamper, *op. cit.*, 343 ff.

⁶⁰ Based on Art. 139 para. 6 B-VG; see already VfSlg 20.398/2020 and 20.399/2020.

constitutional afterwards. In early 2022, therefore, the Court has so far neither been able to decide on very recent restrictions such as a three-month lockdown targeted against unvaccinated persons nor the highly controversial law⁶¹ on compulsory vaccination of all Austrian residents which will provide only few exceptions and punish the unvaccinated with high fines. Since neither the ECtHR⁶² nor the Constitutional Court have yet dealt with a specifically COVID-19-related type of compulsory vaccination it is difficult to foresee how the Constitutional Court will react, given also new mutations of the disease, limited effectiveness of the prevailing vaccines as well as the use of new medicaments. If the Constitutional Court were to consider such a law unconstitutional at some time after compulsory vaccination had already started this could entail heavy legal consequences. Considering the massive protest lodged against the enactment of the draft law, which set a record also in the pre-legislative consultation process, the administrative courts and, subsequently, also the Constitutional Court itself will be probably faced by a deluge of complaints.

IV. *Conclusion*

The Austrian Federal Constitution, in over more than 100 years, has withstood several serious crises. Part of them had an inherently constitutional character, whilst others, such as the recent pandemic, have had indirect effect on the constitution even though they had other causes. Due to the type of crisis, the Federal Constitution provides different responses. However, even its specifically emergency-related provisions are not entrenched systematically, but scattered within and outside the B-VG. As both the governmental crisis of 2019 and the COVID-19 crisis show, it was, on the whole, not necessary to resort to these specific provisions, but to apply the Federal Constitution rather as usual. In the latter case, the Constitutional Court has played an important role to restore “normalcy” inasmuch as it declared that the Federal Constitution was fully ap-

⁶¹ BGBl I 2022/4.

⁶² The ECtHR’s decisions *Solomakhin v. Ukraine*, App. no. 24429/03 (ECtHR, 15 March 2012), and *Vavříčka and Others v. the Czech Republic*, App. no. 47621/13 (ECtHR, 8 April 2021), were not concerned with the COVID-19 pandemic and respective vaccines.

plicable also during crisis. Slightly, however, the crisis has touched on the application of the Federal Constitution since the Constitutional Court, exactly with a view to further constitutional normalcy, visibly stretches the “differentiated legality principle” as well as the proportionality test in a rather measure-friendly manner provided that the respective provisions are accompanied by an explanatory memorandum. The pandemic also shows that certain types of crises raise questions that, even though constitutional in nature, need to be resolved on the basis of extra-legal knowledge which more or less forces the Court to rely on external sources. This distinguishes the COVID-19 crisis from political or genuinely constitutional crises concerning issues on which a constitutional court directly commands sufficient expertise.⁶³

Fortunately, a case like that of the elimination of the Constitutional Court’s functioning in 1933 has never occurred again in Austria. Since its re-enactment in 1945, the Federal Constitution has been accommodated in a solid constitutional culture to which the Constitutional Court itself has contributed significantly.⁶⁴ It is to be hoped that there will be no “Long COVID” effect on the Federal Constitution once the pandemic has ended.

Abstract

The Austrian Federal Constitution, in over more than 100 years, has withstood several serious crises. Part of them had an inherently constitutional character, whilst others, such as the recent pandemic, have had indirect effect on the constitution even though they had other causes. Due to the type of crisis, the Federal Constitution provides different responses that are scattered around federal constitutional law. As both the governmental crisis of 2019 and the COVID-19 crisis show, it was, on the whole, not necessary to resort to these specific provisions, the Federal Constitution being fully applicable also during crisis, as the Constitutional Court explained. Still, there are drawbacks since the Constitutional Court may only decide *ex post* and heavily relied on governmental medical expertise when it examined the proportionality of COVID-19 measures. On the whole, however, the Federal Constitution has been accommodated in a

⁶³ See A. Gamper, *op. cit.*, 23.

⁶⁴ See, for an overview of the Constitutional Court’s development during a century, most recently, H. Eberhard, *The Austrian Constitutional Court after 100 Years: Remodelling the Model?*, in *ZÖR* 76 (2021) 395.

solid constitutional culture to which the Constitutional Court itself has contributed significantly.

La Costituzione federale austriaca, in oltre 100 anni, ha resistito a diverse gravi crisi. Parte di esse aveva un carattere intrinsecamente costituzionale, mentre altre, come la recente pandemia, hanno avuto effetti indiretti sulla Costituzione anche se avevano altre cause. A causa del tipo di crisi, la Costituzione federale fornisce risposte diverse che sono sparse attorno al diritto costituzionale federale. Come dimostrano sia la crisi di governo del 2019 che la crisi del COVID-19, nel complesso non è stato necessario ricorrere a queste specifiche disposizioni, essendo la Costituzione federale pienamente applicabile anche durante la crisi, come ha affermato la Corte costituzionale. Tuttavia, sono emerse pure delle criticità soprattutto a causa del carattere *ex post* della competenza di controllo della Corte costituzionale, la quale nelle sue pronunce si è maggiormente basata sui pareri tecnico-medici forniti dal governo per la valutazione della proporzionalità delle misure COVID-19. Nel complesso, tuttavia, la Costituzione federale oggi poggia su una solida cultura costituzionale alla quale la stessa Corte costituzionale ha contribuito in modo significativo.

BERND WIESER

LA COSTITUZIONE CECOSLOVACCA DEL 1920
E LA COSTITUZIONE FEDERALE AUSTRIACA
DEL 1920 A CONFRONTO

SUMMARY: I. Introduzione. – II. La forma esterna delle costituzioni. – III. Principi della struttura statale. – IV. Il potere legislativo. – V. Procedimento legislativo. – VI. Il potere esecutivo. – VII. Giurisdizione costituzionale. – VIII. Diritti e libertà fondamentali. – IX. Conclusioni.

I. *Introduzione*

Il 28 ottobre 1918, la Cecoslovacchia si separò dalla Monarchia austro-ungarica in declino. In quello stesso giorno fu pubblicato il “Manifesto del Comitato Nazionale del 28 ottobre 1918” con le patetiche parole di apertura: “Popolo cecoslovacco! Il tuo antico sogno è diventato realtà. In questo giorno, lo Stato cecoslovacco è diventato uno degli stati culturali, indipendenti e liberi del mondo”¹.

Allo stesso tempo, il Comitato Nazionale² approvò la prima legge della Repubblica: “Legge del 28 ottobre 1918 riguardante l’istituzione dello Stato Cecoslovacco indipendente”³. Il 13 novembre 1918, il Comitato Nazionale adottò la Costituzione Provvisoria, che fu successivamente modificata e corredata da diverse leggi⁴.

Dopo la conclusione del trattato di pace a Saint-Germain-en-Laye tra la Cecoslovacchia e le potenze vincitrici della prima guerra mondiale, il 10 settembre 1919, il governo presentò un progetto di carta costituzionale. Questa venne approvata dal Comitato costitu-

¹ Citato da L. Epstein, *Studien-Ausgabe der Verfassungsgesetze der Tschechoslowakischen Republik*, Reichenberg, 1923, 12.

² Il Comitato Nazionale era un organo politico già esistente prima del crollo, composto da rappresentanti dei partiti politici cechi e slovacchi.

³ Cfr. L. Epstein (Nota 1), 13 e sg.

⁴ Cfr. L. Epstein (Nota 1), 115 e ss.

zionale dell'Assemblea nazionale. L'Assemblea nazionale era un organo rappresentativo istituito dalla Costituzione provvisoria, derivato dal Comitato Nazionale, non eletto dal popolo e composto esclusivamente da rappresentanti dei partiti cechi e slovacchi. Il 29 febbraio 1920, l'Assemblea Nazionale adottò la Costituzione definitiva della Cecoslovacchia, la quale entrò in vigore il 6 marzo 1920.

Anche questo breve sommario della storia costituzionale cecoslovacca dopo il 1918 mostra paralleli, ma anche differenze, con la promulgazione della Legge costituzionale federale austriaca (*Bundes-Verfassungsgesetz - B-VG*) del 1920. Entrambi gli stati sono nati da atti rivoluzionari (l'Austria [tedesca] attraverso la "Decisione sulle istituzioni fondamentali del potere statale" del 30 ottobre 1918), ed entrambi gli stati si sono accontentati di documenti costituzionali provvisori e, per necessità, rudimentali nel primo periodo. In entrambi gli stati, la promulgazione della costituzione definitiva poté procedere solo dopo la conclusione dei trattati di pace, che furono sottoscritti simultaneamente.

Tuttavia, mentre in Austria questo compito spettò all'Assemblea Nazionale Costituente eletta dal popolo il 16 febbraio 1919, l'Assemblea Nazionale Cecoslovacca, come descritto, mancava della corrispondente legittimità democratica. Nessuna delle due costituzioni fu sottoposta a referendum.

Per la Cecoslovacchia, quindi, si può parimenti parlare di una costituzione ottriatata, almeno dal punto di vista delle minoranze etniche, che non furono coinvolte nel processo costituente⁵. Le differenze erano iscritte nella "prospettiva costituzionale": mentre il B-VG del 1920 era stato inteso fin dall'inizio come una costituzione transitoria, valida fino all'assorbimento dell'Austria "nella madrepatria tedesca"⁶, la costituzione cecoslovacca del 1920 era progettata per essere permanente. Il fatto che entrambi gli stati – in Austria dopo la "parentesi" del 1933/1934 – si siano "disintegrati" quasi vent'anni dopo, a breve distanza l'uno dall'altra, è naturalmente un'altra storia.

⁵ F. Adler, *Grundriß des tschechoslowakischen Verfassungsrechtes*, Reichenberg, 1930 9; L. Adamovich, *Grundriß des tschechoslowakischen Staatsrechtes*, Wien, 1929, 22.

⁶ "Classicamente" le ultime frasi del libro di testo di H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht*, Tübingen, 1923, 238.

In una ricostruzione contemporanea, la Costituzione cecoslovacca del 1920 è stata definita in modo succinto, ma appropriato come segue: “Essa contiene, in un ordine sistematico, le disposizioni normative che nella precedente Austria erano disseminate nelle singole leggi fondamentali dello stato”⁷.

Sullo sfondo della storia comune, sembra interessante confrontare la Costituzione della Cecoslovacchia del 1920 e il B-VG austriaco del 1920. Certo, questo può essere fatto solo in modo sommario nel quadro dato. La questione se i due processi costituzionali si siano influenzati a vicenda in termini di contenuto non può essere esaminata in profondità. Adottando una prospettiva generale, non sembrano esserci stati molti punti di contatto; piuttosto, è probabile che entrambe le costituzioni – in misura diversa – abbiano attinguto al patrimonio comune (la Costituzione dell’Impero austro-ungarico del dicembre 1867).

II. *La forma esterna delle costituzioni*

La Costituzione cecoslovacca del 1920⁸ ha una struttura formale particolare. In sostanza, fu promulgata come “Legge del 29 febbraio 1920, riguardante l’introduzione della Carta Costituzionale della Repubblica Cecoslovacca”. Questo “Atto introduttivo” è diviso in dieci brevi articoli. È preceduto da un preambolo “di media lunghezza”, relativamente sobrio⁹. La costituzione attuale si chiama “Carta costituzionale della Repubblica cecoslovacca”. È diviso in 134 paragrafi e, formalmente, è solo un allegato dell’Atto introduttivo; l’art. 8, comma 1 dell’Atto introduttivo si riferisce ad esso come a un “documento costituzionale allegato”¹⁰.

Al contrario – senza preambolo – il B-VG del 1920 è una legge “indipendente”, composta da 152 articoli, dal titolo completo “Legge del 1° ottobre 1920, che istituisce la Repubblica d’Austria come Stato federale (Legge costituzionale federale)”.

⁷ F. Weyr, *Das Verfassungsrecht der Tschechoslowakischen Republik*, in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Ort, 1921, 1 (6).

⁸ Anche in seguito citato con L. Epstein (Nota 1), 130 e ss.

⁹ Confronta i preamboli in generale B. Wieser, *Vergleichendes Verfassungsrecht*², Wien, 2020, 103 e ss.

¹⁰ Sulle ragioni di questa tecnica giuridica, vedi F. Sander, *Grundriß des Tschechoslowakischen Verfassungsrechtes*, Reichenberg, 1938, 12 e sg.

Nella struttura dei due documenti costituzionali, ci sono chiari parallelismi nelle sezioni anteriori, ma non più in quelle posteriori. Una differenza sorprendente è che la Costituzione cecoslovacca abbia un proprio catalogo di diritti fondamentali, mentre esso non trova spazio neppure oggi nel B-VG. Quest'ultima si limita a riconoscere il rango di legge costituzionale all'art. 149, comma 1, che ha contenuto la Legge fondamentale del 21 dicembre 1867 sui diritti generali dei cittadini per i regni e gli stati rappresentati nel Consiglio imperiale.

Sebbene sia la più importante, la Carta costituzionale non è l'unica fonte del diritto costituzionale formale in Cecoslovacchia. Esse si compongono di un cerchio di leggi costituzionali sussidiarie, alcune delle quali sono dichiarate parte dell'atto costituzionale. Così, mentre in Cecoslovacchia la tradizione di frammentazione delle fonti giuridiche del diritto costituzionale ereditata dalla monarchia non fu superata (anche se allora c'era un documento costituzionale centrale), l'Austria repubblicana la incrementò in proporzioni quasi smisurate¹¹.

L'articolo 149, comma 1 della Legge costituzionale federale riconosce il rango costituzionale a diverse leggi caratterizzate da un contenuto prevalentemente di diritti fondamentali. Soprattutto l'art. 44, comma 1 del B-VG autorizza la creazione di leggi costituzionali al di fuori del B-VG senza alcuna restrizione. Ancora più importante: questa opzione esiste anche per la promulgazione di "disposizioni costituzionali contenute in leggi semplici", una caratteristica unica nella comparazione giuridica. In ultimo, ma non per ordine di importanza, l'art. 50, comma 2 della B-VG consente l'adozione di trattati di stato con rango costituzionale o di simili disposizioni costituzionali, e ciò fino al 2008.

La frammentazione della costituzione è stata arginata solo dal requisito della designazione (le leggi costituzionali devono essere esplicitamente designate come tali) e dall'aumento dei quorum per la promulgazione della legge costituzionale formale. Secondo l'art. 44, comma 1 del B-VG, è richiesta la presenza di almeno la metà dei membri del Consiglio Nazionale e una maggioranza di due terzi dei voti espressi. L'articolo 33 della Carta costituzionale stabilisce

¹¹ In generale sui modelli di codificazione costituzionale cfr. B. Wieser (Nota 8), 109 e ss.

requisiti molto più elevati, vale a dire una maggioranza di tre quinti di tutti i membri sia alla Camera dei deputati che al Senato¹². Al contrario, la Carta costituzionale non contiene “leggi di costruzione” (principi guida) della Costituzione che sono ancora più difficili da modificare, come quelle dell’allora art. 44, comma 2 della Legge costituzionale federale.

III. *Principi della struttura statale*

Entrambe le costituzioni contengono solo in misura ridotta delle dichiarazioni programmatiche sui principi guida della struttura statale. Secondo l’art. 1, comma 1 della Carta costituzionale, il popolo è l’unica fonte di tutto il potere statale della Repubblica Cecoslovacca. Secondo l’art. 2 della Carta costituzionale, lo Stato cecoslovacco è una repubblica democratica. Entrambe le disposizioni – che pongono il principio della democrazia a capo della costituzione – sono liquidate da Weyr, un co-fondatore della costituzione, come “luoghi comuni giuridicamente senza senso”, integrali allo spirito della scuola viennese di positivismo giuridico allora prevalente¹³. Come è noto, la stessa sorte è toccata all’analogo austriaco, l’art. 1 del B-VG (“L’Austria è una Repubblica democratica, il suo diritto emana dal popolo”). A questo proposito, il famoso detto di Kelsen: “L’art. 1 non ha un contenuto giuridico rilevante. Se la costituzione costituisce effettivamente una repubblica democratica è determinata dalle sue disposizioni di diritto organizzativo, di diritto sostanziale”¹⁴.

L’articolo 2 della Carta costituzionale cecoslovacca al pari dell’articolo 1 della Legge costituzionale federale austriaca dichiarano che il rispettivo Stato è una repubblica. In entrambi i casi, tuttavia, non c’è una proclamazione esplicita di uno “stato costituzionale”. Questo vale anche per il principio della separazione dei poteri.

¹² Secondo F. Adler, *Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassungs-urkunde in der Entwicklungsgeschichte des Verfassungsrechtes*, Berlin, 1927, 22, ciò rende “i cambiamenti costituzionali nella Repubblica Cecoslovacca praticamente quasi impossibili”; diversa opinione L. Epstein, *Die Quellen der tschechoslowakischen Verfassung*, in *Prager Juristische Zeitschrift*, 1927, 305 (306).

¹³ F. Weyr (Nota 7), 6

¹⁴ H. Kelsen/G. Froehlich/A. Merkl, *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, Wien, 1922, 65; inoltre H. Kelsen (Nota 6), 164.

Le due costituzioni prendono strade completamente diverse per quanto riguarda la struttura verticale dello Stato. L'art. 2, comma 1 del B-VG proclama l'Austria uno stato federale. La Carta costituzionale cecoslovacca, d'altra parte, non parla esplicitamente di "Stato unitario", sebbene ciò sia stato nell'articolo 3, comma 1, secondo il quale il territorio della Repubblica cecoslovacca costituisce un insieme unitario e indivisibile. L'art. 7, comma 1 della Carta costituzionale sancisce la cessazione delle attività legislative e amministrative dei parlamenti provinciali, tracciando così una chiara linea di demarcazione con gli echi federalisti della monarchia austro-ungarica. Il rapporto della commissione costituzionale dell'Assemblea Nazionale contiene parole inequivocabili: "L'attività legislativa dei precedenti parlamenti provinciali è già oggi superflua. La nostra Repubblica non è così grande talché la sua legislazione non possa esprimere i bisogni di tutto il suo territorio, e i bisogni di natura locale saranno ben curati nei distretti e nei circondari"¹⁵.

IV. *Il potere legislativo*

Sia la Cecoslovacchia che l'Austria optarono nel 1920 per un sistema parlamentare bicamerale. In entrambi i casi, la prima camera è concepita come una camera rappresentativa generale costituita sulla base di un'elezione popolare. Secondo l'art. 8 della Carta costituzionale, la Camera dei deputati si compone di 300 membri, i quali sono eletti a suffragio universale, uguale, diretto e segreto. La normazione finanche del sistema elettorale – principio della rappresentazione proporzionale – può essere ricompresa nell'orientamento della costituzione di rifiuto del diritto di voto maggioritario vigente nella monarchia austro-ungarica. Il diritto di voto è concesso al compimento del 21° anno di vita (art. 9 della Carta costituzionale), il diritto di candidarsi al 30° (art. 10 della Carta costituzionale). Il periodo elettorale della Camera dei deputati è relativamente lungo, ossia 6 anni (art. 11 della Carta costituzionale).

Al contrario, il *Bundes-Verfassungsgesetz* lascia aperto il numero dei membri del Consiglio Nazionale. Secondo l'art. 26, comma 1, il Consiglio Nazionale è eletto a suffragio diretto, uguale, segreto e personale. Anche qui – per le stesse ragioni che in Ceco-

¹⁵ Citato da L. Epstein (Nota 1), 139.

slovacchia – la Costituzione prescrive il sistema elettorale: “Principi della rappresentazione proporzionale”. La soglia di età è più bassa sia per l’elettorato attivo che passivo: 20 anni per il diritto di voto e 24 anni per il diritto di candidarsi alle elezioni (art. 26, comma 1 e comma 4 del B-VG). Per la legislatura parlamentare è prevista una durata “ordinaria”, ossia di 4 anni (art. 27 comma 1 del B-VG).

Le seconde camere sono state strutturate in modo molto diverso. La Cecoslovacchia ha istituito una camera puramente riflessiva e deliberativa. Lo scopo di questa disposizione era “creare un controllo reciproco delle due camere ed esercitare un’influenza calibrata attraverso la seconda camera su eventuali decisioni troppo rapide e non sufficientemente ponderate della prima camera, che è più facilmente mossa da passioni politiche”¹⁶. Anche il Senato – che ha 150 membri – è eletto dal popolo; anche qui si applicano i principi del suffragio universale, uguale, diretto e segreto e anche della rappresentanza proporzionale (art. 13 della Carta costituzionale). Ci sono barriere, alte o molto alte, per il diritto di voto o di candidatura: 26 anni nel primo caso (art. 14 della Carta costituzionale), 45 anni nel secondo (art. 15 della Carta costituzionale).

La lunga durata della legislatura, pari a 8 anni (art. 16 della Carta costituzionale), è coerente con le precedenti disposizioni. Nella letteratura contemporanea, la costruzione del Senato – che non fu affatto incontrastata nel processo di creazione della Costituzione – fu sottoposta a dure critiche, nel senso che “per molti aspetti si ottenne solo una duplicazione superflua dell’organo legislativo e si persero proprio i vantaggi più preziosi del sistema bicamerale”¹⁷.

Il Consiglio federale austriaco, invece, è chiamato a rappresentare gli interessi degli Stati membri, benché la sua funzione non sia menzionata nel testo costituzionale al pari del caso del suo omologo cecoslovacco. Questo compito è espresso al meglio nell’art. 34, comma 1 del B-VG, secondo il quale i *Länder* sono “rappresentati” nel Bundesrat in proporzione al numero di cittadini del *Land* – calcolato a partire dal Land con il maggior numero di cittadini, che invia dodici membri (comma 3). Secondo l’art. 35, comma 1 del B-VG, i membri del Bundesrat sono eletti dai parlamenti dei *Länder*

¹⁶ Così F. Adler (Nota 5), 27.

¹⁷ Così F. Weyr (Nota 7), 8; cfr. inoltre Adler (Nota 5), 28.

per la durata della loro legislatura secondo il principio della rappresentanza proporzionale. Così, un periodo elettorale separato del *Bundesrat* è escluso; piuttosto, si ordina il principio del rinnovo parziale.

Nonostante una costruzione molto diversa, il Consiglio federale condivide con il suo omologo cecoslovacco le medesime critiche, le quali si diffusero sin dalle prime fasi costituenti: *Merkl*, ad esempio, asserì che “nella Costituzione federale ora in vigore, il nostro Consiglio federale è diventato, per così dire, l’organo più debole e anemico dell’intero organismo federale”, e criticò “con quanta ansia si è evitato tutto ciò che avrebbe potuto far apparire il Consiglio federale come una seconda camera, come una cosiddetta camera dei *Länder*, accanto al Consiglio Nazionale”¹⁸.

In entrambi gli stati, le due camere possono riunirsi in sessione congiunta come Assemblea nazionale (art. 38 della Carta costituzionale) o Assemblea federale (art. 38 della Costituzione federale), anche se solo per l’esercizio di alcuni poteri individuali (tra cui, tuttavia, l’elezione del Presidente della Repubblica).

V. *Procedimento legislativo*

Per quanto riguarda il compito principale di ogni parlamento, la legislazione, la costituzione cecoslovacca cerca di istituire la parità tra le due camere più di quanto non faccia il B-VG, senza tuttavia raggiungere la piena uguaglianza del Senato e della Camera dei deputati. Questo dato è evidente già nel diritto di iniziativa legislativa, che secondo l’art. 41, comma 1 della Carta costituzionale appartiene al governo e a ciascuna delle camere. Il processo legislativo può iniziare in una delle due camere, il che è indirettamente espresso dall’art. 44, comma 3 della Carta costituzionale, secondo il quale (solo) i disegni di legge del governo riguardanti il bilancio e la legge sulla difesa devono essere previamente presentati alla Camera dei deputati.

Al contrario, secondo l’art. 41, comma 1 del B-VG, le proposte legislative, sia come mozioni dei suoi membri, sia come proposte del governo federale, “pervengono al Consiglio Nazionale” attraverso il Consiglio federale o come petizioni referendarie adegua-

¹⁸ A. Merkl, *Bundesrat und Immunität*, in *Zeitschrift für Verwaltung* 1921, 151.

tamente sostenute (vedi art. 41, comma 2 B-VG). Tale elemento di democrazia diretta non è previsto invece nella Costituzione cecoslovacca.

L'art. 42 della Carta costituzionale postula che per una legge costituzionale è sempre necessaria una deliberazione concorde di entrambe le camere. Lo stesso vale per altre leggi – ma solo se disposizioni costituzionali più dettagliate non stabiliscono altrimenti. In questo senso, secondo l'art. 43, comma 1 della Carta costituzionale, il Senato è obbligato ad approvare una deliberazione su un disegno di legge adottata dalla Camera dei deputati entro sei settimane – sul bilancio e sulla legge sulla difesa entro un mese. La Camera dei deputati, d'altra parte, è obbligata ad approvare una deliberazione su una legge adottata dal Senato entro (il periodo significativamente più lungo di) tre mesi. I termini possono essere prorogati o abbreviati con l'accordo di entrambe le camere secondo l'art. 43, comma 2 della Carta costituzionale. Se la seconda camera non approva una deliberazione entro i termini fissati, ai sensi dell'articolo 43, comma 4 della Carta costituzionale, si ritiene approvata la risoluzione della prima camera.

In conformità all'articolo 44, comma 1 della Carta costituzionale, una deliberazione della Camera dei deputati diventa legge, nonostante la deliberazione discordante del Senato, se la Camera dei deputati decide a maggioranza assoluta dei suoi membri di perseverare nella sua deliberazione originaria. Tuttavia, se il Senato ha respinto il progetto di legge adottato alla Camera dei deputati con una maggioranza di tre quarti di tutti i suoi membri, il progetto diventa legge solo se la Camera dei deputati conferma la sua deliberazione con una maggioranza di tre quinti dei suoi membri.

Per quanto riguarda le deliberazioni legislative del Senato, si applica diversamente la seguente disposizione: la deliberazione viene trasmessa alla Camera dei deputati in applicazione dell'art. 44, comma 2 della Carta costituzionale. Se il Senato respinge la risoluzione e conferma la sua deliberazione originaria con la maggioranza assoluta di tutti i suoi membri, trasmette nuovamente la sua risoluzione alla Camera dei deputati. Se la Camera dei deputati respinge la risoluzione del Senato per la seconda volta a maggioranza assoluta di tutti i suoi membri, la risoluzione del Senato non diventerà legge.

Al contrario, il Bundesrat ha solo un diritto di veto "semplice". Il Bundesrat può sollevare un'obiezione motivata a una risoluzione

legislativa entro otto settimane. Se il Consiglio Nazionale conferma la sua risoluzione originaria, l'obiezione del Bundesrat è superata. Questo richiede – seppur praticamente insignificante – un quorum aumentato (metà di tutti i membri invece di un terzo), ma nessun quorum di consenso aumentato (cfr. art. 42, comma 1-4 B-VG). Né c'è una regola, come nella Costituzione cecoslovacca, che un'obiezione del Consiglio federale, decisa con quorum aumentato, può essere annullata solo con quorum aumentato del Consiglio nazionale.

In entrambi i paesi, sebbene con modalità differenti, la procedura legislativa può essere integrata con un referendum. In Cecoslovacchia, se l'Assemblea Nazionale ha respinto un progetto di legge del governo, il governo può decidere – all'unanimità – secondo l'art. 46, comma 1 della Carta costituzionale, che si tenga un referendum per decidere se il progetto di legge respinto debba diventare legge. Tuttavia, un referendum non è consentito nel caso di emendamenti costituzionali (art. 46, comma 4 della Carta costituzionale). In Austria, d'altra parte, solo il Consiglio nazionale può decidere di indire un referendum su una risoluzione legislativa già approvata (art. 43 B-VG; sui referendum sugli emendamenti costituzionali cfr. art. 44, comma 2 B-VG).

In modo diverso, anche il Presidente della Repubblica è coinvolto nel processo legislativo. In Cecoslovacchia, secondo l'art. 47 della Carta costituzionale, il Presidente ha il diritto di rinviare “con osservazioni” una legge approvata dall'Assemblea nazionale entro un mese, stabilendo così un diritto politico di veto¹⁹.

Tuttavia, qualora entrambe le camere confermino la legge rinviata con una votazione per appello nominale con una maggioranza assoluta dei loro membri, la legge deve essere promulgata in conformità all'art. 48, comma 1 della Carta costituzionale. Anche in questa procedura, il Senato non ha pari diritti: qualora la maggioranza non dovesse essere stata raggiunta in entrambe le camere, la legge viene promulgata in caso sia stata approvata dalla Camera dei deputati in una nuova votazione per appello nominale con una maggioranza di tre quinti dei suoi membri (art. 48, comma 2 della Carta costituzionale).

Il presidente federale austriaco, invece, secondo l'art. 47, comma 1 della B-VG, deve solo dichiarare “il procedimento consti-

¹⁹ Cfr. F. Adler (Nota 5), 57; L. Adamovich (Nota 5), 201.

tuzionale delle leggi federali”. Per quanto poco chiara sia la disposizione e per quanto permetta diverse interpretazioni, è chiaro che il presidente federale non può rifiutarsi di firmare la risoluzione legislativa per considerazioni puramente politiche.

La procedura legislativa si conclude in entrambi i casi con la pubblicazione della legge sulla Gazzetta ufficiale (cfr. art. 49 della Carta costituzionale e art. 48 e 49 della B-VG).

VI. *Il potere esecutivo*

Entrambe le costituzioni furono precedute da una tenace contesa sulla forma del capo di stato, la cui unica costante fu il chiaro rifiuto della monarchia. La costituzione provvisoria della Cecoslovacchia aveva già un presidente della repubblica, ma secondo un'opinione del tempo, la sua posizione era “inorganica”, così che “fluttuava nell'aria, per così dire, tra l'organo legislativo e quello esecutivo”²⁰. In Austria, il presidente federale fu una nuova creazione della Legge costituzionale federale.

Di conseguenza, entrambi i paesi istituirono un capo di stato eletto non dal popolo, bensì dal parlamento²¹. In Austria, il capo di stato venne affiancato da un presidente federale con delle competenze “deboli”, mentre in Cecoslovacchia – anche per l'eccezionale importanza politica del primo presidente Tomáš Garrigue Masaryk – il capo di stato assunse una posizione dominante. Secondo una lettura dell'epoca, “la posizione del Presidente della Repubblica Cecoslovacca è organicamente molto più vicina a quella di un monarca costituzionale che, ad esempio, quella del capo politicamente responsabile di un governo repubblicano”²².

Entrambi i presidenti sono dotati delle “solite” funzioni di capo di stato (es. rappresentanza esterna dello stato, conclusione di trattati di stato, nomina di funzionari). Il presidente cecoslovacco, tuttavia, ha una serie di poteri aggiuntivi che lo elevano chiara-

²⁰ Così F. Weyr (Nota 7), 20 e sg.

²¹ Per la Cecoslovacchia, le motivazioni ufficiali sono esplicitate nel disegno di legge del governo, incluso il fatto che le elezioni dirette “non dovrebbero diventare nel migliore dei casi una fonte di disordine tra il popolo”; citato da L. Epstein (nota 1), 165.

²² Così F. Weyr (Nota 7), 27.

mente al di sopra della sua controparte austriaca in termini di “politica di potere”. Uno di questi è il suo diritto di porre il veto alle risoluzioni parlamentari, come descritto sopra. In relazione al governo, egli ha il diritto di partecipare e presiedere le sue riunioni. Inoltre, ha il diritto di invitare il governo o i suoi membri a una “consultazione”. E soprattutto: il Presidente della Repubblica nomina e revoca i ministri e ne determina il numero, e questo senza alcuna previa proposta, mentre in Austria, come è noto, il governo federale è eletto dal Consiglio nazionale secondo l’art. 70, comma 1 del B-VG del 1920 (vedi sotto).

Secondo *Adler*, nel complesso “si può affermare che il Presidente della Repubblica Cecoslovacca non occupa una posizione superiore e potente negli ingranaggi dell’organismo statale come, per esempio, il Presidente degli Stati Uniti d’America o anche il Presidente del Reich tedesco, ma che in confronto al presidente della Repubblica francese, i cui poteri sono serviti in larga misura da modello per i legislatori costituzionali cecoslovacchi, sembra essergli assegnato un ruolo più elevato e influente”²³.

La diversa forza della posizione dei presidenti si esprime o si reitera anche nel diritto di formare il governo. In Cecoslovacchia, il Presidente della Repubblica nomina il presidente e i membri del governo (ministri) in conformità all’art. 70, comma 1 della Carta costituzionale. Il presidente del governo non ha nemmeno il diritto di nominare gli altri ministri. Solo il Vicepresidente del governo non è designato dal Presidente; questo è eletto dal governo tra i suoi membri (art. 71 della Carta costituzionale). Il numero dei ministri è nuovamente definito dal Presidente (art. 64, comma 1, numero 7 della Carta costituzionale); allo stesso modo, secondo l’art. 72 della Carta costituzionale, egli indica quali membri del governo dirigono i singoli ministeri. Non è espressamente prevista l’approvazione di un governo di nuova nomina da parte del Parlamento o anche la sua presentazione al Parlamento; tuttavia, in virtù della dipendenza del governo dalla fiducia della Camera dei deputati (che potrebbe censurarlo ai sensi degli art. 75 e seguenti della Carta costituzionale), il Presidente della Repubblica è tenuto a tener conto della maggioranza parlamentare nella formazione del governo²⁴.

²³ F. Adler (Nota 5), 77 e sg.

²⁴ Cfr. F. Sander (Nota 10), 365.

In Austria, secondo l'art. 70, comma 1 del B-VG, il governo federale – composto dal Cancelliere federale, il Vicecancelliere e dagli altri Ministri federali (art. 69, comma 1 della B-VG) – viene eletto dal Consiglio nazionale con una votazione per appello nominale sulla base della proposta presentata dal Comitato permanente del Consiglio nazionale. Il Presidente federale ha solo funzioni cerimoniali (giuramento secondo l'art. 72, comma 1 della B-VG, emissione dei documenti di nomina, secondo l'art. 72, comma 2 della B-VG).

VII. *Giurisdizione costituzionale*

Per quanto riguarda la giurisdizione costituzionale, entrambe le costituzioni sono all'avanguardia grazie all'istituzione di una Corte costituzionale specializzata. L'unica competenza della Corte costituzionale cecoslovacca è la competenza di revisionare le leggi, che è, naturalmente, la competenza principale di ogni “vera” Corte costituzionale. Il fatto che la Corte costituzionale cecoslovacca, a differenza della sua controparte austriaca, alla fine non sia diventata una storia di successo²⁵ si spiega – oltre che con la competenza limitata – con le limitate possibilità di accesso. Secondo la legge – probabilmente incostituzionale – della Corte costituzionale, la Corte costituzionale decide sulla costituzionalità di una legge sulla base di un ricorso che può essere presentato solo dalla Corte suprema, dalla Corte amministrativa suprema, dalla Corte elettorale, dalla Camera dei deputati, dal Senato o dal Parlamento della Carpatia.

La presentazione di una tale ricorso può essere decisa dagli organi rappresentativi interessati a maggioranza assoluta dei voti; la Corte suprema, la Corte amministrativa suprema e la Corte elettorale possono farlo solo in una sessione plenaria. La domanda può essere presentata entro tre anni dal giorno della promulgazione della legge in questione. Le possibilità di successo di una richiesta di revisione della legge sono limitate, in quanto per adottare una decisione che ne dichiari l'invalidità sono necessari almeno cinque voti (su sette!).

Il potere di presentare un ricorso alla Corte costituzionale austriaca era ancora relativamente limitato nel 1920. Secondo l'art.

²⁵ Recensione completa in J. Osterkamp, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920 - 1939)*, Frankfurt am Main, 2009.

140, comma 1 del B-VG, la Corte costituzionale si pronuncia sull'incostituzionalità delle leggi del *Land* su richiesta del governo federale e sull'incostituzionalità delle leggi federali su richiesta di un governo del *Land* - tale richiesta può essere fatta "in qualsiasi momento" secondo l'art. 140, comma 2 del B-VG. Non è previsto alcun diritto di ricorso delle corti (supreme) a titolo di revisione astratta o concreta delle norme. Ciò che è decisivo, tuttavia, è che, secondo l'art. 140, comma 1 del B-VG, la Corte costituzionale può anche controllare d'ufficio una legge federale o del *Land*, se tale legge deve costituire il presupposto di una decisione della Corte costituzionale (in particolare nel procedimento di ricorso contro una decisione o un'ordinanza di un'autorità amministrativa di ultima istanza, secondo l'art. 144 del B-VG)²⁶.

Le ulteriori competenze della Corte costituzionale austriaca, già ampie nel 1920, corrispondono in gran parte ad altri strumenti previsti dal sistema giuridico cecoslovacco.

Mentre in Austria, per esempio, il diritto di revisione delle ordinanze è concentrato presso la Corte costituzionale in modo analogo al diritto di revisione delle leggi (art. 139 B-VG), in Cecoslovacchia rimane il diritto di revisione dei tribunali (ordinari), ereditato dalla monarchia.

Inoltre in Austria, in conformità all'art. 3, lett. *b* della Legge fondamentale del 21 dicembre 1867 sull'istituzione di una Corte imperiale, la competenza della Corte imperiale a decidere sui "reclami dei cittadini per la violazione dei diritti politici loro garantiti dalla Costituzione" viene ampliata dalla competenza della Corte costituzionale a decidere sui reclami afferenti alla "violazione dei diritti costituzionalmente garantiti" (art. 144 B-VG), mentre in Cecoslovacchia la competenza in materia passa alla Corte amministrativa suprema.

VIII. *Diritti e libertà fondamentali*

Nella regolamentazione dei diritti e delle libertà fondamentali, le due costituzioni differiscono significativamente nella forma, ma solo nei dettagli per ciò che concerne il contenuto. Mentre in Au-

²⁶ Compara H. Kelsen/G. Froehlich/A. Merkl (Nota 14), 259.

stria l'istituzione di un nuovo catalogo di diritti fondamentali è fallita e quindi è stato riconosciuto il rango di legge costituzionale alla Legge fondamentale del 21 dicembre 1867 sui diritti fondamentali dei cittadini dei regni e degli stati rappresentati nel Consiglio imperiale è stata adottata – formalmente in un certo senso “allegata” alla Legge costituzionale federale (cfr. art. 149, comma 1 della Legge costituzionale federale) – la Carta costituzionale cecoslovacca contiene una sezione principale (artt. 106-126), per la quale la Legge fondamentale austriaca era stata inequivocabilmente d'ispirazione²⁷. Secondo *Weyr*, i “cosiddetti” (sic!) diritti e libertà fondamentali “per loro natura aderiscono strettamente ai modelli tradizionali”²⁸. Questo dato è già evidente nella disposizione consecutiva dei diritti fondamentali individuali, che non segue pedissequamente, ma abbastanza chiaramente la Legge fondamentale, così come è talvolta rinvenibile una congruità letterale dei diritti fondamentali individuali adottati.

IX. Conclusioni

Il celebre *Adolf Julius Merkel*, nel suo saggio “Die Verfassung der deutschösterreichischen Republik” (“La Costituzione della Repubblica austro-tedesca”) pubblicato nel 1922 in una rivista praghese, pur in assenza di una prospettiva comparatistica, giunse al seguente epilogo: “Gli stati nazionali sorti sul suolo della monarchia austro-ungarica hanno molti vantaggi rispetto ai loro contemporanei e hanno l'orgogliosa coscienza, più o meno giustificata, di essere fuggiti da una prigione verso una libertà paradisiaca; ma per quanto riguarda le istituzioni costituzionali, solo la Repubblica Cecoslovacca può essere paragonata alla Repubblica austro-tedesca. Sarebbe sciocco e irragionevole trascurare l'ardente anelito per la libertà che innegabilmente traspare dalla costituzione cecoslovacca – ma la distanza dall'ideale di libertà realizzato dalla Repubblica austro-tedesca è altrettanto innegabile, e altrettanto evidenti sono gli ostacoli sulla strada verso questa meta ardentemente cercata. Ognuno dei nuovi stati nazionali, fondati o maturati, gioverebbe

²⁷ F. Adler (Nota 5), 109 ritiene che, “in particolare, alcune disposizioni della Costituzione imperiale tedesca possono essere servite come modello”.

²⁸ Così F. Weyr (Nota 7), 37.

dal riprendere le varie istituzioni statali dell'Austria tedesca, dalla quale sono state riprese anche molte altre cose, e l'Austria tedesca darebbe volentieri lo spirito della sua costituzione ai suoi ex compagni di stato, ma preferirebbe certamente darlo alla repubblica sorella cecoslovacca, alla quale è indissolubilmente legata da tanti contatti geografici, relazioni economiche, legami culturali, legami di sangue e lingua, al di là dei confini statali”²⁹.

Bisogna giudicare generosamente queste righe molto scioviniste alla luce delle circostanze dell'epoca, che erano dominate dal “dolore della separazione” (perdita del grande impero, “pace della dittatura”). Una visione sobria porta a un quadro molto più differenziato. Non c'è dubbio che il B-VG, con la sua giurisdizione costituzionale ben sviluppata, fu un grande successo e più tardi un “successo da esportazione”, al quale non si avvicinò la sua controparte, la costituzione cecoslovacca.

Tuttavia, il fatto che in entrambi i paesi le seconde camere del parlamento fossero definite in maniera residuale, anche se per ragioni diverse, dimostra che l'organizzazione degli organi supremi dello Stato non era poi completamente ineccepibile, non solo nella Costituzione cecoslovacca, ma anche nel B-VG.

Da un punto di vista formale, la Costituzione cecoslovacca appare maggiormente coesa rispetto al B-VG, la quale era invece lacunosa sotto molti aspetti e mostrava una frammentazione delle fonti del diritto costituzionale che divenne in seguito eclatante. In questo contesto, è interessante notare che la Cecoslovacchia, a differenza dell'Austria, sia riuscita a incorporare nel documento costituzionale un catalogo di diritti fondamentali, anche se non particolarmente innovativo.

Il B-VG non superò la “prova politica”, né nella sua versione originale né in quella modificata in modo sostanziale nel 1929, anche se le ragioni di ciò sono certamente complesse e possono essere “imputate” solo marginalmente alla costituzione; la fine della Prima Repubblica mise fine, per il momento, al B-VG. Tuttavia, dopo la seconda guerra mondiale, il B-VG entrò nuovamente in vigore e ottenne uno straordinario successo. Al contrario, la Costituzione cecoslovacca del 1920 è da tempo caduta nell'oblio, ma sopravvive in

²⁹ A. Merkl, *Die Verfassung der deutschösterreichischen Republik*, in *Prager Juristische Zeitschrift*, 1922, 1 (30).

qualche misura nelle attuali costituzioni della Repubblica Ceca e della Slovacchia del 1992. Ma questa è un'altra storia.

(traduzione a cura di Andrea Grippo)

Abstract

Dopo il 1918, sul suolo della monarchia austro-ungarica emersero diversi stati nazione. Questi adottarono delle nuove Costituzioni. Il presente articolo confronta le caratteristiche principali della Costituzione della Repubblica cecoslovacca del 1920 e della Costituzione federale austriaca del 1920.

After 1918, several nation states emerged on the soil of the former Austro-Hungarian monarchy. These adopted new Constitutions. This article compares the main features of the 1920 Constitution of the Czechoslovak Republic and the 1920 Austrian Federal Constitution.

GERHARD BAUMGARTNER

RULE OF LAW AND ECONOMIC CONSTITUTION

SUMMARY: I. Introduction. – II. The *Rechtsstaat* as a Standard and Maxim of Interpretation. – III. Constitutional State and Economic Constitution. – IV. The Binding Effect of Statutory Law and Economic Law. – V. Legal Protection State and Economic Law. – VI. Conclusion.

I. *Introduction*

To assess the relationship between the *Rechtsstaat* and the economic constitution, this article¹ must first clarify the meaning of the terms “*Rechtsstaat*” (rule of law) and “economic constitution” and thus ascertain the subject of the study at hand. The following presentation will concentrate on the term “*Rechtsstaat*”.² Considering the notorious confusion of terms, it should be made clear at this point that the term “economic constitution”, like its thematic “counterpart” – the *Rechtsstaat* – is understood in this article in a specific constitutional sense. The term economic constitution is therefore used in the following to refer to Austrian economic law with constitutional status, i.e. formal constitutional law.³ In contrast,

¹This paper is a shortened and translated version of my article “Rechtsstaat und Wirtschaftsverfassung”, in: Holoubek/Kahl/Schwarzer (eds.), *Wirtschaftsverfassungsrecht* (2022) published by Verlag Österreich. Many thanks for their help with the English translation go to my assistants *Martin Lenzbauer*, *David Sabitzer* and *Alina Kummer*. The translation has been done with great care, but sometimes linguistic compromises were inevitable. Furthermore, a basic knowledge of Austrian constitutional law will be helpful to understand this article.

²On the concept of economic constitution or economic constitutional law see *Holoubek/Kahl/Schwarzer*, *Wirtschaftsverfassung(srecht) - Der Begriff, sein Zweck und seine Funktion*, in: Holoubek/Kahl/Schwarzer (eds.), *Wirtschaftsverfassungsrecht* (2022) para 19. Also *Korinek*, *Zum Begriff des Wirtschaftsverfassungsrechts*, *Festschrift Franz Korinek* (1972) 23 (26 et seq.). According to this, economic constitutional law is “the epitome of norms of constitutional rank which are of particular importance for the economic order and economic activity of a state” (ibid. 35).

³Similar for the German economic constitution *Ruffert*, *Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung*, *AöR* 134 (2009) 197 (199).

(primary) European Union law, although it may have substantive “constitutional character”⁴ or “constitutional potential”,⁵ is not the focus of this study.

In the following, *Rechtsstaat* is understood as a state under the rule of law in the formal sense, which is a feature of the Austrian constitutional legal system.⁶ This refers to a state that is characterised by binding constitutional and statutory legislation and by a developed system of legal protection.⁷ The *Rechtsstaat* requires a constitutional state, i.e. it must establish rules with special legal validity that bind all state organs and thus also the legislature and ensure compliance with certain “rules of the game” for the exercise of political power. Through such a constitution, secured in its existence, state power is limited and bound to fixed rules.⁸ However, the *Rechtsstaat* also requires a state of law and thus binds the exercise of state power in individual cases, i.e. administration and judiciary, to the law. This statutory reservation implies that the legal order characterising the rule of law in the formal sense must have a certain degree of substantive determination.⁹ Since compliance with the constitution and the law is dependent on surveillance, the *Rechtsstaat* also presents itself as a state of legal protection, which

⁴ Cf. *Holoubek/Kahl/Schwarzer*, in: *Holoubek/Kahl/Schwarzer*, *Wirtschaftsverfassungsrecht* para 5.

⁵ *Griller*, *Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt*, *Festschrift Rill* (2010) 1 (6, 8). See for Germany *Ruffert*, *AöR*, 134 (2009) 201.

⁶ In view of this limitation of topics, it should be pointed out that the rule of law pursuant to Article 2 TEU is one of the fundamental values of the EU that are protected by a special procedure according to Article 7 TEU. The rule of law is further specified in the principles of the rule of law elaborated by the ECJ. See *Obwexer*, in: *Mayer/Stöger* (eds), *EUV/AEUV Art. 2 EUV* (updated 1.7.2011) para 26 et seq. On current issues *Fremuth*, *EU-Ausschlussrecht könnte gemeinsame Werte wirksam wahren*, 18.8.2019 <<https://www.diepresse.com/5675800/eu-ausschlussrecht-konnte-gemeinsame-werte-wirksam-wahren>, accessed 30.3.2020>.

⁷ The disputed question of whether fundamental rights constitute an element of the rule of law principle (see e.g. *Grabenwarter/Holoubek*, *Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht*⁴ [2019] para 83 et seq., 94) or whether the Austrian Federal Constitution is based on a purely formal concept of the rule of law (see e.g. *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Bundesverfassungsrecht*¹¹ [2015] para 165), will not be further examined here.

⁸ *Berka*, *Verfassungsrecht*⁷ (2018) para 182; see also *Grabenwarter/Holoubek*, *Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht*, para 93.

⁹ Cf. *Grabenwarter/Holoubek*, *Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht*, para 85 et seq.

guarantees that the constitution is observed by the legislature and that statutory law is observed by the executive authorities (administration and judiciary) through the provision of appropriate legal remedies.¹⁰ The rule of law principle thus requires “the constitutionality of laws, the lawfulness of the acting of the executive authorities and the existence of adequate institutions for legal protection (rule of law in the formal sense)”.¹¹ The Constitutional Court also refers to the above-mentioned three elements¹² when it formulaically states that the meaning of the *Rechtsstaat* culminates in the fact “that all acts of state authorities must be founded in the law and ultimately in the constitution, and that a system of legal protection guarantees that only those acts are permanently secured in their legal existence which were issued in accordance with those higher-level acts that determine them”.¹³

II. *The Rechtsstaat as a Standard and Maxim of Interpretation*

If one attempts to understand and describe the relationship between the rule of law and the economic constitution in the next step, it is noticeable that these two concepts are, in a way, located at different places in the hierarchical structure of the legal order. While the rule of law as a basic principle of the Austrian Federal Constitution is part of the fundamental constitutional order, the (national) economic constitution is located at the level of ordinary constitutional law. This raises the question to which extent the rule

¹⁰ Cf. Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht, para 165; Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht, para 88. On the rule of law, see also Öblinger, Der Rechtsstaat. Geschichte - Gegenwart - Gefährdung, in: Schmid *et al.* (eds.), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (2011) 1 (5 et seq., 9).

¹¹ B. Raschauer, Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Wirtschaftsrecht, Festschrift Rill (1995) 515 (522). See also C. Fuchs, Rechtsschutz, Rechtsstaat, Rechtsschutzstaat - Reflexionen zur Verfassungsinterpretation, Festschrift Korinek (2010) 83 (88).

¹² See on the three elements of the rule of law in the formal sense (constitutional state, state of law, state of legal protection) Pöschl/R. Winkler, Rechtswissenschaftliche Grundlagen, in: R. Winkler (ed.), Öffentliches Wirtschaftsrecht (2008) 43 (72 et seq.); Traußnigg, Strukturfragen eines umfassenden effektiven Rechtsschutzes, JAP 2020/2021/9, 83 (84).

¹³ VfSlg 2929/1955 with reference to *Adamovich (sen)*, Grundriss des österreichischen Verfassungsrechtes⁴ (1947) 71. Similar VfSlg 2455/1952. See subsequently, for instance, VfSlg 11.196/1986, 12.409/1990, 13.223/1992, 16.245/2001.

of law provides guidelines for the constitutional legislator shaping the economic order. Examples can be found in the case law of the Constitutional Court.¹⁴ The relevant decisions indicate that there are no specific peculiarities in the relationship between the *Rechtsstaat* and the economic constitution. As usual the constitutional legislator must observe the requirements of the rule of law and that a violation of these requirements makes the constitutional provision in question unconstitutional because it violates fundamental constitutional law. Furthermore, the regulations of economic constitutional law must be interpreted in such a way that they do not conflict with the requirements of the *Rechtsstaat* (interpretation in conformity with the principles of the constitution).¹⁵ As a result, the economic constitution thus proves to be part of a constitution based on the rule of law and is embedded in it.

Those provisions of the Federal Constitution that constitute the rule of law and the economic constitution also shape ordinary statutory law. For example, economic interventions by the state through statutory law are determined by and bound to the requirements of economic constitutional law.¹⁶ At the same time, however, the constitutional requirements of the *Rechtsstaat* must also be observed when drafting ordinary statutory economic law. The state, which intervenes in the economy, which regulates, controls, and supervises it, must always adhere to the rule of law according to the Federal Constitution. A legal study that seeks to comprehend the specific relationship between the *Rechtsstaat* and the economic constitution will therefore usefully begin with the question of what effects the rule of law or the provisions of the federal constitution that constitute the rule of law have on the sub-constitutional regulation of the economy. In other words, it is a question of which constitutional requirements have to be observed in the design and application of ordinary statutory economic law and which consequences arise from the rule of law principle or the constitutional

¹⁴ More on this *Baumgartner*, in: Holoubek/Kahl/Schwarzer, *Wirtschaftsverfassungsrecht* para 4 et seqq.

¹⁵ *Öblinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹² (2019) para 79; *Jabloner*, Das „Denksporterkennntnis“ des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: Olechowski/Zeleny (eds.), *Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt* (2013) 47 (51).

¹⁶ Cf. *Holoubek/Kahl/Schwarzer*, in: Holoubek/Kahl/Schwarzer, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, para 18.

guarantees of (ordinary) federal constitutional law regarding the use of the leeway that the economic constitution grants to the legislature and the executive. The focus is thus on constitutional and statutory bindings as well as legal protection in economic law. The above-mentioned elements of the *Rechtsstaat* have been shaped and given contours above all by the jurisprudence of the Constitutional Court.¹⁷ When dealing with the Constitutional Court's case law, it should be noted that the Court uses the term "rule of law principle" vaguely and, to all appearances, does not always have the relevant fundamental constitutional principle in the sense of Article 44 (3) Federal Constitutional Law (B-VG) in mind.¹⁸ When the Constitutional Court speaks of the rule of law and its requirements for the drafting of ordinary statutory law, it may at times not mean the rule of law in the sense of fundamental constitutional law, but rather directives which are derived from (ordinary) constitutional law.

III. *Constitutional State and Economic Constitution*

The constitutional state immanent to the *Rechtsstaat* requires a constitution endowed with a special guarantee for its existence, which forms the basis for all state action¹⁹ and therefore also binds the supreme holders of state power and sets limits to their exercise of power. Compliance with these constitutional obligations is monitored by a Constitutional Court endowed with corresponding competences. In this context, the literature speaks figuratively of the constitutional jurisdiction as the "keystone in the building of the rule of law".²⁰ On the basis of an understanding of the *Rechtsstaat* only in the *formal* sense, there is apparently little to be gained when

¹⁷ For an overview of the extensive case law of the Constitutional Court on the rule of law, e.g. *Öblinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*, para 80 et seqq.; *Hiesel*, *Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes*, *ÖJZ* 1999, 522 et seqq.; *Hiesel*, *Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes*, *ÖJZ* 2009, 111 et seqq. See also *C. Fuchs*, *Festschrift Korinek*, 87 et seq., who speaks of "judicial eloquence" (as opposed to "textual silence") in the context of the rule of law principle.

¹⁸ *Öblinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*, para 80. See also *C. Fuchs*, *Festschrift Korinek*, 92 with further references; *Hiesel*, *ÖJZ* 1999, 525, 527; *Öblinger*, in: *Schmid et al.*, *Rechtsstaat*, 9. In addition, the terminology of the Constitutional Court is surprisingly inconsistent; see *Hiesel*, *ÖJZ* 2009, 118.

¹⁹ *B. Raschauer*, *Wirtschaftsverfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht*, in: *B. Raschauer* (ed.), *Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts*³ (2010) para 154.

²⁰ *Berka*, *Verfassungsrecht*, para 182.

asking about the relationship between the constitutional state and the economic constitution or (statutory) economic law. Since above all there are the fundamental rights relevant to the economy which, as part of the economic constitution, define the central framework for economic action in the constitutional state. Apart from the fact that it is not undisputed whether the existence of fundamental rights constitutes an element of the *Rechtsstaat* in the Federal Constitution²¹ or whether it expresses a separate liberal principle,²² this would address a *material* aspect of the rule of law. However, this rather discouraging insight should not tempt us to close this chapter prematurely.

The question of the relation between the constitutional state and the economic constitution can, in a sense, also be considered “from the other side”, i.e. from the perspective of the economic constitution. This approach requires clarity about the central contents of the economic constitution. But at this point it is not intended to get into the details of the discussion on the contents of the economic constitutional law applicable in Austria; however, some basic insights should be recalled. As is well known, fundamental rights of the Austrian constitution protect economic activities from too far-reaching, in particular disproportionate or unobjective restrictions. In addition to the principle of equality,²³ which affects the entire legal system, the focus is on the fundamental rights of the economy, namely the right to property and the right to practice every kind of gainful activity. These fundamental rights give the economic order its constitutional character and establish a liberal economic constitution.²⁴

The economic constitution protects private property of the means of production and is based on the principle of free competi-

²¹ *Berka*, Verfassungsrecht, para 188; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht, para 94. Similar *Müller/Wimmer*, Wirtschaftsrecht. International - Europäisch - National³ (2018) para 540: “The existence of a catalogue of state-limiting fundamental rights is a prerequisite for a constitution based on the rule of law.”

²² Cf. *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht, para 164. See also the evidence in *Baumgartner*, EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz (1997) 30 fn 31.

²³ In this sense *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht, para 582. On the significance of the principle of equality for competition *Tb. Müller*, Wettbewerbsrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht - Eine Neuermessung, ÖZW 2015, 97 (106).

²⁴ See *Berka*, Verfassungsrecht, para 1540.

tion; it is thus in principle oriented towards a market economy.²⁵ The Constitutional Court also expressly states that the constitutionally guaranteed right to practice a gainful activity “inherently entails free economic competition; it is intended by the constitutional legislator and may therefore only be restricted by law for special reasons, for example, because prevailing economic considerations indicate it”.²⁶ A similar picture emerges when looking at the European fundamental rights system. The freedom to choose an occupation and the right to engage in work (Article 15 ChFR) and the freedom to conduct a business (Article 16 ChFR), which are guaranteed by the Charter of Fundamental Rights of the EU, stand – together with the protection of the right to property according to Article 17 ChFR – for a market economy based on competition.²⁷ Moreover, there can be no doubt that European Union law assumes a market economy in the Member States.²⁸

Based on the insight that the requirements of Austrian economic constitutional law and EU law necessitate an economic order based on the market and competition, it must now be considered whether there is a connection between such an economic order and the constitutional state as an element of the rule of law in the formal sense. In this context, it becomes apparent that the containment of the state’s exercise of power brought about by a constitution based on the rule of law and the associated calculability of “political risks” of economic activities tends to create an environment favourable to a market economy.²⁹ This connection can be illustra-

²⁵ Cf. *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Volume VII/1: Grundrechte in Österreich² (2014) para 69. See also *Merli*, Hat das öffentliche Wirtschaftsrecht ein System und leitende Prinzipien? *ÖZW* 2015, 32 (33) and *Tb. Müller*, *ÖZW* 2015, 106 with reference to VfSlg 11.483/1987. Of course, it should also be recalled that the Constitutional Court has taken the position that free market economy is not a principle of the Austrian constitutional order (VfSlg 5831/1968). The Constitutional Court justifies this by stating that the right to practice a gainful activity (Article 6 of the Basic Law on the General Rights of Nationals [StGG]) can be restricted by statutory legislation based on the relevant statutory reservation (VfSlg 5966/1969). On this see *B. Raschauer*, in: B. Raschauer, *Wirtschaftsrecht*, para 28.

²⁶ VfSlg 11.749/1988. See also VfSlg 11.483/1987, 11.625/1988.

²⁷ *Berka*, *Verfassungsrecht*, para 1541, however without reference to the right to property (Article 17 ChFR); cf. *Griller*, *Festschrift Rill*, 15, 24. See on the importance of the ChFR in constitutional court proceedings VfSlg 20.291/2018.

²⁸ Summing up *Griller*, *Festschrift Rill*, 41 et seq.

²⁹ See already *Kriele*, *Einführung in die Staatslehre*⁴ (1990) 195 et seq.

ted using the example of the Austrian federal constitution. The legal framework that is decisive for the economy is shaped in the constitutionally prescribed legislative procedure and hence in a democratic process that tends to have a balancing effect, that is “predictable”, and as a consequence ensures a certain stability.³⁰ Interference with the legal positions of market participants by state authorities is linked to objective criteria and predictable due to the constitutionally required compliance of the state’s executive with statutory laws (see IV.). Compliance with the law is ensured by the fact that the individual – and thus also the participants in economic transactions – have an elaborate system of legal protection at their disposal, which in turn is secured by the constitution (see V.). The respective legal entity is liable for unlawful and culpable conduct “in execution of the laws” (public liability; Article 23 B-VG).³¹ Finally, constitutional protection also applies to the aforementioned fundamental rights that are essential for a competitive market economy and, more generally, for the fundamental rights framework, which in principle is characterised by an individualistic conception of man^{32, 33} Moreover, a duty to guarantee fundamental rights based on the rule of law is advocated in literature, according to which the legislature is obliged to enact “the legal regulations necessary to secure the legal position of the individual against foreseeable specific potential of arbitrariness and typical threat situations”.³⁴

³⁰ Cf. *Müller/Wimmer*, *Wirtschaftsrecht*, para 514.

³¹ Instead of many *Öblinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*, para 672 et seqq. If, for instance, the business authority unlawfully and culpably fails to ensure the lawful conduct of the business by imposing the necessary conditions, this may give rise to public liability (OGH 19.12.2000, 1 Ob 93/00h). It should be noted that under certain conditions, the actions of “private persons” can also result in public liability claims. For example, the Supreme Court has held that a bank auditor contractually appointed by the bank who prepares a bank supervisory audit report and dutifully submits it to the supervisory authority qualifies as an organ within the meaning of the Liability of Public Bodies Act (§ 1 para 2 AHG) (OGH 25.3.2003, 1 Ob 188/02g = EvBl 2003/129). Sceptical *B. Raschauer*, *Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot*, ÖJZ 2005, 1 et seqq.

³² *B. Raschauer*, in: *B. Raschauer*, *Wirtschaftsrecht*, para 46, 50, who also points out that free-market models are usually based on an individualistic conception of man (para 30). See on the individuality of human beings also VfSlg 20.433/2019 para 72.

³³ On the question of whether the granting of fundamental rights and freedoms constitutes an element of the rule of law, see already in the text above following fn 21.

³⁴ *B. Raschauer*, in: *B. Raschauer*, *Wirtschaftsrecht*, para 157. See also *Müller/Wimmer*, *Wirtschaftsrecht*, para 515.

IV. *The Binding Effect of Statutory Law and Economic Law*

The *Rechtsstaat* requires that the rights and duties of the individual are relatively precisely predetermined by statutory law, so that the actions of state authorities become predictable for those affected.³⁵ The binding nature of statutory law for the executive branch thus ensures legal certainty.³⁶ Arbitrary acts by the state³⁷ should be avoided by the fact that state interventions in the legal positions of individuals are bound to statutory law in the same way as benefits granted by public authorities. By binding the actions of state authorities to statutory law, the principle of legality safeguards freedom and equality.³⁸ It ensures the objectivity and predictability of state actions and in this respect also creates a stable framework for economic activities.³⁹ It is therefore no coincidence that literature points out that legal certainty and security of disposition are among the fundamental economic conditions and represent important economic factors. Only the rule of law gives the economy “a rational and binding framework and thus reliability and planning security”.⁴⁰

This aspect of the *Rechtsstaat* finds a statutory legal basis in the principle of legality as stated in Article 18 B-VG.⁴¹ Austrian legal

³⁵ Cf. *Eberhard*, Die Bedeutung des Legalitätsprinzips im Wirtschaftsrecht, ZfV 2013, 727 (728).

³⁶ Cf. *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht, para 165. See also *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*. Volume II³ (2004) para 19.

³⁷ On the state's duty under the rule of law principle to guarantee protection against arbitrary state action *Öblinger*, in: *Schmid et al.*, *Rechtsstaat*, 16.

³⁸ Cf. *Stolzlechner/Bezemek*, *Einführung in das öffentliche Recht*⁷ (2018) para 189.

³⁹ See *Müller/Wimmer*, *Wirtschaftsrecht*, para 515.

⁴⁰ *Boehme-Neßler*, Ein Ordnungsrahmen für die Wirtschaft: Deutsches und Europäisches Wirtschaftsverfassungsrecht, in: *ibid.* (ed.), *Wirtschaftsrecht. Basisbuch für Studium und Praxis* (2000) 3 (48, 50).

⁴¹ See on this, for instance, Constitutional Court 20.9.2012, B 782/12: “The rule of law principle enshrined in Article 18 (1) B-VG requires that laws have a content by which the conduct of the authority is predetermined.” In literature it is rightly noted that Article 18 B-VG is not to be understood as the sole and only binding expression of the constitutional principle of legality. See *G. Winkler*, *Gesetzgebung und Verwaltung im Wirtschaftsrecht* (1970) 85; similar *Hiesel*, *ÖJZ* 1999, 530 with reference to different wordings of the Constitutional Court (e.g. in VfSlg 5320/1966, where the court mentions the “rule of law principle enshrined in the Federal Constitution – in

academia regards the principle of legality as an integral part of the rule of law principle;⁴² Article 18 (1) B-VG is a “central norm of the democratic *Rechtsstaat*”.⁴³ In the jurisprudence of the Constitutional Court, the question of whether the administration is sufficiently bound by statutory law is clearly addressed in the context of the relationship between statutory law and administrative regulation. It has been clear for a long time that the legislature has to predetermine the essential contents of the administration (so-called theory of substantiality⁴⁴) if it does not want to face the reproach of an unconstitutional formal delegation by statutory law (“*formalgesetzliche Delegation*”). With the words of the Constitutional Court: “The principle of legality expressed in Article 18 B-VG requires, among other things, that the contents of an administrative regulation are sufficiently determined by statutory law. In order for an administrative regulation to be considered sufficiently determined, its contents must be adequately defined in the statutory law, i.e. it must already be possible to see all the essential features of the administrative regulation from the statutory law itself [...]; an administrative regulation must only specify what has already been outlined in the essential contours in the statutory law itself [...]”⁴⁵ This description, however, does not allow a precise distinction between sufficient determination and a too far-reaching and therefore unconstitutional authorisation of the administration (formal delegation by statutory law).⁴⁶ However, the case law of the Constitutional Court contains various figures of argumentation that can be used to struc-

particular in Article 18 B-VG”) as well as *Hiesel*, ÖJZ 2009, 117; furthermore *Potacs*, Staatliches Legalitätsprinzip und Gemeinschaftsrecht, Festschrift Rill (2010) 162, who refers in this regard to the statutory reservations of fundamental rights. Cf. also *B. Raschauer*, Festschrift Rill, 519, who believes that Article 18 B-VG imposes no substantive requirements for legislation. On the equation of the rule of law with the principle of legality, see also *Öhlinger*, in: Schmid *et al.*, Rechtsstaat, 2 et seq.

⁴² *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, para 598; *Potacs*, Festschrift Rill, 161.

⁴³ *Rill*, in: Kneihls/Lienbacher (eds.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (1st edition 2001) Art 18 B-VG in the headline before para 1.

⁴⁴ Cf., for example, *Eberhard*, ZfV 2013, 732 et *passim*; *Müller/Wimmer*, Wirtschaftsrecht, para 517 with further references.

⁴⁵ VfSlg 18.637/2008 with further references.

⁴⁶ Literature conveys the message that the boundary between sufficient determination and formal delegation by statutory law cannot be answered precisely. This question has to be decided in the Constitutional Court’s review of statutes or regulations. See *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht, para 573.

ture the content of the rule of law's requirement of determination in general and for economic law in particular.⁴⁷

For example, the Constitutional Court pointed out early that a certain flexibility may be necessary when applying the principle of legality, especially in the area of economic law. Since the legislature might not be able to react quickly enough to certain developments, it should be possible for administrative regulations required on short notice to be adopted by the competent administrative authority.⁴⁸ According to the Constitutional Court, this applies in particular “where quick action and the consideration of local and temporal differences are essential for a meaningful and effective provision”. This is because the legislature is “yet limited by its constitutionally determined procedure in the substantive regulation of legal relationships, which it cannot exceed without endangering its own purposes and tasks”. This applies particularly to areas in which the legislature – if it wants to ensure the effectiveness of its regulations – must act “quickly and flexibly”.⁴⁹

Elements of this jurisprudence, which was subsequently consolidated and specified,⁵⁰ can also be found in the more recent case law on questions of public economic law. At the same time, the Constitutional Court clarified that a “differentiated principle of legality” also applies to economic law provisions; the required degree of determination of legal provisions thus depends on the respective object of regulation.⁵¹

The mere fact that a provision is part of economic law is of course not a sufficient reason for the assumption of a looser application of the principle of legality.⁵² However, particularly in econo-

⁴⁷ In detail *Baumgartner*, in: Holoubek/Kahl/Schwarzer, *Wirtschaftsverfassungsrecht* para 13 et seqq.

⁴⁸ More specifically on this case law *Eberhard*, *ZfV* 2013, 728 et seq. with further references.

⁴⁹ VfSlg 1983/1950.

⁵⁰ See the references in *Eberhard*, *ZfV* 2013, 728 fn 22. In particular, it should be pointed out that according to case law, a measure that was urgently needed at the time of its enactment – and hence was possibly enacted under facilitated conditions – becomes unlawful and must be revoked if the reason for its enactment has ceased to exist (VfSlg 20.398/2020 para 51; VfSlg 20.399/2020 para 73; VfSlg 15.765/2000).

⁵¹ Cf. *Eberhard*, *ZfV* 2013, 729 et seq. See furthermore, for instance, *Potacs*, *Festschrift Rill*, 163. See from recent case law VfSlg 20.398/2020 para 51 (on the authorisation for an administrative regulation based on § 2 COVID-19-Act).

⁵² The decisive point of reference for the assessment of the required degree of

mic law there are often situations in which the approach adequate to the subject matter inherent in the differentiated principle of legality leads to the acceptance of a comparatively lower degree of predetermination. This is true for constellations, especially in the area of legal governance of the economy, in which the relevant circumstances can change quickly.⁵³ The subject matter of a provision thus constitutes one of several criteria for assessing whether this provision complies with the rule of law's requirements of determination. Moreover, according to the Constitutional Court, it is not only the wording of the norm that is important, but also – apart from the subject matter of the provision – its genesis and purpose.⁵⁴ In the light of these criteria, all available “means of interpretation” are to be exhausted when determining the contents of the provision. Accordingly, the requirements of the rule of law laid down in Article 18 B-VG are only violated “if, after using all methods of interpretation, it is still not possible to assess what is lawful in the specific case”.⁵⁵

V. *Legal Protection State and Economic Law*

One can only speak of a *Rechtsstaat* if the compliance with the constitution and the laws based on it can be reviewed by adequate legal protection bodies (legal protection state - *Rechtsschutzstaat*). From the perspective of economic law, this is primarily about the enforceability of the legal framework for economic transactions and legal protection against interventions in the legal positions of market participants.⁵⁶ The requirements of the principle of legality

determination is not the allocation to a specific area of law, but the respective rule. Cf. *Eberhard*, ZfV 2013, 729, 731 with further references; *B. Raschauer*, Festschrift Rill, 530 et seqq.

⁵³ See *B. Raschauer*, Festschrift Rill, 532.

⁵⁴ Constitutional Court 20.9.2012, B 782/12; VfSlg 15.447/1999 with further references.

⁵⁵ Constitutional Court 20.9.2012, B 782/12; similar VfSlg 20.401/2020 para 23. See furthermore, for instance, VfSlg 8395/1978, 14.644/1996, 15.447/1999, 16.137/2001 and 18.738/2009. In contrast, the formula developed in the case law of the Constitutional Court, according to which a provision is sufficiently determined if “the courts of public law are in a position to review the conformity of the administrative acts with the statutory law”, is not particularly convincing (VfSlg 8395/1978, 8813/1980, 9226/1981); see on this, for instance, *B. Raschauer*, in: *B. Raschauer*, *Wirtschaftsrecht*, para 159.

⁵⁶ See *Müller/Wimmer*, *Wirtschaftsrecht*, para 515.

can only be ensured and made effective through a functioning system of legal protection.⁵⁷ In the system of the Federal Constitution (B-VG), the administrative courts and supreme courts of public law (Constitutional Court, Supreme Administrative Court) are assigned to do this in addition to the civil and criminal courts.⁵⁸ If a state act interferes with somebody's legal sphere that person must have adequate legal protection. The person concerned must have the possibility to challenge the legality of the decision that is disadvantageous to him or her and ultimately have it reviewed by the supreme courts of public law.⁵⁹ Similar to the requirement of determination (Article 18 B-VG) the detailed contents and internal structure of this constitutional requirement and its significance for economic law can only be understood by examining the case law of the Constitutional Court.⁶⁰

The Constitutional Court's case law on the constitutional requirements for the legal protection system also confirms that legally enforceable subjective rights are one of the main contents of the rule of law principle.⁶¹ Corresponding to the substantive right is the procedural position as a party to the proceedings, which should enable the person to enforce its legally protected interests against the state. Due to the constitutional function of a ruling of an administrative authority (*Bescheid*), interventions in individual legal po-

⁵⁷ Cf. Müller/Wimmer, *Wirtschaftsrecht*, para 520.

⁵⁸ Cf. Grabenwarter/Holoubek, *Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht*, para 88. See in this regard, for example, VfSlg 12.080/1989, where it is emphasized that the "competence of the Constitutional Court to review the legality of regulations [...] (is) like the review of the administration by the Supreme Administrative Court an essential component of the rule of law principle".

⁵⁹ VfSlg 13.223/1992, 13.699/1994. Generally on the importance of effective legal protection for the economy Boehme-Neßler, in: *ibid.*, *Wirtschaftsrecht*, 52. Illustrative Merli, *Rechtsschutz*, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (eds.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa* (1996) 31 (32): "Without legal protection there are no rights – and therefore no rule of law."

⁶⁰ In detail, Baumgartner, in: Holoubek/Kahl/Schwarzer, *Wirtschaftsverfassungsrecht* para 26 et seqq. For scientific criticism of the Constitutional Court's jurisprudence on the *Rechtsstaat* as a legal protection state, see C. Fuchs, *Festschrift Korinek*, 90 et seqq. Hiesel explains the great importance of case law for understanding the rule of law principle with the "need to interpret the provisions of the Federal Constitution that contain the rule of law" (ÖJZ 2009, 111).

⁶¹ See Grabenwarter, *Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht*, 16. ÖJT I/1 (2006) 95 et seq. with further references. In VfSlg 17.866/2006 the Constitutional Court clarified that it does not follow from the rule of law principle that the individual can assert every objective illegality as a violation of personal rights.

sitions must be issued in this form; the affected person must be a party to the underlying proceedings and must have the opportunity to enforce legally provided claims.⁶²

In the context of economic law, we have to untangle in particular which interests have been recognized by the legislator as worthy of legal protection and therefore been shaped as subjective rights and which interests, in contrast, are merely just economic interests and thus do not entitle to the status of a party to the proceedings.⁶³ In this context, the interests of the economic actors concerned may be conflicting, as in the case of the granting of an economically significant right to a competitor, or they may be aligned, as in the case of the owner of a facility and its users.⁶⁴

In deciding which interests are to be regarded as worthy of legal protection, the legislator is bound by the barriers of fundamental rights and therefore also by the fundamental rights' requirements of the economic constitution.⁶⁵ In addition, the fundamental rights of the economy, namely the right to practice a gainful activity and the right to property, can indicate legal interests of companies and the associated status of a party to the proceedings.

Accordingly, literature emphasises that it follows from the constitutional protection of the right to practice a gainful activity (Article 6 of the Basic Law on the General Rights of Nationals [StGG]) that the legislator, if he establishes specific requirements for obtaining a business license within the framework of industrial law, he must provide a subjective right guaranteed by statutory law to obtain a business license if these requirements are met.⁶⁶ The Supreme

⁶² *Grabemwarter*, 16. ÖJT, 96 et seq. regarding the case law of the Constitutional Court. See VfSlg 14.295/1995, which states: "Such a claim must be enforceable if the law is not to conflict with the rule-of-law requirement arising from Art 18 B-VG". See also *Kern*, *Der Bescheid als Vehikel zur dynamischen Entwicklung im Dienste des Rechtsschutzes*, ZÖR 2021, 549 (553 with further references) and – with critical comments on the case law of the Constitutional Court – 569 et seqq.

⁶³ For an overview of the case law on the existence of economic interests, see *Pöschl*, *Wirtschaftliche Interessen und subjektive Rechte*, Festschrift Wimmer (2008) 495 (496 et seq.), who criticises the prevailing protective norm theory (499 et seqq.).

⁶⁴ See VfSlg 14.081 A/1994.

⁶⁵ Cf. *Grabemwarter*, 16. ÖJT, 72 et seqq., 95. The focus lays, of course, on the requirement of objectivity contained in the principle of equality; see, e.g. VfSlg 12.465/1990, 14.994/1997 as well as *Grabemwarter*, ibid. 79. The legislator is therefore not constitutionally obliged to grant party status to everyone who could be affected by immissions.

⁶⁶ Thus *Grabemwarter*, 16. ÖJT, 73 et seq.

Administrative Court also emphasizes (in a decision on pharmacy law) that within the “scope of protection of the constitutionally guaranteed right to practice a gainful activity” it must be assumed “that the legislator making use of the fundamental right’s legal reservation may only demand an official license if legal rights are granted at the same time.”⁶⁷ In the case of competing applications for a specific entitlement (e.g. a concession) that can be awarded only once, the right to practice a gainful activity may also require granting party status to the competitors.⁶⁸

The granting of individual rights and, in connection with this, the granting of party status may also be required by the fundamental right to property. It has been shown that such constellations are conceivable above all in industrial law if approval procedures affect the protected interests of Article 1 of Protocol No. 1 EConvHR or Article 5 StGG (e.g. protection against immissions).⁶⁹

In the competitive situation of economic actors, which is characteristic for a market economy, the main question is whether a business owner has a subjective public right to prevent a competitor’s project from being approved by the authorities because he or she is pursuing opposing (economic) interests. As a rule, this question must be answered in the negative.⁷⁰ Since the relevant legal situation of the business owner does not change if his competitor is granted an administrative approval, giving such an approval does not affect his or her rights (so-called “normativity criterion”) but merely changes his or her economic situation.⁷¹

⁶⁷ VwSlg 14.103 A/1994 with reference to VfSlg 5240/1966. Regarding VwSlg 14.103 A/1994, see also *Puck*, Rechtsprobleme verwaltungsrechtlicher Zuteilungsverfahren (Bewerberkonkurrenzen, Kontingente, Quoten), Festschrift Zehetner (2009) 237 (246 et seq.).

⁶⁸ With convincing arguments *Pöschl*, Festschrift Wimmer, 521 et seq. See already *Griller*, Verfassungswidrige Schrottenkung? ÖZW 1985, 65 (76). On the case law *Baumgartner*, in: Holoubek/Kahl/Schwarzer, Wirtschaftsverfassungsrecht para 37.

⁶⁹ See *Grabenwarter*, 16. ÖJT, 93 with reference to ECtHR 30.11.2004 (GC), *Öneryildiz*, Appl. 48.939/99, para 133.

⁷⁰ Cf. *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) para 1086 et seq.; *Grabenwarter*, 16. ÖJT, 23 et seq. See e.g. VwSlg 5347 A/1960. The situation is to be assessed differently if the desired permissions exclude each other on the basis of a statutory requirement of need (summarising, Supreme Administrative Court 2.8.2019, Ra 2019/11/0099).

⁷¹ *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht, para 1086 with further references. On the case law, *Baumgartner*, in: Holoubek/Kahl/Schwarzer, Wirtschaftsverfassungsrecht para 39.

However, as an exception, positive law can also explicitly recognize economic interests as legal interests. This upgrading of economic interests to legal interests becomes evident when the competitor's position becomes a decision criterion in the official proceedings or the competitor is granted party status.⁷² The fact that in the absence of such a statutory provision, no one has a right to a competitor being denied an (economically relevant) approval can be explained with the legislator's commitment to fundamental rights. Since the granting of such a right interferes with the opponent's right to practice a gainful activity, an explicit statutory provision is required.⁷³

VI. Conclusion

A closer examination of the relationship between the *Rechtsstaat* and the economic constitution does not reveal any interdependencies that would justify speaking of a specific relationship between the rule of law principle and economic constitutional law. It can be stated that in principle the Austrian Constitution requires a market-oriented, i.e. competition-based, economic order. The requirements of the rule of law principle, such as in particular the predetermination and predictability of state action as well as the guarantee of effective legal protection, form an essential basis for the establishment of functioning competition.⁷⁴ The rule of law thus serves the realisation of the market-based economic system laid down in the economic constitution. Since case law also uses the rule of law principle as a direct standard of judicial review and maxim of interpretation for lower-ranking provisions,⁷⁵ this principle also

⁷² See *B. Raschauer*, *Verwaltungsrecht*, para 1086; *Grabenwarter*, 16. ÖJT, 24. See e.g. VwSlg 15.836 A/2002. The granting of party status is not necessarily accompanied by the granting of subjective rights; there could also be a formal party. Cf. *Pöschl*, *Festschrift Wimmer*, 497 et seq. with reference to VwSlg 7427 A/1968.

⁷³ For more details, see *Pöschl*, *Festschrift Wimmer*, 513.

⁷⁴ Cf. *Th. Müller*, *ÖZW* 2015, 101.

⁷⁵ *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*, para 79 et seq. On the function of system principles of the rule of law as a standard of review for ordinary statutory law, C. *Fuchs*, *Festschrift Korinek*, 92 et seqq. (especially 94); critical *N. Raschauer*, *Staatliche Warnungen - rechtsstaatliche Grenzgänger?*, in: *Lienbacher/Wielinger* (eds.), *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2009 (2009) 271 (283 fn 69). For examples of the Constitutional Court's interpretation of statutory law in accordance with the rule of law, see *Hiesel*, *ÖJZ* 2009, 115.

has a considerable impact on statutory economic legislation. Therefore, the rule of law principle not only forms the superstructure and framework for economic constitutional law, but also ensures, due to its function as a standard of review and interpretation assumed by the Constitutional Court, that the drafting and implementation of statutory economic legislation also meet the requirements of the rule of law.

Abstract

This article examines the relationship between the rule of law (*Rechtsstaat*)⁷⁶ and the economic constitution on the basis of Austrian constitutional law. In principle the Austrian constitution imposes a market-oriented economic order. The rule of law also serves the realisation of the market-based economic system laid down in the economic constitution. This is because the requirements of the rule of law principle, such as the predetermination and predictability of state action as well as the guarantee of effective legal protection, form an essential basis for the functioning of economic competition. In addition, the rule of law principle ensures that its requirements are met when economic law is drafted and implemented.

Il presente articolo esamina il rapporto tra lo Stato di diritto (*Rechtsstaat*) e la Costituzione economica austriaca. In linea di principio la Costituzione austriaca impone un ordine economico orientato al mercato, nella cui realizzazione assume un significato importante il principio dello stato di diritto. Questo perché i requisiti del principio dello Stato di diritto, come la predeterminazione e la prevedibilità dell'azione statale, nonché la garanzia di una tutela giuridica effettiva, costituiscono la base essenziale per il funzionamento della concorrenza economica. Inoltre, il principio dello stato di diritto garantisce che vengono rispettati i requisiti racchiusi da esso anche quando il diritto dell'economia viene redatto e attuato.

⁷⁶ The German-language term "*Rechtsstaat*" is often translated as "rule of law" or "state under the rule of law". However, one must be aware that the German- and English-language terms originate from different legal systems and are therefore not completely congruent. In this article the terms "rule of law" or "state under the rule of law" refer to the (Austrian) "*Rechtsstaat*". Nevertheless, to avoid misunderstandings, sometimes the German-language term "*Rechtsstaat*" is used in this English-language article.

RAFFAELE CHIARELLI

FLESSIBILITÀ DELLA COSTITUZIONE
E EVOLUZIONI PIÙ RECENTI
DEL SISTEMA PARLAMENTARE AUSTRIACO

La celebrazione del centenario della Costituzione austriaca, che ne ha dimostrato la notevole vitalità, sembra indurre a superare definitivamente il tentativo di collocare le origini di quello che è stato considerato lo Stato costituzionale contemporaneo esclusivamente nelle Carte del Secondo dopoguerra. Non solo per il decisivo contributo delle Costituzioni del Primo dopoguerra a delineare, assieme alla loro rigidità, il panorama delle “razionalizzazioni” del regime parlamentare. Anche per l’incluso, non sempre compiutamente esplicitato riferimento ad un medesimo tessuto di principi e valori¹, che avrebbe riflesso ad un tempo la complementarità e il parallelismo delle istanze politiche emerse dopo il 1918 e dopo il 1945, risultate in modo analogo in grado di attivare e interrompere percorsi di innovazione, mantenendo in vita le stesse tensioni fondamentali².

La particolare ipertrofia delle disposizioni costituzionali, che ne ha caratterizzato la loro “stabile flessibilità”³, non ha impedito all’ordinamento costituzionale austriaco di indicare a lungo al costituzionalismo dei nostri giorni un decisivo punto di riferimento.

¹ A. Merlino, *I presupposti della Costituzione federale austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2019, 804 ss., ha illustrato efficacemente il percorso dell’emersione dei principi e valori dell’ordinamento costituzionale austriaco, apparentemente assenti nella originaria formulazione.

² Come ha sostenuto Ch. S. Maier, *Alla ricerca della stabilità*, trad. it. N. Negro, il Mulino, Bologna, 2003, 224 s., che ha prospettato un’analisi storica comparata tra i due periodi.

³ Le espressioni sono di U. Haider-Quercia, *100 anni di stabile flessibilità: il modello di codificazione della Costituzione austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, cit., 713 ss., che ha illustrato le valutazioni negative della dottrina riguardo all’eccessiva produzione di disposizioni costituzionali che tuttavia, assicurando “un costante adattamento e aggiornamento alle trasformazioni ed evoluzioni giuridico-politiche” (723), avrebbero, attraverso il diritto costituzionale contribuito a d assicurare “quel consenso di base e di collaborazione sul quale è stato ricostruito il Paese nel secondo dopoguerra.” (727).

Com'è noto, la razionalizzazione del sistema parlamentare e l'istituzione, di cui è evidente l'impronta kelseniana, del controllo centralizzato della legittimità costituzionale delle leggi⁴ hanno largamente influenzato i costituenti europei del XX secolo e costituito un ricorrente tema di dibattito tra gli studiosi.

La contiguità delle enunciative della Carta austriaca con il principale argomento che ha impegnato i costituzionalisti europei, più degli ordinamenti e degli istituti, sembra da tempo riguardare le loro modalità di atteggiarsi, e di modificarsi, di fronte alle trasformazioni dell'assetto politico e sociale. Sono stati prassi e mutamenti che avrebbero reso mobili e sempre più instabili quegli equilibri essenziali, destinati a configurare la costituzione materiale e ad assicurare ad essa la necessaria rete di supporto. Sono argomenti che sono stati particolarmente ritenuti meritevoli di approfondimento anche per gli esiti perlopiù problematici delle analisi che sono risultate esclusivamente concentrate sugli effetti prodotti dai mutamenti dei rapporti tra gli organi costituzionali.

Il continuo incremento, comunemente rilevato, della disaffezione dell'elettorato per i partiti, manifestato con astensionismi e con la "volatile" variabilità delle scelte, parrebbe riassumere un elemento decisivo del tendenziale declino di quella che, secondo Kelsen⁵, nel secolo trascorso, avrebbe configurato l'unica forma di democrazia praticabile. Il crescente interesse per lo studio delle patologie dei partiti, che ne è derivato, ha indotto spesso a considerarle quasi esclusivamente un prodotto dei mutamenti sociali e tecnologici intervenuti, sottintendendosi implicitamente l'intrinseco collegamento dei partiti alla società civile, che ne avrebbe così largamente condizionato la struttura e l'attività, da renderli espressione spontanea della comunità sociale, da considerarli "con un piede nella società civile e un piede nelle istituzioni"⁶, o da collocarli in quella che è stata definita la "società politica," intendendosi con

⁴ Che, secondo G. de Vergottini, *I 100 anni della Costituzione austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, cit., 702, avrebbe costituito un'innovazione che si sarebbe "imposta come modello in numerosissime imitazioni successive non soltanto europee".

⁵ Cfr. la nota riflessione di H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, trad. it. G. Melloni, Il Mulino, Bologna, 1998, 62: "La moderna democrazia si fonda interamente sui partiti politici la cui importanza è tanto maggiore, quanto maggiore applicazione trova il principio democratico".

⁶ Come ha sostenuto N. Bobbio, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Torino, 1985, 26.

questa espressione riferirsi (indicare) alla società divisa in partiti e comprensiva di essi⁷, per indicare “tutto ciò che è espressione politica non statale”⁸, Quando invece si è voluto prestare maggiore attenzione alle dinamiche morfologiche e culturali interne ai partiti, considerati nella loro autonomia politica e organizzativa, le analisi delle patologie si sono spesso orientate a valutare i riflessi delle patologie medesime nelle relazioni dei partiti con le istituzioni pubbliche. Se il primo approccio all’argomento può aver indotto a vedere i precorsi patologici in grado di modificare l’assetto politico complessivo, come se fossero espressi quasi esclusivamente dalle nuove formazioni partitiche⁹, il secondo sembra inevitabilmente essersi indirizzato a valutare la crisi dei partiti, essenzialmente come crisi del “partito di massa”, che avrebbe finito per identificare in modo paradigmatico la più diffusa forma di partito. Di un partito che, com’è noto, contrapponendosi al partito di quadri, o di notabili, avrebbe trovato un terreno particolarmente favorevole nell’estensione del suffragio elettorale¹⁰, pur non circoscrivendo la sua azione alle istituzioni elettive dello stato.

Il partito di massa, com’è noto, non era esclusivamente connotato dall’elevato numero di elettori e di aderenti, ma era caratterizzato, oltre che da un differentemente espresso collegamento privilegiato con un settore del corpo sociale, da un’organizzazione articolata e accentrata, con un proprio apparato amministrativo e con forme di adesione e di partecipazione stabilmente regolate in funzione di assicurare forme di fedeltà continuate¹¹. È stata una co-

⁷ Analogamente a come, per C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, trad. it. A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1981, 124, l’organizzarsi in partiti delle tendenze e degli interessi sociali avrebbe connotato la società avrebbe preceduto “l’auto-organizzazione della società nello Stato”.

⁸ Cfr. P. Farneti, *Introduzione a Il sistema politico italiano*, a cura di P. Farneti, Il Mulino, Bologna, 1973, 16, che ha anche definito la società politica, “una forma di aggregazione e di mobilitazione privata per fini collettivi che può essere spontanea, organizzata e istituzionalizzata.”

⁹ Indicandoli ad esempio come “partiti personali” e non come partecipi di forme di personalismo che si erano manifestate nei vecchi partiti.

¹⁰ F. Neumann, *Nascita e sviluppo dei partiti politici*, in *Sociologia dei partiti politici*, a cura di G. Sivini, Il Mulino, Bologna, 1971, 58 s., ha evidenziato come, con il suffragio elettorale ristretto, i partiti di notabili non avrebbero avuto bisogno di estesi consensi e non sarebbe stata pertanto per loro necessaria l’organizzazione piramidale dei partiti di massa.

¹¹ M. Duverger, *I partiti politici*, Ed. Comunità, Milano, 1961, 108, rilevava la tendenza dei partiti di massa a divenire partiti di fedeli e indicava nei partiti totalitari

struzione concettuale e giuridica che ne avrebbe alimentato l'immagine di "pilastro della democrazia"¹², di moderna espressione della democrazia diretta, tendente, in quanto tale ad integrare la rappresentanza politica, se non a prevalere su di essa¹³. Ma anche, accreditandosi come strumento deputato alla selezione delle classi dirigenti e all'elaborazione dei programmi e degli indirizzi politici¹⁴, avrebbe finito per giungere talvolta, nell'accentuazione della somiglianza con l'ordinamento statale¹⁵, a configurarsi come "parte totale," cioè come organizzazione parziale in grado di trasformare in unità politica la molteplicità sociale¹⁶.

i caratteri di una sacralità destinata a sostituire quella imposta dalle religioni nel Medio Evo (163). Conclusivamente rilevava: "La democrazia non è minacciata dal regime dei partiti, ma dall'orientamento... delle loro strutture interne: il pericolo non risiede nell'esistenza stessa dei partiti, ma nella natura militare, religiosa e totalitaria che essi talvolta rivestono" (492). Precedentemente A. Gramsci, *Note su Machiavelli*, Editori Riuniti, Roma, 1971, 40, aveva contrapposto al partito delle élites, il partito delle masse, "che, come masse, non hanno altra funzione politica che quella di una fedeltà generica, di tipo militare, a un centro politico visibile o invisibile... la massa è semplicemente di manovra e viene occupata con prediche morali, con pungoli sentimentali, con miti messianici di età favolose in cui tutte le contraddizioni e le miserie presenti saranno automaticamente risolte e sanate."

¹² In quanto, secondo E.-W. Bôckenförde, *Diritto e secolarizzazione. dallo Stato moderno all'Europa unita*, trad. it. M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari, 2007, 100, funzionale ad occupare una "zona intermedia tra Stato e società", divenendone organi e penetrando in esso, nell'evocazione delle "cinghie di trasmissione" di Lenin.

¹³ Secondo G. Leibholz, che scriveva nel 1933, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, Giuffrè, Milano, 1996, 61 s., i partiti di massa e la democrazia di massa si sarebbero alimentati reciprocamente: i partiti avrebbero cercato "di influenzare i deputati e di togliere loro la capacità di prendere decisioni autonome, nel senso del parlamentarismo liberale classico. Il Parlamento si è in questo modo trasformato, da organo originariamente amministrativo, in organo ausiliario plebiscitario." Con notevole chiarezza E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, trad. it. C. Forte, Giappichelli, Torino, 1994, 92 s., ha teorizzato la necessità di "compensazione tra le componenti plebiscitaria e rappresentativa" nella struttura dei partiti.

¹⁴ Riprendo le espressioni da E. Cheli, *Introduzione*, in *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, a cura di s. Merlini, Passigli, Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze, 2009, 269.

¹⁵ "Il partito di massa novecentesco – ha rilevato M. Revelli, *Finale di partito*, Einaudi, Torino, 2013, X s., si era plasmato sulla matrice delle grandi burocrazie pubbliche: sulla forma di quello Stato nazionale di cui si candidava a costituire il cuore".

¹⁶ Cfr. M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra otto e novecento*, Giuffrè, Milano, 216, che, al di là del significare la semplice adozione di una visione complessiva di parte, ha anche evidenziato a quante differenti tipologie di partiti e di indirizzi politici si sarebbe adattata la convergenza tra parzialità e totalità, espressa dal partito parte totale.

È stato il partito di massa che, mentre assumeva la connotazione paradigmatica di partito, avrebbe anche attivato la sua trasformazione in “partito pigliatutti”, e avrebbe visto progressivamente confondersi i contorni di ogni suo originario referente sociale. Si sarebbe trattato di una trasformazione che sarebbe risultata “notevolmente contagiosa”, e che, rendendo il partito, un contenitore “troppo vago”, proprio per il suo caratterizzarsi come assai variamente ricettivo, avrebbe nutrito di sempre maggiori diffidenze ogni residua interna fedeltà¹⁷, accentuando l’elasticità del rapporto dell’organizzazione partitica con gli aderenti e alimentando conseguentemente anche l’instabilità dell’orientamento dei propri elettori.

La parabola discendente, così genericamente e schematicamente delineata, delle vicende del partito di massa sembra meritevole di non essere archiviata particolarmente quando si seguita ancora, come accade spesso, a sostenere, ma soprattutto a ritenere comunque presupposta, la inestinguibile necessità del partito di massa per la “tenuta democratica” dell’ordinamento¹⁸, e contemporaneamente a rilevare, o a considerare inevitabile, la prosecuzione della dinamica degenerativa del partito stesso. Sono problematiche che non possono tuttavia venire compiutamente affrontate senza tener conto delle conseguenze, nell’immaginario collettivo, dei mutamenti intervenuti nei vari partiti oltre che del complessivo assetto politico e costituzionale al cui interno la loro azione si colloca.

L’erosione del consenso dei due grandi partiti che hanno più a lungo governato nella Seconda repubblica, anche se con andamenti che riflettevano la rilevante solidità dei partiti di massa austriaci¹⁹,

¹⁷ Secondo O. Kirchheimer, *La trasformazione dei sistemi partitici nell’Europa occidentale*, In *Sociologia dei partiti politici*, a cura di G. Sivini cit., 191, la conversione in partiti-pigliatutto, che si sarebbe rivelata competitiva (189), avrebbe comportato “una drastica riduzione del bagaglio ideologico”, un rafforzamento del vertice, un dimensionamento del ruolo del singolo aderente, una minore tutela delle fasce sociali o politiche tradizionalmente protette e la facilitazione dell’accesso di diversi gruppi di interesse. La conseguente limitazione anche temporale degli obiettivi perseguiti che ne sarebbe derivata, avrebbe disincentivato la fedeltà degli iscritti (183).

¹⁸ Può considerarsi indicativo il suggerimento fornito nel 1971, da Michael Walzer, *Azione politica. Guida pratica per il cambiamento*, trad. it. P. Arlorio, Luiss Un. Press, Roma, 2021, 70, ai movimentisti statunitensi, allorché indicava nel “partito di massa, sia di recente creazione, sia fondato da vecchia data e consolidato” lo strumento per realizzare la “coalizione più duratura”.

¹⁹ Ha avvertito P. Ignazi, *Partito e democrazia. L’incerto percorso della legittimazione dei partiti*, trad. it. R. Falcioni, Il Mulino, Bologna, 2019, 252, che, nell’U.E. con-

sembra, in larga misura, aver riflesso la crisi che ha in vario modo investito le due più grandi famiglie politiche presenti in Europa. È stata una crisi che avrebbe espresso, in un caso la difficoltà di conciliare emancipazione sociale, questioni nazionali²⁰ e emergenze ecologiche, e di adeguare la lotta di classe ai mutamenti delle modalità della produzione, nell'altro, la complessità di articolare le forme di mediazione del solidarismo cristiano alla precarietà di un assetto di gerarchie in rapida trasformazione nella famiglia e nella società²¹, ma che è stata anche considerata una conseguenza della specifica composizione sociale di quello che è stato indicato come lo "zoccolo duro" dell'elettorato dei due partiti austriaci, che, si è avvertito, sarebbe risultato già da tempo particolarmente "esposto e vulnerabile ai cambiamenti nella società"²².

tinente, solo in Austria, alla fine del primo decennio del 2000, il rapporto tra iscritti ed elettori non sarebbe stato inferiore al 10%.

²⁰ Nonostante l'elaborazione teorica del socialismo austriaco abbia dedicato particolare attenzione alla questione nazionale, e Otto Bauer e Karl Renner, siano stati correttamente indicati come coloro che avrebbero interrotto la "tendenza alla sottovalutazione del nazionalismo nelle teorie sociali" (D. Langewiesche, *la socialdemocrazia considera la nazione qualcosa di indistruttibile e da non distruggere*. *Riflessioni teoriche dell'austromarxismo sulla nazione intorno al 1900 e il loro significato per la ricerca attuale sul nazionalismo*, in *La nazione in rosso. socialismo, comunismo e "Questione nazionale": 1889-1953*, a cura di M. Cattaruzza, Rubettino, Soveria Mannelli, 2005, 58), O. Bauer, *Le concept de nation*, in *Les marxistes et la question nationale 1848-1914*, a cura di G. Haupt, M. Lowy, C. Weil, Maspero, Paris, 1974, 251, che è approdato a considerare la nazione come un complesso sistema concettuale di elementi differenti in differenti combinazioni, rilevava, *Tra due guerre mondiali? La crisi dell'economia mondiale, della democrazia e del socialismo*, trad. it. G. Panzieri Saija, Einaudi, Torino, 1979, 312, che "nella metà austriaca dell'impero sorsero insieme... la socialdemocrazia austro-tedesca e quella ceca, quella polacca e quella ucraina, quella italiana e quella slava. la struttura sociale di queste sei nazioni della vecchia Austria all'interno delle quali si sviluppò la socialdemocrazia, era quanto mai differente. Sostanzialmente differenti furono, perciò, le condizioni di lotta dei partiti operai... La socialdemocrazia austriaca si sviluppò in un periodo in cui le varie nazioni comprese nello stato austriaco, e da esso dominate, erano violentemente in lotta le une contro le altre e altresì contro lo stato."

²¹ Un'indicazione anche se certamente non esaustiva può cogliersi nella maggiore cautela, rispetto ad altri partiti, espressa dall'ÖVP sulla questione delle "quote rosa". Cfr. G. Cerrina Feroni, *Democrazia nei partiti e pari opportunità. una rassegna comparata*, in *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, a cura di S. Merlini, Passigli Editori, Firenze, 2009, 179 s.

²² Così scriveva, più di trenta anni fa, A. Pelinka, *La Seconda repubblica: stabilità e mutamento*, in *Il "caso Austria". Dall'Anschluss all'era Waldheim*, a cura di R. Cazzola e G. E. Rusconi, Torino, 1988, 164, che riteneva che l'elettorato tradizionale dei due grandi partiti avesse "contro di sé il vento dello sviluppo sociale", risultando scarsamente composto dai "gruppi sociali emergenti nel terziario".

L'attrazione o la ripulsa nei confronti delle formazioni partitiche non possono considerarsi unicamente un riflesso del loro rapporto con la società, di un rapporto la cui intensità in Austria, con la Grande coalizione, avrebbe assunto un assai consistente rilievo²³, particolarmente attraverso l'intreccio delle relazioni poste in essere con l'economia concertata, ma necessitano di essere misurate anche rispetto alla loro complessiva interazione nell'assetto costituzionale²⁴.

Sono state le forme di incardinamento dei partiti nella *Realverfassung* che hanno in special modo contribuito a determinare in Austria non solo il loro rafforzamento, ma anche il loro modo di essere, mentre hanno posto in essere le basi delle trasformazioni della forma di governo. E probabilmente sia l'ancoraggio dei partiti alla Costituzione, che la loro stessa struttura anatomica sono in certa misura da ascrivere alla funzione costituente concretamente esercitata dagli stessi partiti tanto nella formazione della Prima²⁵, che della Seconda repubblica²⁶.

Anche se, nel 1945, non erano formalmente legittimati ad esercitare funzioni costituenti da nessuna disposizione del precedente

²³ U. Haider-Quercia, *La forma di governo della Grande coalizione. Il modello parlamentare austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2019, XXI, ha illustrato i vantaggi che sarebbero concretamente derivati dall'adesione ai grandi partiti.

²⁴ Secondo U. Haider-Quercia, *La forma di governo della Grande coalizione* cit., 46, i partiti avrebbero espresso "la vera forza portatrice del nuovo Stato repubblicano e della fase costituente..."

²⁵ Come ha efficacemente riassunto L. Mezzetti, *La forma di governo austriaca fra semipresidenzialismo apparente e sistema politico compromissorio*, in *Presidenzialismi semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, a cura di L. Mezzetti e V. Piergigli, Giappichelli, Torino, 1997, 199 s., quando i partiti di lingua tedesca dettero vita all'*Assemblea nazionale provvisoria* e attribuirono le prerogative spettanti all'Imperatore ad un Consiglio di Stato composto da venti membri e presieduto a turno da tre presidenti, ciascuno dei quali sarebbe stato esponente di uno dei tre partiti principali, cioè del partito socialdemocratico, di quello cristiano-sociale e di quello tedesco-nazionale.

²⁶ Quando l'accordo concluso tra il partito cristiano-sociale e il partito socialista, funzionale a contrastare tanto ogni eterodeterminazione dell'assetto politico austriaco da parte del Consiglio delle forze alleate, che ad evitare le lungaggini delle trattative interalleate, si rivelò decisivo per mantenere in vigore il testo costituzionale "originato dal compromesso raggiunto durante la Prima repubblica". Cfr. U. Haider-Quercia, *I processi costituenti in Austria e in Germania: due identità costituzionali separate ma unite dalla stabilità di governo*, in *La scrittura delle Costituzioni. Il secondo dopoguerra in un quadro mondiale*, a cura di F. Bonini e S. Guerrieri, Il Mulino, Bologna, 2020, 92 s.

ordinamento, i partiti parrebbero aver concretamente espresso il necessario elemento di continuità che avrebbe assicurato quella che è stata considerata, fin dal 1919, “l’evoluzione” dell’ordinamento austriaco²⁷, che si sarebbe configurato come Stato di partiti, anche attraverso le forme della loro costituzionalizzazione.

La ricorrente attenzione dedicata al particolare contesto politico e culturale che aveva, in Austria, alla metà del secolo trascorso, consentito la prosecuzione di quello che è stato considerato un costruttivo dialogo tra i due principali partiti²⁸, è sembrata proporre lo scenario del passaggio, nella storia costituzionale dell’Austria repubblicana, da una “democrazia del conflitto”, sperimentata nell’ordinamento della Prima Repubblica, che si è talvolta ritenuto, avrebbe posto in essere una forma di governo assembleare²⁹, agli sviluppi di quella particolare configurazione di un consociativismo che, attraverso la Grande coalizione, avrebbe a lungo caratterizzato la Seconda³⁰, pervenendo a subordinare ad un patto di legislatura concluso tra i due principali partiti, il funzionamento dei principali organi costituzionali³¹.

L’analisi delle dinamiche interne e esterne della coalizione, che è stata opportunamente collocata da Ulrike Haider-Quercia al centro della sua ricerca sulla forma di governo quale essenziale chiave di interpretazione delle fondamentali questioni della storia e degli sviluppi costituzionali della Repubblica austriaca, ha necessariamente comportato l’approfondimento delle forme assunte della col-

²⁷ Cfr. L. Mezzetti, *La forma di governo austriaca fra semipresidenzialismo apparente e sistema politico compromissorio*, cit., 202, che ha ripreso l’espressione da H. Balti.

²⁸ Che, secondo H. Schäffer, *Il modello di governo austriaco. Fondamenti costituzionali ed esperienze politiche*, in *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, a cura di S. Gambino, Maggioli, Rimini, 169 s., avrebbe espresso una cultura politica comune e soprattutto la comune disponibilità ad addivinare ad un compromesso.

²⁹ Particolarmente da C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, 192, secondo il quale tale l’introduzione di tale forma di governo da parte della Costituzione del 1920, sarebbe potuta desumersi dalla “preminenza dell’organo rappresentativo di fronte agli altri organi costituzionali.

³⁰ Anche F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 2004, 291, ha centrato sulla riduzione della distanza ideologica tra i principali partiti il differente contesto politico della Prima e della Seconda repubblica.

³¹ Come ha efficacemente riassunto G. de Vergottini, *Opposizione parlamentare*, in *E.d.d.*, 1980, *ad vocem*, 548.

laborazione tra partiti “ideologicamente opposti”³², che raramente è stata considerata una scelta semplicemente imposta dalla necessità di porre in essere una maggioranza parlamentare sulla base dei rapporti di forza elettorali³³, ma più frequentemente è stata indicata come un esempio del compromesso di classe posto in essere dalla Socialdemocrazia nell’Europa attorno agli anni ’50 dello scorso secolo³⁴.

La collaborazione tra partiti in forte contrasto ideale, oltre che programmatico, si sarebbe collocata alla base di una fase di transizione costituzionale orientata a comportare una forma di costituzionalizzazione della Grande coalizione³⁵, che avrebbe trovato nella novella costituzionale del 1962, un momento decisivo di “formalizzazione”³⁶.

Arend Lijpart, che, avendo considerato le origini dell’alleanza di governo in un’epoca in cui il solo Partito Popolare aveva ottenuto la maggioranza assoluta, e la successiva estensione del consenso elettorale ottenuto dai due partiti, ha ritenuto di escludere la possibilità di annoverare l’accordo ÖVP - SPÖ tra le “coalizioni di maggioranza minima”³⁷ e non una Grande coalizione³⁸, intendendo

³² U. Haider-Quercia, *La forma di governo della Grande coalizione*, cit., 26 ss.

³³ S. Rokkan, *Cittadini, elezioni, partiti*, trad. it. P. Ignazi, Il Mulino, Bologna, 162.

³⁴ A. Bergounioux e B. Manin, *La socialdemocrazia o il compromesso*, trad. it. G. Sforza, A. Armando, Roma, 1981, 163.

³⁵ Tenendo anche conto del suggerimento di G. de Vergottini, *Lo “Shadow Cabinet”*. Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell’opposizione nel regime parlamentare britannico, Giuffrè, Milano, 1973, 248 ss., che indicava nell’esperienza costituzionale austriaca tra “gli esempi più numerosi e duraturi della istituzionalizzazione del metodo cooperativo fra i maggiori partiti politici attraverso la formazione di coalizioni di legislatura”, e considerava tra le “deroghe alla normativa costituzionale”, l’esclusione, prevista dal patto di governo, della convocazione “di elezioni anticipate che non fossero concordate tra i due partiti.” (250).

³⁶ Il compromesso fu raggiunto dai partiti attraverso la richiesta maggioranza dei due terzi per l’adozione della legislazione scolastica e la composizione in base alla proporzione di forza dei partiti delle autorità scolastiche. Cfr. U. Haider-Quercia, *La forma di governo della Grande coalizione* cit., 28.

³⁷ Con tale espressione W.H. Riker, *The Theory of Political Coalitions*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1962, 32 ss., indicava coalizioni modellate esclusivamente in funzione del conseguimento dalla maggioranza parlamentare, che avrebbero comportato l’esclusione di ogni partecipazione al governo che non risultasse necessaria a tale maggioranza.

³⁸ A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, trad. it. M.T. Brancaccio, Il Mulino, Bologna, 1988, 73 s.

in tal modo evidenziarne la sua prevalente connotazione politica, sembra aver contribuito ad accreditare l'opinione di quanti hanno visto nel consolidamento della coalizione di governo la nascita di un forte consociativismo in Austria.

La storica divergenza di indirizzi politici ideali dei due grandi partiti alleati sembra particolarmente essersi potuta considerare un significativo ingrediente della prospettiva consociativa, in quanto destinata ad assicurare un'estesa occupazione dell'orizzonte politico degli elettori. Un'occupazione che, consolidando la sua allargata espansione (si) proprio in quanto espressione di conflittualità tendenzialmente irriducibili, oltre a lasciare scarsi margini di espressione ad altri differenti immaginari, si sarebbe evidentemente orientata ad ostacolare, se non ad impedire, ogni alternanza di governo³⁹.

L'immanenza delle conflittualità non avrebbe unicamente incrementato la solidarietà interna in ognuno degli schieramenti contendenti, in quanto la stessa contrapposizione avrebbe contribuito (attribuito) alla legittimazione sistemica del (al) contenitore dei conflitti⁴⁰. Ne sarebbe derivata, per la Grande coalizione austriaca, una istituzionalizzata stabilità, destinata ad articolarsi nella rete di quelle che sono state definite le "strutture consociative"⁴¹, cioè dell'insieme dei meccanismi destinati, con la diretta partecipazione delle componenti della coalizione, specialmente attraverso il partenariato sociale⁴², e a diluire nel tempo e nello spazio la composizione o la riproposizione dei conflitti.

La solidità e diffusione dei reticoli delle strutture consociative, si è opportunamente osservato, ne avrebbe notevolmente accen-

³⁹ Che si sarebbe rivelata funzionale ad impedire, come negli ordinamenti consociativi, la costruzione di alternative programmatiche e la conseguente possibilità dell'alternarsi di differenti maggioranze. Cfr. A. Pin, *Il costituzionalismo consociativo. Libertà, sfera pubblica e partiti*, in *Percorsi costituzionali*, I, 2019, 59, che ha rilevato l'intrinseco contrasto delle costituzioni consociative su base etnica con il principio maggioritario.

⁴⁰ Come è stato illustrato nella sua teoria dei sistemi, da N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it. A. Febbrajo e R. Schmidt, Il Mulino, Bologna, 1990, 598 s.

⁴¹ L'espressione è di R.A. Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, trad. it. Scriptum snc., Editori Riuniti, Roma, 2005, p. 387, che le indica come strumenti per risolvere i conflitti ed impedire la loro esplosione.

⁴² L'analisi di U. Haider-Quercia, *La forma di governo della Grande coalizione* cit., p. 140 ss., ha opportunamente sottolineato il ruolo determinante del partenariato sociale nel consolidamento della coalizione di governo, evidenziando anche le esenzioni dagli obblighi di trasparenza dei partiti e dei partner sociali (142).

tuato la distanza dalla più congiunturale *Grosse Koalition* tra SPD e CDU, che, in Germania, pur riflettendo un'alleanza tra partiti storicamente contrapposti, negli anni 1966-1969, 2005-2009, 2013-2017 e dopo il 2018, avrebbe, anche se in modo ricorrente, essenzialmente espresso "una soluzione governativa di eccezione per superare situazioni di crisi politiche"⁴³.

La dinamica dell'alleanza austriaca tra forze elettoralmente contrapposte suggerisce il paragone con le tormentate vicende del consociativismo italiano⁴⁴, un paragone che può facilmente riassumersi nel confronto tra i percorsi storici delle due coalizioni.

Da una iniziale e rapidamente conclusa⁴⁵ comune apertura, nell'immediato periodo postbellico, a tutte le forze di opposizione al precedente regime, che avrebbe dovuto esprimere la loro adesione al principio della democrazia politica, si sarebbe in seguito arrivati alla evidente divaricazione tra un consociativismo alla luce del sole, in Austria, che avrebbe anche esplicitato le dinamiche di una tendenziale omologazione, nonostante le persistenti contrapposizioni ideali, tra le due componenti della coalizione, ed un consociativismo occulto, o coperto, che, in Italia, si è sostenuto, avrebbe potuto prosperare alimentando e ampliando uno scontro ideologico illusorio tra i due maggiori partiti per sviare l'attenzione dall'entità delle loro convergenze coperte⁴⁶.

La distinzione tra maggioranza e opposizione, avrebbe potuto occultare il percorso compromissorio fino a quando la via consociativa sarebbe scelta palesemente e il compromesso sarebbe stato chiamato "storico", approdando in tal modo alla discutibile teoria

⁴³ Cfr. U. Haider-Quercia, *I processi costituenti in Austria e Germania. Due identità costituzionali separate ma unite dalla stabilità di governo*, cit., p. 101. sull'argomento L. Elia, *Governo (forme di)*, in *E.d.d.*, 1970, *ad vocem*, 653, rilevava. "Quella che in altri paesi è semplicemente una formula per governi del tempo di guerra o di calamità nazionale, diviene in talune situazioni un modulo seguito anche in anni normali".

⁴⁴ Anche esso espresso dalla convergenza tra DC e PCI, partiti elettoralmente fortemente contrapposti.

⁴⁵ Con differenti tensioni. Nel 1953, l'esponente socialista Lelio Basso, che fu anche apprezzato giurista, aveva pubblicato una raccolta di saggi e di discorsi parlamentari con il titolo *Il colpo di stato di De Gasperi*, ed Civiltà, Milano, indicando con tale espressione la fine dei governi di coalizione dei partiti antifascisti.

⁴⁶ L'argomento è stato sviluppato da A. Pizzorno, *Le difficoltà del consociativismo in Le radici della politica assoluta*, Feltrinelli, Milano, 1993, 288 ss., che ha illustrato come l'andamento delle votazioni delle leggi in parlamento avesse ampiamente riflesso la gestione consociativa.

che la storia avrebbe riguardato solo quanto si sarebbe svolto in maniera palese⁴⁷. Dopo la travagliata fusione, successivamente intervenuta, tra i due principali partiti di quella che è stata considerata la Prima repubblica, la difficoltà di ottenere una stabile maggioranza parlamentare avrebbe piuttosto bruscamente interrotto il percorso di questo consociativismo italiano evidenziando anche nella sua crisi le differenze da quello austriaco.

Le diversità strutturali tra i consociativismi austriaco e italiano e la diacronicità dei percorsi del loro declino hanno avuto differenti impatti sui rispettivi assetti costituzionali, che possono riflettersi negli assestamenti dei rapporti tra organi costituzionali, in Italia sono state prevalentemente indicati come esercizio di funzioni suppletive, mentre in Austria come fedele applicazione della Costituzione scritta⁴⁸. Sono valutazioni che inducono a non considerare esaustive le teorie che contrappongono meccanicamente l'efficienza del sistema partitico all'espansione del ruolo presidenziale⁴⁹, e che sollecitano l'attenzione sugli effetti delle differenti forze e tipologie delle coalizioni⁵⁰, che avrebbero configurato due differenti consociativismi di coalizione⁵¹: uno, in Austria centrato sul tessuto dell'economia concertata, l'altro in Italia considerato in continuità ideale con i principali compromessi realizzati alla Costituente⁵².

⁴⁷ A. Pizzorno, *Le difficoltà del consociativismo*, cit., 290.

⁴⁸ U. Haider-Quercia, *La forma di governo della Grande coalizione*, cit., 376.

⁴⁹ Come ad es. espone da C. Fusaro, *Forma di governo e figura del capo dello stato in Francia e in Italia*, in *Le radici del semi-presidenzialismo*, a cura di C. Fusaro, Rubettino, Soveria Mannelli, 1998, 196.

⁵⁰ Rilevava G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata*, trad. it. O. Massari e A. Di Virgilio, Il Mulino, Bologna, 1995, 141, che in Austria il "presidente notarile" sarebbe derivato "dalla lunga stagione della grande coalizione durante la quale una maggioranza parlamentare del 90 per cento "avrebbe reso "di fatto impossibile qualsiasi intransigenza presidenziale", ma anche l'evoluzione in un "sistema a tre partiti" avrebbe potuto "bloccare qualsiasi attivismo presidenziale allo stesso modo del precedente".

⁵¹ Anche se talvolta gli indirizzi consociativi sembravano convergere. G. Ferrara, a conclusione della monografia *Il governo di coalizione*, Giuffrè, Milano, 1973, 182, in una sorta di manifesto del consociativismo, osservava: "Nella società contemporanea diventa difficile se non impossibile governare sulla base di un consenso limitato ad una rappresentanza parlamentare che conta sulla sola maggioranza di governo, irrigidendo il dissenso in modo da trovarsi di fronte ad un compatto ed esasperato blocco di opposizione, specie se questo può, in ipotesi, contare sulla forza dei sindacati che è condizionatrice di qualunque tipo di politica economica".

⁵² P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico-politico*, Il Mulino, 1995, 147, ha illustrato come, dopo la fine della coalizione postbellica posta in essere da de Gasperi, le "forze della sinistra escluse dal governo accentuarono la mitizzazione

Se l'eredità del consociativismo austriaco sembra potersi risolvere nello scenario dell'alternanza di Grosse Koalition e Kleine Koalition⁵³, quella del consociativismo italiano sembra per ora approdare al disegno di una comune ideologia genericamente populista. Le differenze tendono tuttavia ad attenuarsi attraverso l'impulso omologante provocato dalla crisi dei partiti che tende vistosamente sempre più a renderli partiti personali orientandoli "all'elusione e al superamento del divieto di mandato imperativo"⁵⁴.

L'accentramento verticistico del partito personale sembra però perdere un elemento essenziale di supporto, di grande rilievo al contributo partitico all'edificazione consociativa: la fede, che secondo Duverger, avrebbe espresso l'intima adesione a "sistemi completi e chiusi di interpretazione del mondo" che rende possibile la connotazione religiosa e militare del partito di massa⁵⁵. La scomparsa (della) di questa fede può considerarsi un riflesso della crisi di credibilità che ha colpito le coalizioni e che investe sempre più i partiti sembra essenzialmente riguardare la convinzione, che diviene fede politica, della presenza di cause comuni tra elettori ed eletti, che gli eletti di un partito o di una coalizione siano naturalmente o istituzionalmente in grado di perseguire nel migliore dei modi.

È una crisi spesso sottovalutata, anche se sembra poter riguardare anche i partiti personali dei nostri giorni. Spesso infatti si trascura di considerare la derivazione di fede e fedeltà dalla latina *Fides*, che oltre a disporre di un tempio al Campidoglio vicino a quello di Giove⁵⁶, secondo Pietro Bonfante, avrebbe indicato il rapporto di clientela, infatti "per significare l'assoggettarsi e il ricevere in qualità di cliente" si sarebbero usate "le espressioni *in fidem se dedere* o *in fidem accipere*"⁵⁷.

* * *

del proprio ruolo all'Assemblea costituente... ma soprattutto fecero passare l'assioma che la costituzione non si poteva attuare senza di loro (altrimenti sarebbe stata una falsa attuazione) e che ogni attuazione avrebbe significato un riconoscimento implicito del loro diritto "divino"... di ritornare al governo".

⁵³ U. Haider-Quercia, *La forma di governo della grande coalizione*, cit., 277.

⁵⁴ Come ha rilevato S. Staiano, *Rappresentanza*, in *AIC*, Annuario 2016, Jovene, Napoli, 2017, 293.

⁵⁵ M. Duverger, *I partiti politici*, cit., 488.

⁵⁶ M.T. Cicerone, *De officiis*, III, XXIX, in *Opere politiche*, a cura di A. Resta Barile e D. Arfelli, A. Mondadori, Milano, 2007, 616.

⁵⁷ P. Bonfante, *Lezioni di storia del diritto romano*, Athenaeum, Roma, 1919, 242.

*Il tramonto della Grande coalizione
nella crisi del consociativismo*

Un'attenta esplorazione della dinamica delle forme di governo ha consentito a Ulrike Haider-Quercia di analizzare e illustrare le fondamentali questioni della storia costituzionale austriaca alla luce delle vicende delle coalizioni di governo per arrivare ad affrontare le problematiche al cuore dell'attuale fase di transizione politica e costituzionale che sembra oggi percorrere con differenti ritmi e modalità non solo la Repubblica austriaca, ma anche la maggior parte degli ordinamenti europei.

A limita a confermare efficacemente il definitivo superamento, che già Georges Burdeau aveva intravisto, dei tentativi di circoscrivere l'illustrazione del regime parlamentare nelle forme assunte dalla responsabilità del governo e a risolverla esclusivamente nella trattazione della tipologia dei rapporti tra parlamento, governo e capo dello Stato, ma proprio perché volta a non trascurare la determinante incidenza del contesto partitico, perviene ad indicare alcune essenziali radici della complessiva varietà dei problemi posti alla democrazia austriaca dalla persistente crisi dei partiti – che è una crisi che, ormai da decenni, sembra essersi in varie forme ramificata nella società e nelle istituzioni europee.

Anche se, nel 1945, non erano formalmente legittimati ad esercitare funzioni costituenti da nessuna disposizione del precedente ordinamento, i partiti parrebbero aver concretamente espresso l'elemento di continuità che avrebbe assicurato quella che è stata considerata, fin dal 1919, "l'evoluzione" dell'ordinamento costituzionale austriaco, che si sarebbe configurato come Stato di partiti. Ma ecco che il discorso sui partiti, pur risultando il valore del *genus* partito indispensabile per contrapporre la pluralità partitica agli assetti monopartitici estranei al costituzionalismo moderno, sembra perdere concretezza. Si evidenzia infatti la difficoltà di riferire alla forma partito realtà che non variano solo in ragione dell'occasionale occupazione di posizioni di governo o di opposizione, e che invece risultano profondamente diversificati anche nel rapporto con un ordinamento avrebbe subordinato ad un patto di legislatura concluso tra i due maggiori partiti, il funzionamento dei principali organi costituzionali. Ed opportunamente la Haider-Quercia ha collocato al centro della sua ricerca la concreta vicenda della collaborazione tra

partiti “ideologicamente opposti”, nell’attenta analisi del percorso di costituzionalizzazione della Grande coalizione, che ha individuato nella novella costituzionale del 1962, un momento decisivo di “formalizzazione” costituzionale.

Se sotto alcuni profili, il panorama della storia costituzionale dell’Austria repubblicana sembrava distinguere il percorso della “democrazia del conflitto”, sperimentata nella Prima Repubblica, che Costantino Mortati considerava espressione di una forma di governo assembleare, dagli sviluppi di quella particolare configurazione del consociativismo che avrebbe caratterizzato la Seconda, oggi, quando la formula della Grande coalizione sembra destinata a mutare significato, non è solo possibile individuare nella pur differenziata cooperazione tra i grandi partiti, passata dall’iniziale connotazione emergenziale alla successiva fase compromissoria, la trama della continuità costituzionale repubblicana, ma si possono anche ricercare le origini remote dell’intreccio di relazioni tra governo di coalizione e coordinamento degli interessi nel partenariato sociale risalente al secondo dopoguerra, ma genericamente costituzionalizzato nel 2008, che, pur risultando considerevolmente indebolito e, anche se può apparire destinato a trasformarsi con il definitivo superamento del sistema politico bipolare, è sembrato in grado di resistere anche alla flessione del consenso elettorale per i due grandi partiti.

L’esteso collegamento della Grande coalizione con quella che è stata indicata come la Costituzione economica materiale non sembra unicamente aver rafforzato l’integrazione del consociativismo nella Costituzione reale, ma anche aver particolarmente connotato quella che possiamo considerare la sua lunga “fase rampante” che avrebbe concretamente modellato alle sue esigenze le funzioni dei principali organi costituzionali. È proprio in quel tratto di storia costituzionale che il consociativismo austriaco avrebbe espresso le maggiori differenze nei confronti degli altri consociativismi e dalle altre coalizioni di governo.

Se oggi la presenza in Italia di una coalizione di governo orientata a decidere di attribuire ad un gruppo di tecnici estese competenze di indirizzo politico e amministrativo, destinate ad orientare i rapporti tra Stato e Regioni e a determinare il comportamento del governo e del parlamento pare evocare il Comitato della coalizione austriaco che, dall’esterno del parlamento e del governo, poteva

pervenire a determinare il funzionamento degli organi costituzionali, la distanza del consociativismo italiano da quello austriaco sembra restare significativa. Non è una distanza che si evidenzia solo nell'attuale diffusa crisi di fiducia nei partiti, quando alla varietà e alla fragilità delle coalizioni di Oltr'Alpe sembrano corrispondere, attualmente in Italia, le ricorrenti professioni di fede nella vitalità di una coalizione di governo, che oggi sembra insostituibile, ma che era apparsa, all'epoca della sua formazione, parzialmente fungibile e largamente improvvisata.

È sufficiente seguire parallelamente, con uno sguardo d'insieme, i percorsi delle alleanze politiche di governo nei due ordinamenti per accorgersi di come, le dinamiche di fusioni e scissioni che avrebbero concluso una lunga fase del consociativismo italiano che sembrano nuovamente incontrarsi con le attuali incertezze del consociativismo austriaco evidenziando quanto poco la comune opzione consociativa lungamente perseguita abbia effettivamente contribuito a fondare le ragioni di una convivenza tra persone e gruppi portatori di concezioni diverse relativamente ai fini da assegnare alla collettività e ad accettare una coesistenza pluralistica.

Abstract

Il contributo svolge una analisi della flessibilità offerta dalla Costituzione austriaca per l'evoluzione del sistema costituzionale ed in particolare per la forma di governo parlamentare.

The contribution analyzes the flexibility offered by the Austrian Constitution for the evolution of the constitutional system and in particular for the parliamentary form of government.

ESTHER HAPPACHER

IL SEGRETO D'UFFICIO
NELLA COSTITUZIONE AUSTRIACA:
DALLA RISERVATEZZA ASSOLUTA
ALLA LIBERTÀ D'INFORMAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il segreto d'ufficio nell'articolo 20, comma 3 B-VG. – 3. Il contrappeso al segreto d'ufficio: l'obbligo di fornire informazioni. – 4. Il segreto d'ufficio al tramonto? La libertà di informazione come futuro caposaldo dell'attività amministrativa. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Attraverso il segreto d'ufficio, la Pubblica amministrazione protegge la propria attività nei confronti dei cittadini, impedendo l'informazione sulle azioni e sui processi decisionali degli organi amministrativi in quanto l'interesse pubblico – definito dall'amministrazione stessa – prevale sull'interesse dei privati e fa ritenere essenziale la riservatezza dell'azione amministrativa per garantire un miglior esercizio della funzione pubblica. Dagli anni Ottanta del secolo scorso in poi, questa costruzione dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati è stata sempre più messa in discussione. Infatti, la pubblica amministrazione, finanziata con soldi pubblici, deve essere trasparente e controllabile nel suo agire e i privati devono poter informarsi ed essere informati sulla sua attività. La trasparenza costituisce un pilastro essenziale di un sistema democratico e dello stato di diritto, trovandosi in un rapporto di evidente tensione con il segreto d'ufficio e imponendo una nuova visione delle relazioni tra l'amministrazione pubblica e i privati.

L'Austria è l'unico Paese europeo in cui il segreto d'ufficio, introdotto nel 1925¹, è tuttora ancorato in Costituzione. Trova la sua

¹ BGBl 1925/268. Sulla genesi storica vedasi B. Wieser, Art. 20/3 in K. Korinek, M. Holoubek *et al.* (a cura di), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Loseblattsammlung*, Wien, Springer, 2001, nn. 1-2.

disciplina costituzionale nell'articolo 20, comma 3 della Legge costituzionale federale (*B-VG*). Tale disposizione, novellata nel 1987², rappresenta un principio costituzionale dell'attività della pubblica amministrazione ed è stata oggetto di vari tentativi di riforma durante l'ultimo decennio. Di seguito, si illustrerà succintamente l'articolo 20, comma 3 *B-VG* nel suo contesto costituzionale, soffermandosi in particolare sul diritto all'informazione introdotto nel 1987 in Costituzione e sul profilo federalista della disciplina legislativa. Si procederà poi a illustrare i recenti sviluppi in materia di diritto all'informazione. Brevi considerazioni concluderanno il contributo.

2. *Il segreto d'ufficio nell'articolo 20, comma 3 B-VG*

L'articolo 20, comma 3 *B-VG* obbliga in via generale tutti gli organi dell'amministrazione federale, dei Länder e comunale nonché di altri enti pubblici a mantenere riservati tutti i fatti di cui siano venuti a conoscenza in modo esclusivo in virtù della loro attività d'ufficio e la cui segretezza si impone nell'interesse del mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, della difesa nazionale e delle relazioni estere, dell'interesse economico di un ente pubblico, nonché dell'attività preparatoria di una decisione o nell'interesse prevalente delle parti, a meno che la legge non disponga diversamente. Più precisamente, il segreto d'ufficio austriaco consiste in un obbligo di osservare un "silenzio d'ufficio"³ (*Amtsverschwiegenheit*) e cioè un obbligo a mantenere il silenzio riguardo a determinati fatti la cui conoscenza deve essere riservata alla sola amministrazione per tutelare determinati interessi pubblici, ma anche interessi dei privati entrati in rapporti con l'amministrazione.

L'obbligo al silenzio d'ufficio vige salvo che la legge non disponga altrimenti⁴. Uno dei casi in cui la legge dispone altrimenti

² BGBl 1987/285.

³ La terminologia si orienta alla traduzione del *B-VG* di F. Palermo, "Codice" di diritto costituzionale austriaco: Costituzione federale, legge costituzionale finanziaria, legge fondamentale sui diritti dei cittadini, Padova, 1998, 58.

⁴ Sull'ambito di applicazione dell'obbligo al silenzio d'ufficio vedasi di recente A. Forster, Art. 20 *B-VG*, in A. Kahl, L. Khakzadeh, S. Schmid, *Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte*, Wien, 2021, 444-465, in particolare 462-465.

può essere riscontrato nel § 17, comma 1 della Legge generale sul procedimento (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, AVG*)⁵, che attribuisce alle parti di un procedimento amministrativo un diritto soggettivo di accesso agli atti, limitabile nel caso che l'informazione comporti un danno a interessi giustificati di una delle parti del procedimento o di terzi o metta a repentaglio lo svolgimento delle funzioni degli organi amministrativi oppure lo scopo del procedimento⁶.

L'obbligo di mantenere il silenzio d'ufficio riguarda sia l'attività nell'esercizio di poteri pubblici (*Hobeitsverwaltung*) che l'attività posta in essere avvalendosi degli strumenti di diritto privato (*Privatwirtschaftsverwaltung*)⁷ e si applica a fatti definiti in maniera molto ampia, spaziando da documenti a esternazioni orali o a intenzioni desunte da colloqui⁸. Anche se l'interesse prevalente dei privati (per esempio alla tutela di un segreto d'impresa) può imporre alla pubblica amministrazione di mantenere il silenzio, dalla norma costituzionale non deriva un diritto soggettivo al mantenimento della riservatezza, ma solo un obbligo degli organi amministrativi⁹.

Nella sua formulazione originaria del 1925¹⁰, la riservatezza si imponeva per ogni fatto nell'interesse di un ente pubblico territoriale o nell'interesse di un privato, realizzando un ambito di applicazione molto ampio dell'obbligo al silenzio degli organi amministrativi. L'articolo 20, comma 3 *B-VG*, poneva dunque il silenzio o la riservatezza come regola generale e l'informazione come un atto volontario della pubblica amministrazione¹¹. La tipizzazione degli interessi pubblici a fondamento della riservatezza è avvenuta solo

⁵ BGBl n. 51/1991.

⁶ Sul diritto di accesso agli atti cfr., in generale, J. Hengstschläger e D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 6^a ed., Wien, 2018, 114-118.

⁷ La distinzione fra queste due forme di attività della pubblica amministrazione rileva in quanto la *Privatwirtschaftsverwaltung* non segue il riparto di competenze definito dalla Costituzione federale in materia amministrativa e permette alla Federazione e ai *Länder* di agire in tutte le materie, per esempio attraverso il finanziamento di attività economiche, cfr. T. Öhlinger e H. Eberhard, *Verfassungsrecht*, 13^a edizione, Wien, 2022, 122-124.

⁸ Cfr. B. Wieser, *op. cit.*, n. 21.

⁹ VfSlg 7455/1974; cfr. B. Wieser, *op. cit.*, nn. 37-38.

¹⁰ Cfr. B. Wieser, *op. cit.*, nn. 1-2.

¹¹ *Ivi*, n. 2.

con una novella nel 1987¹², risultando in una cauta apertura verso una maggiore trasparenza nella pubblica amministrazione e cogliendo il dibattito pubblico che a partire dagli anni 80 del secolo scorso, con sempre maggiore insistenza, ha puntato verso un'attività amministrativa più trasparente. In occasione di detta novella, la trasparenza è stata rafforzata non solo tramite la tipizzazione degli interessi pubblici che giustificano la riservatezza degli organi amministrativi, ma anche tramite l'introduzione di un nuovo comma 4 dell'articolo 20 *B-VG*, che affianca all'obbligo del silenzio d'ufficio un obbligo della pubblica amministrazione di fornire informazioni.

3. *Il contrappeso al segreto d'ufficio: l'obbligo di fornire informazioni*

L'obbligo di fornire informazioni disciplinato esplicitamente nel comma 4 dell'articolo 20 del *B-VG* può essere considerato un passo importante verso un'amministrazione trasparente¹³. Impone a tutti gli organi dell'amministrazione federale, dei *Länder* e comunale, nonché di altri enti pubblici, l'obbligo di fornire informazioni su questioni di loro competenza con l'obiettivo di determinare l'obbligo di informazione come regola e l'obbligo al silenzio d'ufficio come eccezione. La disciplina di dettaglio è affidata al legislatore federale per gli organi federali e per l'amministrazione federale, il quale è anche competente per la legislazione di principio nei confronti dei *Länder*, cui è affidata la legislazione di attuazione e l'esecuzione nei confronti degli organi dei *Länder* e comunali nonché dell'amministrazione dei *Länder*. Il riparto delle competenze alquanto complesso tra Federazione e *Länder* è il risultato di un compromesso in senso federalista, che ha sostituito l'originaria intenzione di affidare la disciplina legislativa solo alla Federazione per

¹² BGBl n. 285/1987.

¹³ Altri elementi che hanno contribuito all'apertura verso una libertà di informazione sono attribuibili alla giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo sull'articolo 10 CEDU e la libertà di comunicazione, in quanto la CEDU ha rango costituzionale nell'ordinamento austriaco, cfr. sugli sviluppi in materia M. Bertel, *Die Informationsfreiheit in der Zukunft*, in M. Bertel, E. Happacher, A. Simonati (a cura di), *Die transparente Verwaltung in Österreich und Italien*, Wien, 2019, 59-79. Anche il diritto dell'Unione europea, nonché gli obblighi internazionali hanno contribuito a creare una disciplina in materia, per esempio la legge federale in materia di informazioni ambientali (*Umweltinformationsgesetz*, BGBl n.495/1993).

garantire un profilo di uniformità nella disciplina a vantaggio dei destinatari della normativa¹⁴.

La Corte costituzionale non ha considerato che l'obbligo all'informazione costituisca anche un diritto soggettivo all'informazione, ma ha individuato nella disposizione costituzionale un obbligo per il legislatore di prevedere un tale diritto soggettivo¹⁵.

In attuazione del comma 4 dell'articolo 20 *B-VG*, nel 1987 sono state promulgate due leggi federali, la legge sull'obbligo di informazione (*Auskunftspflichtgesetz*)¹⁶ per gli organi federali e la legge quadro sull'obbligo di informazione (*Auskunftspflicht-Grundsatzgesetz*)¹⁷ e le rispettive leggi a livello dei *Länder*¹⁸. La legge federale prevede in particolare un termine di otto settimane¹⁹ entro il quale l'organo deve fornire l'informazione richiesta, a meno che non vi si contrapponga un obbligo alla riservatezza²⁰. Nel caso di un rifiuto, l'interessato può richiedere l'emanazione di un provvedimento amministrativo che rigetta l'istanza e il quale è impugnabile²¹. L'informazione fornita è una dichiarazione di scienza e riguarda solo informazioni ricadenti nel proprio ambito di competenza di cui l'organo amministrativo dispone già²². Inoltre, le informazioni saranno fornite solo nella misura in cui non pregiudichino in modo sostanziale lo svolgimento degli altri compiti dell'amministrazione²³. Di conseguenza, non esiste un diritto assoluto all'informazione²⁴ e la pubblica amministrazione deve procedere a una valutazione degli interessi coinvolti. L'informazione può anche essere fornita nella forma di accesso agli atti di un procedimento di cui al § 17 *AVG*²⁵. Le leggi dei *Länder* non si discostano particolar-

¹⁴ Cfr. P. Bußjäger, *Der Status quo: Amtsverschwiegenheit und Informationsrecht*, in M. Bertel, E. Happacher, A. Simonati (a cura di), cit., 45-46.

¹⁵ VfSlg 12838/1991.

¹⁶ BGBl n. 287/1987. Una traduzione in inglese è reperibile a https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_1987_287 (30.9.2022).

¹⁷ BGBl n. 286/1987.

¹⁸ Cfr. B. Wieser, *op. cit.*, n. 5.

¹⁹ § 3 *Auskunftspflichtgesetz*.

²⁰ § 1, co. 1 *Auskunftspflichtgesetz*.

²¹ § 4 *Auskunftspflichtgesetz*.

²² Cfr. B. Wieser, *op. cit.*, n. 34.

²³ § 1, co. 2 *Auskunftspflichtgesetz*.

²⁴ Cfr. B. Wieser, *op. cit.*, n. 2.

²⁵ Cfr. B. Wieser, *op. cit.*, n. 29.

mente dal modello indicato dalla disciplina federale²⁶. Per di più, in qualche Costituzione del *Land* sono state introdotte delle norme in materia di informazione generale della popolazione²⁷.

Pare importante sottolineare che il legislatore non può allargare l'ambito di applicazione della riservatezza degli organi amministrativi in quanto i casi di giustificazione del silenzio d'ufficio sono tassativamente indicati dalla norma costituzionale. Il legislatore può, invece, ampliare e rafforzare gli obblighi della pubblica amministrazione nell'accesso alle informazioni tramite la normativa di attuazione dell'articolo 20, comma 4 *B-VG*. Inoltre, va ricordato che la trasparenza nelle informazioni fornite dalla pubblica amministrazione si trova in una naturale tensione con il diritto alla tutela dei dati personali, materia in cui l'ordinamento austriaco vanta comunque una normativa sin dagli anni 70 del secolo scorso²⁸. Infine, l'ordinamento austriaco conosce già varie ipotesi di diritto all'informazione, in particolare in attuazione di obblighi europei e internazionali²⁹, come in materia di ambiente, in cui una legge disciplina i diritti di informazione in materia ambientale (*Umweltinformationsgesetz*)³⁰.

4. *Il segreto d'ufficio al tramonto? La libertà di informazione come futuro caposaldo dell'attività amministrativa*

Nel decennio scorso possono essere segnalati più tentativi di sostituire la disciplina attualmente in vigore con delle regole che vedono la libertà di informazione, intesa come diritto all'informazione tramite l'accesso alle informazioni a disposizione della pubblica amministrazione su richiesta dell'interessato, nonché tramite un'attività di divulgazione attiva da parte dell'amministrazione stessa³¹ al

²⁶ Cfr. P. Bußjäger, *op. cit.*, 48.

²⁷ Cfr. l'articolo 60a della Costituzione del *Land* Tirolo che obbliga il Governo a "informare in modo adeguato la popolazione del *Land* sulle questioni di particolare rilevanza politica, economica o finanziaria per il Land Tirolo."

²⁸ Cfr. P. Bußjäger Peter, *op. cit.*, 48.

²⁹ Cfr., in proposito, F. Koppensteiner, *Transparenz im Unionsrecht, ein Überblick*, in M. Bertel, E. Happacher, A. Simonati (a cura di), *op. cit.*, 1-43.

³⁰ BGBl n. 495/1993.

³¹ Sui vari concetti e il loro collegamento con la trasparenza come nuovo paradigma per l'amministrazione, cfr., *ex multis*, E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022, in particolare 25-35.

centro dei rapporti amministrazione-privati³². Da ultimo, il programma di governo della coalizione fra il Partito popolare austriaco (ÖVP) e il partito dei Verdi (*Die Grünen*) per il periodo 2020-2024³³ elenca fra i suoi obiettivi l'aumento della trasparenza nel settore pubblico³⁴. Il primo capitolo è dedicato a “Stato, Società e Trasparenza” e indica espressamente che, essendo la trasparenza il fattore determinante della società democratica, si mira a “uno Stato di vetro”, non “a cittadini di vetro”³⁵.

Un elemento centrale di questa offensiva sulla trasparenza è individuato nel c.d. Pacchetto controllo e trasparenza³⁶. Esso indica come primo obiettivo l'abrogazione del segreto d'ufficio rispettivamente dell'obbligo alla riservatezza e dei commi 3 e 4 dell'articolo 20 B-VG. Al posto dell'attuale disciplina dovrà essere introdotto un nuovo diritto alla libertà di informazione, da poter attivare in sede giudiziaria, e l'obbligo di pubblicare tutte le informazioni di interesse generale. Il diritto alla libertà di informazione dovrebbe valere non solo in riguardo alla pubblica amministrazione, ma anche nei confronti degli organi legislativi e dell'amministrazione della giustizia, dei difensori civici e di tutte le imprese sottoposte al controllo della Corte dei conti, ad eccezione delle imprese quotate in borsa.

La proposta governativa presentata nel 2021³⁷, tesa a novellare la disciplina costituzionale e la normativa federale attualmente in vigore, è diretta a realizzare un cambiamento di paradigma, eliminando finalmente il segreto d'ufficio e rendendo la trasparenza dello Stato la regola e la segretezza l'eccezione³⁸. Infatti, il proposto

³² Per esempio nel 2014, su cui A. Posch, *B-VG-Novelle zur Informationsfreiheit - staatliches Handeln transparenter*, in *Jahrbuch Öffentliches Recht*, 2015, 121-136.

³³ Reperibile in <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html> (30.9.2022).

³⁴ Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024*, Wien, 2020, 6.

³⁵ Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024*, Wien, 2020, 10. Sulle proposte governative, cfr. C. Fuchs, *Informationsfreiheit neu in Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit* 7/2020, 486-494.

³⁶ Cfr. Bundeskanzleramt Österreich, *Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024*, Wien, 2020, 17-18.

³⁷ 95/ME 27esima Legislatura, reperibile in https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00095/index.shtml#tab-Uebersicht (30.9.2022); sul disegno di legge cfr. M. Tischitz, *Was bringt das geplante Informationsfreiheitsgesetz?*, in *RFG* 2/2021, 77-83. Inoltre sono presenti varie iniziative parlamentari, per esempio 435/A XXVII GP, proposto dal partito NEOS.

³⁸ Cfr. Erläuternde Bemerkungen zu 95/ME XXVII GP, Allgemeiner Teil.

nuovo articolo 22a B-VG che sostituirebbe la disciplina contenuta nei commi 3 e 4 dell'articolo 20 B-VG, introduce un obbligo non solo per gli organi amministrativi, ma anche legislativi e giurisdizionali di pubblicare tutte le informazioni di interesse generale in modo accessibile per tutti, a meno che non debbano essere tenute segrete. Inoltre, introduce un diritto soggettivo all'accesso alle informazioni costituzionalmente garantito nei confronti degli organi amministrativi, legislativi e della giustizia amministrativa, a meno che le stesse informazioni non debbano essere tenute segrete per una serie di motivi individuati dalla norma. Fra le giustificazioni per la segretezza delle informazioni (per la cui definizione vige una riserva di legge), sono enumerate non solo ragioni collegate alla politica estera e europea, alla difesa e alla sicurezza nazionale, ma anche la preparazione di decisioni, la prevenzione di un danno economico o finanziario notevole per enti pubblici o la necessità di preservare interessi prevalenti dei terzi. Quest'ultime fattispecie impongono agli organi una valutazione di interessi abbastanza complessa, una circostanza che è stata criticata nel processo di consultazione soprattutto da parte di enti pubblici che individuano un eccessivo onere posto a carico dei loro organi, soprattutto se di piccole dimensioni³⁹. Le norme attuative sono da emanare tramite una legge federale sulla libertà di informazione (*Informationsfreiheitsgesetz*), che in particolare prevede un termine di quattro settimane per l'espletamento delle richieste di accesso alle informazioni (prolungabile a otto settimane, per esempio, se sono coinvolti diritti di terzi) e la tutela davanti al giudice amministrativo obbligato a decidere entro due mesi.

Ancora una volta si tenterà di introdurre una disciplina unitaria federale, sostituendo la competenza legislativa dei *Länder* attualmente prevista tramite un obbligo della Federazione a offrire ai *Länder* l'occasione a collaborare alla preparazione della legge federale, e l'esigenza del loro assenso alla legge federale. Infatti, una disciplina federale della libertà di informazione interviene nella competenza dei *Länder* in materia di organizzazione amministrativa. La partecipazione al processo di definizione della disciplina e l'assenso

³⁹ Cfr. per esempio la presa di posizione dell'Österreichischer Gemeindenbund (29/SN-95/ME XXVII. GP), 2-3, reperibile in https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/SNME/SNME_78246/index.shtml (30.9.2022).

dei *Länder* compensa, di conseguenza, la perdita degli spazi di autonomia⁴⁰.

5. *Considerazioni conclusive*

Pare evidente che la tensione quasi naturale fra le esigenze della pubblica amministrazione ad un'attività efficiente e efficace che può anche richiedere di tenere segrete determinate informazioni e la più grande trasparenza possibile nei confronti dei privati non potrà mai essere risolta in favore della prevalenza assoluta dell'uno o dell'altro polo. Diventa, dunque, centrale il bilanciamento di questi due interessi costituzionalmente protetti. Mentre nella disciplina attualmente vigente sembra tuttora prevalente l'obbligo alla riservatezza, ogni modifica futura avrà come elemento centrale la libertà di informazione. Un diritto soggettivo all'informazione e, quindi, di accesso alle informazioni di cui la pubblica amministrazione dispone in quanto pubblica amministrazione, tutelabile davanti al giudice amministrativo, e un obbligo della pubblica amministrazione a pubblicare tutte le informazioni di interesse generale sono gli elementi centrali di questa rivoluzione. Come sempre, i problemi si riscontreranno nei dettagli e non solo. Dipenderà anche dalla cultura dell'amministrazione, che deve percepire la trasparenza non tanto come un ostacolo alla buona amministrazione, ma come elemento essenziale in uno stato democratico in cui la pubblica amministrazione non ha nulla da nascondere.

Abstract

L'Austria è l'unico Paese europeo in cui il segreto d'ufficio è tuttora ancorato in Costituzione. Trova la sua disciplina costituzionale nell'articolo 20, comma 3 della Legge costituzionale federale (*B-VG*). Tale disposizione, novellata nel 1987, rappresenta un principio costituzionale per l'attività della pubblica amministrazione ed è stata oggetto di vari tentativi di riforma durante l'ultimo decennio. Il contributo illustrerà succintamente il contenuto dell'articolo 20, comma 3 *B-VG* nel suo contesto co-

⁴⁰ Sul profilo federale della nuova disciplina vedasi P. Bußjäger, M. Eller, *Informationsfreiheit für Österreich? Neue Transparenzregeln und ein Paradigmenwechsel als Herausforderung für den Föderalismus in Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (EZFF) Jahrbuch des Föderalismus 2021. Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden Baden, 2021, 317-330, in particolare 321-322.

stituzionale, soffermandosi in particolare sul diritto all'informazione introdotto nell'articolo 20, comma 4 *B-VG* nel 1987 e sul profilo federalista della disciplina legislativa. Si illustreranno, inoltre, i recenti sviluppi in materia di diritto all'informazione che paiono portare al tramonto del segreto d'ufficio.

Austria is the only European country in which the secrecy of office is still anchored in the Constitution. It finds its constitutional regulation in Article 20(3) of the Federal Constitutional Law (*B-VG*). This provision, which was amended in 1987, represents a constitutional principle for the activities of the public administration and has been the subject of various attempts at reform during the last decade. The contribution will briefly illustrate Article 20(3) *B-VG* in its constitutional context, focusing in particular on the right to information introduced in Article 20(4) *B-VG* in 1987 and the federalist profile of the legislative discipline. Recent developments in the right to information that may lead to the fading of secrecy of office will be explained.

GIORGIO REPETTO

L'ACCENTRAMENTO DEL GIUDIZIO
DI COSTITUZIONALITÀ IN KELSEN
COME CHIAVE DI LETTURA DELLE EVOLUZIONI
DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN ITALIA
(PRIME NOTE)*

SOMMARIO: 1. I caratteri essenziali dell'accentramento in Kelsen e la confluenza, in esso, di profili storici, teorici e istituzionali. – 2. L'influenza del paradigma kelseniano nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in Italia. – 3. I caratteri del riaccentramento nella giurisprudenza costituzionale più recente. – 4. Una Corte (ri)accentrata è una corte (finalmente) kelseniana?

1. *I caratteri essenziali dell'accentramento in Kelsen e la confluenza, in esso, di profili storici, teorici e istituzionali*

Per quanto il nome di Kelsen sia inscindibilmente legato all'affermarsi del modello accentrato del giudizio di costituzionalità, è tutt'altro che agevole individuare fino in fondo e *in positivo* i caratteri del modello da egli patrocinato. Una volta isolata l'attribuzione a un organo *ad hoc* della funzione di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi e contrapposta questa scelta al modello alternativo del *judicial review of legislation*, infatti, molti dei nodi teorici e istituzionali che tradizionalmente si associano a questo modello non trovano necessariamente, in quelle pagine, una sistemazione univoca. Al contrario, proprio i caratteri e l'evoluzione del pensiero kelseniano sul punto sono sintomatici di una serie di alternative non sempre risolte fino in fondo, e che spesso tornano a manifestarsi in momenti successivi della sua riflessione, proponendo risposte e sistemazioni solo in parte coincidenti con quelle offerte in precedenza.

* Una versione più estesa di questo scritto è destinata alla pubblicazione negli Atti del Convegno dal titolo "1920-2020: un secolo di giustizia costituzionale", tenutosi presso l'Università di Trieste nei giorni 10-11 giugno 2021.

Senza, evidentemente, che sia possibile affrontare *ex professo* i contorni complessivi del modello kelseniano di *Verfassungsgerichtsbarkeit*, pare possibile almeno evidenziare come questo si correli intimamente ai diversi piani lungo i quali si svolge la poderosa riflessione sui caratteri dell'organo deputato a svolgere il controllo di costituzionalità.

È risaputo, innanzi tutto, quanto l'azione svolta storicamente da Kelsen nel periodo costituente che ha preceduto la costituzione austriaca del 1920 sia stata fortemente influenzata e favorita dal radicamento, in quella realtà, di un sistema preesistente di grandi tribunali, uno dei quali, il *Reichsgericht*, era formalmente investito già dopo il 1869 del compito di svolgere una (sia pur limitata sulla carta, e mai effettivamente esercitata nella pratica) funzione di giudice costituzionale, soprattutto in relazione alla composizione dei conflitti di competenza tra autorità centrali e locali e alle decisioni sui ricorsi per la violazione dei *Grundrechte*. Proprio questo dato, che spinse come noto Jellinek nel 1885 ad auspicare l'attribuzione a tale organo di una funzione di controllo sulla costituzionalità delle leggi¹, spiega già perché in Austria, nel primo dopoguerra, vi fosse un ambiente più che favorevole all'istituzione di un organo avente la fisionomia di un tribunale costituzionale accentrato². Questo dato, unitamente al contributo decisivo prestato in quegli anni da altre figure come František Weyr e Karl Renner³, assume poi uno specifico significato alla luce di due ulteriori condizioni che storicamente hanno preceduto e favorito proprio in Austria l'istituzione di un giudice unico di costituzionalità, vale a dire il suo operare in un ordinamento federale e l'attribuzione ad esso di un controllo, oltre che sulle leggi, anche sui regolamenti. Se la natura federale dell'ordinamento spiega perché le funzioni più prettamente arbitrali non

¹ G. Jellinek, *Una Corte costituzionale per l'Austria*, Torino, 2013.

² "Das alte Österreich hatte in der Tat seine Spezifika, die dem richterlichen Prüfungsrecht günstig waren": così E. Wiederin, *Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht*, in T. Simon, J. Kalwoda (Hrsg.), *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte*, Berlin, 2014, 286.

³ Il cui influsso, accanto al contributo di Kelsen, è ricostruito da T. Olechowski, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, 2. Aufgabe, Tübingen, 2021, 244 ss. Sul punto, con particolare riguardo a Renner, v. anche A. Carrino, *Legge e libertà. Primato del parlamento e sindacato delle leggi nella Costituzione austriaca del 1920*, Milano-Udine, 2022, 54 ss.

potessero che essere affidate a un unico organo centrale⁴, maggiore attenzione merita l'attribuzione al *Verfassungsgerichtshof* istituito dalla costituzione del 1920 del compito di pronunciarsi sui regolamenti di esecuzione, nel caso in cui questi si ponessero direttamente in conflitto con un precetto costituzionale. Proprio l'esperienza del *Reichsgericht*⁵, le cui decisioni non erano state ritenute vincolanti dall'amministrazione, aveva dimostrato come il sindacato puramente incidentale su questi ultimi, in assenza di un potere di disporre l'annullamento, avrebbe esposto il neonato organo al rischio di andare incontro all'ineffettività delle sue decisioni. L'esigenza di ovviare a tale specifico problema può quindi essere considerata la ragione storica e istituzionale che ha favorito la nascita di un controllo accentrato e, anzi, proprio in tale elemento si ravvisa correttamente l'elemento qualificante del sistema austriaco, cui si sarebbe conformato solo in seconda battuta il controllo di costituzionalità delle leggi⁶.

Accanto a questo piano storico e alla solo parziale identificazione che è quindi possibile operare tra la riflessione kelseniana sulla *Verfassungsgerichtsbarkeit* e la disciplina che la costituzione del 1920 ha riservato alla Corte costituzionale, vi è poi – ed è il tratto che fa di Kelsen l'indubbio padre del sindacato accentrato – il piano teorico, connesso cioè alla decisiva riflessione che in quegli anni andava compiendo come capofila della Scuola di Vienna. Più in particolare, non vi sarebbe verosimilmente stata – al di là degli svolgimenti istituzionali dell'attività costituente nel biennio 1919-1920 – alcuna compiuta teorizzazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit* se Kelsen non avesse compiutamente messo al centro della sua riflessione il passaggio dalla concezione statica della norma giuridica, che aveva animato gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911, alla concezione dinamica, interessata cioè a garantire lo stesso statuto di oggettività formale anche al processo che individuava nella regola di produzione delle norme giuridiche il carattere

⁴ A. La Pergola, *Premessa* a H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, VII.

⁵ Ricostruita in G. Stourzh, "Schutz der Verfassung" in *der österreichischen Dezemberverfassung von 1867*, in *Schutz der Verfassung*, cit., 223 ss.

⁶ E. Wiederin, *Der österreichische Verfassungsgerichtshof*, cit., 298, 300, il quale osserva: "Hier liegt der Schlüssel, ohne den man das österreichische Modell nicht verstehen kann".

di unità dell'ordinamento⁷. Una volta disancorato dalla norma di diritto irrelata e staticamente intesa, quel postulato di oggettività si riferisce adesso ad ogni manifestazione di giuridicità, come tale idoneo a ricomprendere anche l'attività esecutiva dell'amministrazione e, per quanto più ci interessa, la statuizione della norma giuridica individuale da parte del giudice⁸. In questo modo, rinvenuta non più una differenza di natura ma solo di grado tra l'astratta regola legislativa e la concreta statuizione del giudice, si pongono le premesse affinché oggetto della cognizione di quest'ultimo possano essere non solo fattispecie concrete, ma anche l'accertamento in ordine alla verifica della regolarità di un atto generale rispetto alla regola di grado superiore che ne prescrive le condizioni di validità.

L'interrogativo, una volta raggiunte quindi le condizioni teoriche per pensare al sindacato giurisdizionale sulle leggi, è se queste portino a ritenere che tale compito debba essere necessariamente svolto da un giudice *ad hoc* e non anche dalla generalità dei giudici. Questo interrogativo non risulta mai veramente chiarito da Kelsen, che, seppure insisterà sempre a ritenere che il controllo accentrato sia il mezzo più effettivo per garantire il rispetto della costituzione da parte delle manifestazioni del potere legislativo, non lo riterrà mai davvero l'unico strumento logicamente coerente con i postulati della sua riflessione teorica e con la dottrina pura del diritto. Nella sua riflessione degli anni '20, infatti, la sua contrarietà all'attribuzione di compiti di controllo di costituzionalità alla generalità dei giudici muove da considerazioni prevalentemente *rechtspolitisch*, legate non da ultimo alla consapevolezza che la tradizione tedesca (e non solo austriaca) si rifaceva al bagaglio del *richterliches Prüfungsrecht* per avvalorare tentativi di ridimensionamento del sindacato di costituzionalità, nel tentativo di recingerlo nel perimetro del controllo sui vizi di formazione della legge⁹. A dispetto di ciò, Kelsen

⁷ M. Losano, *Saggio introduttivo*, in H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 2021, XLVI. Per i riflessi di questo passaggio sulla teoria dell'interpretazione, v. A. Carrino, *Legge e libertà*, cit., 93.

⁸ V. la premessa (*Vorrede*) che Kelsen colloca in apertura della seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1923, XII.

⁹ Significativo, per tutti, C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 4. Aufl., Berlin, 2003, 74, ove riprende l'idea triepeliana del controllo incidentale da parte del giudice come *Akzessorium der Justiz*. Sulle variabili di quel dibattito, v. H. Dreier, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik*, in *Schutz der*

non arriva mai a ritenere che il diniego di validità a una regola legislativa in un caso concreto sia strutturalmente e logicamente un'attività diversa dall'annullamento disposto con effetti generali da una corte accentrata, perché, se pure è vero che i “difetti e l'insufficienza di un annullamento così limitati alla fattispecie sono evidenti”, resta sempre il fatto che “togliere validità ad una norma e annullarla sono una sola identica cosa”¹⁰. A tal punto l'insistenza sull'omologia di struttura tra l'annullamento disposto *erga omnes* e l'accertamento svolto in concreto dal giudice nel caso concreto tocca alla radice lo sviluppo della dottrina kelseniana della regolarità, che, anche nella replica a Schmitt, lì dove cioè l'esigenza di giustificare l'attribuzione in questione a un organo *ad hoc* si fa più pressante, Kelsen insisterà sul fatto che la differenza tra i due controlli resta pur sempre apprezzabile unicamente sul piano quantitativo, per la latitudine dell'apprezzamento richiesto nei due casi, e mai, in fondo, sul piano qualitativo¹¹. Al netto della chiara preferenza per la soluzione accentrata, si può quindi ritenere che il tratto costitutivo della teoria kelseniana di quegli anni stia sì nell'approntamento di un rimedio che realizzi il completamento dello stato di diritto con l'arsenale della dottrina pura del diritto, ma senza che ciò porti a identificare necessariamente *sul piano logico e teorico* il controllo di costituzionalità col modello accentrato¹².

Ancora più esplicite, del resto, saranno le prese di posizione del Kelsen dei decenni successivi: tanto nella *Teoria generale del di-*

Verfassung, cit., 317 ss. e, da ultimo, F. Saitto, *The Camel's Dilemma. Critical Reflections on the Political Nature of Constitutional Courts*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2021, 364 ss.

¹⁰ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., 166.

¹¹ H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in *La giustizia costituzionale*, cit., 240. Dieter Grimm, ripercorrendo il dibattito di quegli anni, osserva giustamente come la differenza tra una giurisdizione accentrata *ad hoc* e una demandata al giudice del caso “sei sekundär und pragmatisch zu entscheiden”, senza che Kelsen, ovviamente, nasconda la sua preferenza per la prima soluzione a dispetto della seconda: *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, in Id., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a.M., 2021, 111.

¹² In tal senso, v. H. Dreier, *Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm*, in Id., *Kelsen im Kontext*, Tübingen, 2019, 55, dove viene conseguentemente criticata l'idea di René Marcic di una funzionalizzazione della dottrina pura del diritto al modello teorico della *Verfassungsgerichtsbarkeit* (ivi, nt. 140).

*ritto e dello Stato*¹³, infatti, che nella *Dottrina pura del diritto* del 1960¹⁴, la difesa del modello accentrato si farà via via più tenue, sino a predicare quasi una piena equivalenza funzionale tra i due modelli¹⁵. Senza dare troppo spazio a tali letture, espressive di una sensibilità ormai irrimediabilmente diversa da quella del decennio viennese, resta però vero che il terreno su cui Kelsen giustifica la sua preferenza per il modello accentrato, legando ad esso il suo stesso nome, è quello delle condizioni *istituzionali* affinché, nel contesto di un ordinamento democratico, si affermi un controllo di costituzionalità che sia idoneo a garantire giuridicamente la superiorità della costituzione.

Tra le ragioni che supportano da un punto di vista istituzionale e organizzativo l'accentramento del giudizio di costituzionalità ha un rilievo particolare, se non preminente, l'appello alla *certezza* che tale soluzione garantisce rispetto all'ipotesi della disapplicazione incidentale della disposizione incostituzionale da parte del giudice. Proprio muovendo dall'esperienza storica della giustizia amministrativa in Austria e dalla equivalenza funzionale tra annullamento degli atti amministrativi e delle leggi¹⁶, Kelsen prende atto che l'annullamento limitato alla fattispecie determina "mancanza di unità nelle soluzioni", così che "[l]'accentramento del potere di sindacare la regolarità delle norme generali è certamente, sotto ogni punto di vista, giustificato" e, se si intraprende questa soluzione, "è possibile abbandonare il sistema dell'annullamento limitato al caso concreto e adottare il sistema dell'annullamento totale, esteso cioè a tutti i casi in cui la norma avrebbe dovuto essere applicata"¹⁷. A tal punto, inoltre, è fondamentale la certezza del diritto, che proprio su di essa Kelsen fa leva per affrontare un profilo centrale e intimamente con-

¹³ *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 2000, 159.

¹⁴ *La dottrina pura del diritto*, Torino, 2021, 359.

¹⁵ A partire da qui, si è notato che "quando si era trattato di rendere operanti i principi di teoria generale sul piano del diritto positivo il Kelsen non aveva nascosto le sue preferenze per il giudice speciale: il segno, si potrebbe dire, che egli non era disposto a veder realizzato in pratica ciò che sul piano teorico gli appariva perfettamente naturale": C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente* (1979), rist. Napoli, 2012, 200, nt. 8.

¹⁶ Nel presupposto che "l'annullamento ha, in realtà, dei gradi sia per ciò che attiene alla portata sia per ciò che attiene agli effetti nel tempo": *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 165.

¹⁷ *Op. ult. cit.*, 166.

nesso con l'accentramento, vale a dire quello relativo agli effetti temporali delle sentenze, che operano solamente *pro futuro* e con la possibilità di dettare un termine per l'effetto abrogativo che così si viene determinando¹⁸.

Pur senza escludere che possano esservi delle situazioni in cui, eccezionalmente, l'annullamento abbia effetti retroattivi, l'appello alla certezza è essenziale per costruire le attribuzioni della nuova Corte costituzionale come l'istanza in grado di esercitare la funzione di legislatore negativo, di operare cioè come contraltare istituzionale del Parlamento, come "formazione di segno negativo", che richiede di far valere l'incostituzionalità di atti generali come leggi e regolamenti con pronunce anch'esse dotate di effetti altrettanto generali. Per usare i termini di Kelsen stesso: "annullare una legge significa porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa"¹⁹.

Si tratta, come è noto, di uno snodo centrale della riflessione sulla *Verfassungsgerichtsbarkeit*, anche perché mette in luce quanto qui Kelsen sia distante dalle simmetrie e dalle rigide consequenzialità della dottrina pura e della teoria della regolarità e si muova, invece, su un terreno sempre più contiguo alla sua teoria della democrazia. È il fronte sul quale, in altre parole, viene prospettata una rivisitazione della dottrina della separazione dei poteri²⁰, per cui la funzione legislativa è intesa come ripartita tra più organi, così da garantire "un controllo degli uni sugli altri" e, così, la loro regolarità di funzionamento²¹. La qualificazione della Corte come legislatore negativo e l'insistito richiamo al fatto che essa, in questo modo, partecipa della funzione legislativa, pone Kelsen nella non agevole al-

¹⁸ *Op. ult. cit.*, 167 ("L'ideale della certezza del diritto esige che l'annullamento di una norma generale irregolare abbia normalmente effetto solo *pro futuro*, cioè a partire dall'annullamento medesimo") e 191 ("Sarebbe opportuno, in ogni caso, sempre nell'interesse della certezza del diritto, non attribuire, in linea di principio, effetti retroattivi all'annullamento delle norme generali").

¹⁹ *Op. ult. cit.*, 173.

²⁰ Già avviata da Kelsen in *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato* (1923-1924), in *Id.*, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 79 ss., dove però poco sviluppati sono i richiami al rapporto tra corte costituzionale e parlamento (119 s.). Sul punto v. F. Saitto, *Camel's Dilemma*, cit., 362.

²¹ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 173.

ternativa di qualificare la sua attività come propriamente giurisdizionale o politica. Pur dovendosi rilevare la contraddittorietà dei passi kelseniani sul punto²², è però vero che si tratta di un'ambiguità necessaria, perché consente di tenere insieme, in un medesimo organo, un'attività che è *al tempo stesso di produzione e di applicazione del diritto*²³.

Tale delicato equilibrio è segnato tuttavia da condizioni di operatività molto precise, prima fra tutte l'idea che la giustizia costituzionale si trovi a giudicare di una costituzione priva di formule vaghe o indeterminate, perché, in caso contrario, “[l]a concezione della giustizia della maggioranza dei giudici di questo tribunale potrebbe contrastare del tutto con quella della maggioranza della popolazione e contrasterebbe evidentemente con quella del parlamento che ha voluto la legge”²⁴. Proprio per questo, e anzi perché il metro di giudizio non potrebbe che essere una costituzione formata pressoché unicamente da regole sulla formazione delle leggi, oggetto della *Verfassungsgerichtsbarkeit* saranno sì leggi e regolamenti, ma apprezzati oggettivamente nella loro consistenza oggettiva di *atti*, senza che quindi abbia rilievo il rapporto sottostante²⁵ e senza, pertanto, che alla produzione del diritto sia necessariamente associata “la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa”²⁶. Del resto, è impossibile non prendere atto di questo dato non appena si considera che le modalità di instaurazione del giudizio di costituzionalità di fronte al *Verfassungsgerichtshof* prevedevano solamente la possibilità del controllo diretto ad opera di introduttori pubblici e che lo stesso Kelsen era stato battuto sull'idea di attribuire tale funzione ad un organo *ad hoc*²⁷, mentre la possibilità di servirsi del ricorso diretto dei cittadini contro le leggi e del giudizio

²² V. per tutti B. Caravita, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte Costituzionale Austriaca*, Padova, 1985, 150.

²³ Così, testualmente, H. Kelsen, *Chi deve essere il custode il custode della Costituzione?*, cit., 250.

²⁴ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 190.

²⁵ Secondo le parole di Kelsen stesso, “[l]a «fattispecie» che nella decisione sulla costituzionalità di una legge è da *sussumere* sotto la norma costituzionale non è una *norma* – fattispecie e norma sono concetti diversi – ma la produzione di una *norma*”: *Chi deve essere il custode*, cit., 247 e ivi, poche righe più avanti, l'analogia tra il sindacato giurisdizionale sulle leggi e quello che un tribunale civile effettua sulla validità di un testamento o di un contratto “e lo disapplichì nel caso concreto”.

²⁶ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 174.

²⁷ T. Olechowski, *Hans Kelsen*, cit., 247.

incidentale promosso dai giudici sono frutti tardivi del sistema austriaco²⁸. Proprio perché i *rapporti* che si creano sulla base degli atti non entrano nel giudizio sulle leggi, soffermandosi quest'ultimo unicamente su un oggetto generale e astratto e sul riscontro tra il suo contenuto oggettivo e una norma costituzionale, non è pensabile che l'attività giurisdizionale di controllo non sia dotata di un'efficacia uguale e contraria, così che "il risultato dell'attività di un soggetto che giudica dell'oggetto «legge» non può che avere «forza di legge» ed efficacia *erga omnes*"²⁹.

Proprio la risoluzione della giustizia costituzionale in questa attività di riscontro oggettivo tra atti è la condizione che rende pensabile che la corte costituzionale sia legislatore negativo senza per questo cessare di essere un'autorità giurisdizionale. A queste condizioni, infatti, l'apprezzamento si riveste dei caratteri dell'interpretazione giuridica, riducendo tuttavia i contorni della sua insopprimibile indeterminatezza e della componente volontaristica che ogni attività interpretativa porta con sé, per farsi così strumento capace di realizzare l'ideale democratico: essa, infatti, diventa un corrispettivo della procedura parlamentare per il fatto di favorire il compromesso tra maggioranza e minoranze presenti in Parlamento³⁰. Se quindi è forse eccessivo ritenere che la Corte kelseniana sia una "sorta di appendice" della sua dottrina del parlamentarismo³¹, resta però indubitabile che le sue condizioni di operatività e, in particolare, le ragioni a sostegno della sua natura accentrata, non possono che coincidere con i limiti del suo operato, per come essi si desumono dall'esigenza di garantire la diversità tra il suo ruolo e quello del legislatore. Pur nel variare delle soluzioni tecniche che si possono individuare quali corollari della teoria del legislatore negativo, infatti, ciò che contrassegna l'accentramento della giustizia costituzionale in Kelsen è proprio, in ultima battuta, la circostanza che quella ripartizione della funzione legislativa si regga sull'apporto co-

²⁸ Il quale prevedeva, in origine, una via incidentale solo per il controllo di costituzionalità dei regolamenti (e non delle leggi): v. sul punto Kelsen, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., 29.

²⁹ B. Caravita, *Corte «giudice a quo»*, cit., 153.

³⁰ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 202.

³¹ Così C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), rist. Napoli, 2012, 14.

stante di entrambe le istituzioni che ne partecipano, ma necessariamente diversificato per natura e per intensità³². L'elaborazione, da parte della Corte costituzionale, di una precettività costituzionale che riempie autonomamente di contenuti le clausole aperte della costituzione, infatti, non solo interromperebbe la continuità tra applicazione e produzione del diritto, ma determinerebbe nei fatti uno "spostamento di potere", poiché "[l]a concezione della giustizia della maggioranza dei giudici di questo tribunale potrebbe contrastare con quella della maggioranza della popolazione e contrasterebbe evidentemente con quella del parlamento che ha voluto la legge"³³.

2. *L'influenza del paradigma kelseniano nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in Italia*

A partire da quanto si è detto in chiusura del paragrafo precedente, risulta chiara la principale difficoltà di predicare l'attribuzione alla Corte costituzionale uscita dalla Costituzione del 1948 dei caratteri di una corte kelseniana.

Malgrado, come si sa, non siano mancati tentativi più o meno coerenti per dotare la Corte, nel corso dei lavori costituenti, dei caratteri di un organo di controllo investito di una funzione di legislatore negativo³⁴, a partire dalla limitatezza delle vie d'accesso e dall'esiguità degli strumenti decisionali, l'immissione nel testo costituzionale di un *corpus* articolato di principi e valori ha fatto sì, come ha rilevato Elia, che "far operare un giudice kelseniano in una costituzione non kelseniana può dar luogo a risultati che Kelsen non voleva, perché tutta una serie di clausole generali e di indirizzi programmatici della Costituzione possono allargare il potere della Corte e renderla [...] mediatrice di interessi e conflitti sociali"³⁵.

³² Sulla impossibilità di configurare alcuna gerarchia tra Corte costituzionale e Parlamento v. già H. Kelsen, *Dottrina generale dello stato*, Milano, 2013, 684.

³³ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 190.

³⁴ Significativa, prima di altre, è ovviamente la proposta di Calamandrei in Assemblea costituente, su cui v. T. Groppi, *Aprire cammini. Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie d'accesso alla Corte costituzionale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, www.giurcost.org, 4 aprile 2020 e G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, 156 ss.

³⁵ L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 524.

Retrospectivamente, l'interrogativo che merita di essere approfondito, infatti, non è tanto se la Corte costituzionale italiana sia o meno (stata) una corte kelseniana, ed entro quale rapporto tra giurisdizione e politica essa abbia esercitato i suoi compiti, quanto piuttosto se l'accentramento che ne ha retto le sorti si fondi sui medesimi presupposti che, come abbiamo visto, erano a fondamento della proposta kelseniana.

Da un primo punto di vista, la domanda è se una corte estranea organizzativamente alla giurisdizione, come quella italiana, potesse reggere per intero le sorti di quell'accentramento forte, inteso da Kelsen in primo luogo come strumento rivolto a garantire la certezza del diritto intesa come monopolio della corte costituzionale sul controllo di costituzionalità delle leggi. La corte kelseniana, al di là dei dubbi sulla sua natura giurisdizionale, era e restava infatti stabilmente inserita all'interno della giurisdizione, come è dimostrato dal fatto che essa operava in stretta sintonia, e come in parallelo, con la giustizia amministrativa. Proprio questa collocazione, in definitiva, fondava la titolarità del suo potere a pronunciarsi esclusivamente sulla conformità a costituzione delle leggi e dei regolamenti, e ad essa si dovevano anche alcuni caratteri delle sue pronunce, primi fra tutti, come si è visto, l'efficacia tendenzialmente non retroattiva delle sue pronunce, la possibilità di differirne gli effetti, come anche la facoltà – successivamente codificata nella costituzione austriaca (art. 140, comma 4, B-VG) – di disporre la reviviscenza delle norme abrogate da una disposizione dichiarata incostituzionale.

Rispetto a questo scenario, appare evidente come quello che ha contrassegnato l'agire della Corte costituzionale italiana sia stato invece un accentramento, per così dire, "semipieno", perché sin dall'inizio il monopolio del giudice delle leggi si è manifestato al massimo grado unicamente sul fronte del potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi e non ha quindi escluso che la più generale determinazione dei contenuti della legge alla luce della Costituzione spettasse anche (se non, soprattutto) al giudice comune. Tutto l'itinerario lungo il quale si dipana la prima fase della giurisprudenza costituzionale, e che muove dalla iniziale separazione tra le due sfere della legalità legale e della legalità costituzionale, fino alla progressiva ricomposizione grazie al diffondersi dell'interpretazione conforme, dà quindi senz'altro corpo a un sistema accentrato, ma che pare avere caratteri assai diversi da quelli predi-

cati da Kelsen, a partire proprio dal mancato perseguimento di quell'esigenza preminente di certezza che aveva spinto il padre della *Verfassungsgerichtsbarkeit* a rinvenire almeno in essa, come assicurata dal monopolio della "sua" corte, il presupposto giustificativo del mancato coinvolgimento dei giudici comuni nell'opera di interpretazione costituzionale.

La parabola che disegna l'accentramento nella prima fase della giurisprudenza costituzionale italiana, pertanto, mostra l'apparente paradosso di una Corte costituzionale che opera conformemente al suo ruolo nella fase iniziale, quando è chiamata ad esercitare la *potestas* dell'annullamento rispetto alla legislazione prerepubblicana, ma che vede progressivamente diluire la sua centralità, esponendola alla compartecipazione con gli altri giudici³⁶, nel momento in cui i suoi compiti si vanno normalizzando ed essa non è chiamata più a svolgere la "grande supplenza", ma a operare sempre più a ridosso delle decisioni prese dal legislatore. Il risultato conclusivo di questa fase sarà, pertanto, un arrestarsi della fase di espansione della Corte nel sistema, coincidente con un periodo di marcata autolimitazione e di contrazione degli spazi riservati alla Corte, soprattutto per effetto del "parallelo ampliamento di quelli spettanti ai giudici comuni e al legislatore"³⁷.

Vi è poi un secondo aspetto che, forse meno esplorato nella riflessione di quel periodo, spinge a ritenere che l'accentramento del giudizio di costituzionalità si sia affermato in Italia lungo direttrici molto diverse da quelle poste a fondamento della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana.

Quest'ultima, come si è visto, si regge sul fragile ma decisivo equilibrio rappresentato dall'essere le pronunce della corte costitu-

³⁶ G. Zagrebelsky ha notato come, verso la fine degli anni '70, fosse "al tramonto il ruolo che la corte in un certo periodo della nostra storia recente ha svolto, di unificazione degli indirizzi giurisprudenziali in vista di un loro allineamento su posizioni più avanzate di quelle emergenti dalla giurisprudenza dei giudici superiori" e che, anzi, dopo la chiusura del conflitto con la Cassazione sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità nei processi in corso (avutasi con la sentenza n. 49 del 1970), si fosse ormai in presenza di "una spartizione di zone di influenze dalla quale l'attività dei giudici è rimessa alla influenza della corte di cassazione, senza la concorrenza che con essa in passato aveva svolto la corte costituzionale": *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 357 s.

³⁷ Così, nella sostanza anticipando la svolta che arriverà alla fine degli anni '80 con lo smaltimento dell'arretrato, M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 158.

zionale, al tempo stesso, un atto di creazione e applicazione del diritto. La specularità funzionale assicurata dalla teoria del legislatore negativo, infatti, se pure incorpora un elemento volontaristico che del resto è per Kelsen proprio di ogni atto interpretativo, resta tuttavia costitutivamente qualificata dal fatto che essa si traduce in un'attività di riscontro tra atti normativi, apprezzati nella loro oggettività. Anche per effetto di un procedimento di instaurazione del giudizio di costituzionalità sulle leggi affidato pressoché esclusivamente al ricorso diretto promosso da introduttori pubblici, alla questione della invalidità della legge resta del tutto estraneo qualsiasi profilo concernente la sua applicabilità in concreto, atteso che l'interesse che sorregge tutto il procedimento è un interesse puramente oggettivo alla rimozione della legge illegittima in quanto contrastante con un precetto costituzionale sulla produzione normativa. Un punto fermo della posizione kelseniana è quindi che la dialettica tra creazione (del diritto) e applicazione (della costituzione) non arriva mai a risolvere l'oggetto del giudizio di costituzionalità in qualcosa di diverso dall'enunciato normativo: crisafullianamente, si potrebbe dire, nella disposizione.

Rispetto a questo scenario, i caratteri del controllo di costituzionalità in Italia scontano quindi una differenza marcatissima, derivante dalla circostanza che, anche per effetto del rifiuto operato dall'Assemblea costituente di un meccanismo di ricorso diretto, l'affermarsi del solo giudizio incidentale ha contrassegnato in termini assai diversi, se non opposti, il sostrato teorico della legislazione negativa assicurata dalla Corte costituzionale. Rispetto ai caratteri del controllo di validità postulato da Kelsen, quello che si è realizzato in Italia per effetto del monopolio del giudizio incidentale ha sembianze diverse e più complesse, se non altro perché il dubbio di costituzionalità veicolato dal giudice può giungere a investire la validità del diritto legislativo solo dopo aver verificato l'applicabilità in concreto di quella regola legislativa in una data controversia. Il carattere della rilevanza della questione di legittimità, che è problema sostanzialmente assente in Kelsen con riguardo al sindacato sulle leggi, è invece un dato essenziale e qualificante del sistema italiano, perché incide sui caratteri strutturali dell'attività interpretativa demandata alla Corte e la dirotta sin da subito ben lontano da un puro riscontro oggettivo tra enunciati, dovendo essa anteporre al giudizio di validità una verifica intorno al-

l'applicabilità della disposizione rispetto a un caso concreto e modulare gli effetti delle sue pronunce alla luce delle concrete ricadute applicative nel giudizio *a quo* e in tutti gli altri giudizi.

Si tratta, come si può vedere, di svolgimenti centrali per comprendere i caratteri dell'accentramento del giudizio di costituzionalità in Italia in questa prima lunga fase della storia repubblicana, e che confermano quell'idea, che prima si è anticipata, di un modello accentrato definito "semipieno" perché reca al proprio interno i caratteri della sua relativizzazione. Un modello, in altre parole, che non pare capace di affermarsi da solo, in modo autopropulsivo, ma che postula per sua natura un supporto validante da parte di altri soggetti dell'ordinamento, e *in primis* (per l'ottica che si è scelta in questa sede) dei giudici comuni.

3. *I caratteri del riaccentramento nella giurisprudenza costituzionale più recente*

Se c'è un tratto che, secondo la gran parte della dottrina, identifica la fase più recente della giurisprudenza costituzionale, questo è dato proprio dal riaccentramento. Molteplici e convergenti sono stati, in effetti, i segni di un simile mutamento di direzione della giurisprudenza e molti hanno a ragione sottolineato che l'evidenza con cui ciò è avvenuto è data tanto dalla pluralità di fronti in cui la Corte costituzionale ha dato prova di volersi ricollocare al centro del sistema, quanto dal carattere repentino di tale inversione di rotta, che non ha richiesto una lunga maturazione, essendosi nel complesso realizzata nel giro di pochi anni (dal 2014-2015 ad oggi)³⁸.

E in effetti, se solo si considera l'enfasi con cui si è messa in evidenza, dopo la metà degli anni '90, la torsione del modello ita-

³⁸ V., per tutti, i contributi pubblicati in B. Caravita (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021, in G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa del 25 ottobre 2019, Napoli, 2020 e in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020; nonché D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; R. Romboli, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2018, c. 2227 ss.; G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, 307 ss.

liano verso un carattere sempre più “diffuso” del giudizio sulle leggi, pochi dubbi possono aversi sul fatto che quella maturata negli ultimi anni sia una tendenza volta a ridurre in modo sempre più significativo gli spazi di codeterminazione dei significati del diritto legislativo *sub specie Constitutionis* da parte dei giudici comuni.

Da questo punto di vista, non pare in discussione che la fase più recente abbia strettamente indirizzato l'accentramento del giudizio di costituzionalità al perseguimento di un obiettivo di *certezza giuridica*.

Così come si è visto per Kelsen, l'incertezza che il sindacato accentrato mira ad arginare è quella che proviene da una prassi interpretativa dei giudici comuni che, seppure è in larga misura inevitabile quando ha ad oggetto i significati del diritto legislativo, non può andare oltre un certo segno quando invece si appunta sui significati della Costituzione.

In questo senso mi sembra si possano leggere più di uno dei fronti aperti della giurisprudenza costituzionale più recente, a partire da quello relativo al rapporto tra interpretazione conforme e giudizio incidentale di legittimità. Dopo un lungo periodo, avviato simbolicamente dalla sentenza n. 356 del 1996, in cui i due strumenti vengono visti come (sostanzialmente) alternativi e il sindacato di costituzionalità è ricostruito come l'*extrema ratio* a disposizione del giudice nel caso in cui non vi fossero spazi a disposizione per interpretare le regole legislative in modo conforme a Costituzione, a partire dalla sentenza n. 221 del 2015³⁹ la Corte costituzionale ha significativamente mutato i termini di questo rapporto, nel senso che la valutazione sui margini per un'interpretazione conforme non incide sull'ammissibilità delle questioni sollevate dai giudici, ma atiene al merito, così che non spetta più (prevalentemente) ai primi provvedere in autonomia a tali operazioni ermeneutiche e dover così dimostrare la necessità di un intervento del giudice delle leggi, ben potendo la Corte stessa coadiuvare il giudice nell'elaborazione di questi significati, anche quando questi non richiedano necessariamente il suo intervento per il tramite della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Ora, se è evidente e non merita di essere ulteriormente segnalato come un simile riaccentramento sia rivolto a contrastare prassi

³⁹ Seguita dalle sentenze nn. 95 e 240 del 2016 e n. 42 del 2017: da quel momento in poi, si tratta di una giurisprudenza costante.

giurisprudenziali poco vigilate, in grado di dare luogo alla imprevedibilità degli esiti interpretativi *sub specie Constitutionis* e, così, a minarne la fondamentale esigenza di certezza, va detto che questa medesima esigenza di certezza non si realizza tuttavia in forma piena, quale quella predicata da chi ha ritenuto che la funzione emimente del giudizio di costituzionalità fosse quello di eliminare alla radice i significati legislativi potenzialmente contrastanti con la Costituzione, ad esempio mediante un più incisivo ricorso alle sentenze interpretative di accoglimento⁴⁰. Al contrario, la prassi recente si svolge nel segno di una collaborazione tra giudici e Corte, nel senso che la maggiore clemenza della seconda nei confronti delle incertezze dei primi si manifesta nella maggiore propensione a fare uso delle sentenze interpretative di rigetto, così da “centralizzare” gli esiti interpretativi anche al di là dell’esercizio dei poteri potestativi della dichiarazione di incostituzionalità. In altre parole, si tratta, per l’interpretazione conforme, di uno “spazio collaborativo”, in cui il riaccentramento non è speculare alla menomazione di poteri decisionali dei giudici comuni, perché serve a incanalare le pronunce di questi ultimi verso esiti quanto più possibile condivisi.

Vi è poi una seconda direttrice di accentramento della recente giurisprudenza riaccentratrice, contrassegnata dal tendenziale offuscarsi della dimensione applicativa del dubbio di costituzionalità e dal riespandersi dei connotati di *oggettività* del giudizio che si incardina dinnanzi alla Corte.

Il punto di partenza è costituito da quelle situazioni in cui, per varie ragioni, le sorti del giudizio di legittimità hanno tradizionalmente finito per dipendere da alcune caratteristiche strutturali delle questioni da decidere, e che finora avevano spinto la Corte a negarne l’ingresso in ragione del mancato collegamento con una vicenda di origine espressiva di un effettivo problema applicativo (come nel caso delle azioni di accertamento che davano luogo a una *fictio litis*).

Senza poter entrare nel merito delle modifiche intervenute a seguito del mutamento di giurisprudenza avutosi con la notissima sentenza n. 1 del 2014, basta in questo caso rilevare come tale orientamento non solo abbia successivamente trovato un’ulteriore conferma nella sentenza n. 35 del 2017, ma abbia visto espandersi la sua

⁴⁰ Per tutti v. A. Pace, *Superiorità della Costituzione e sindacato sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 2014, 4809.

operatività a situazioni non del tutto in linea con la svolta del 2014. È il caso della sentenza n. 48 del 2021, in cui la Corte ha ammesso la questione promanante da un'azione di accertamento con cui si lamentava la violazione del diritto di elettorato *passivo* in ragione dei requisiti di presentazione delle candidature alle elezioni politiche nazionali, e, soprattutto, della recente sentenza n. 240 del 2021, in cui la Corte ha, per la prima volta, portato al di fuori del recinto del contenzioso elettorale politico lo strumento in questione, giungendo a dichiarare ammissibile una questione proveniente, anche qui, da un'azione di accertamento in materia elettorale, con cui si lamentava l'impossibilità, per i cittadini residenti in un comune diverso da quello del capoluogo, di eleggere il sindaco della città metropolitana. Il punto da rimarcare, ai fini del discorso che si sta facendo, è che la principale ragione giustificativa di questo orientamento, vale a dire la necessità di contrastare l'esistenza di zone franche sottratte al giudizio di costituzionalità, si traduce per forza di cose nell'innalzamento del tasso di oggettività del giudizio, inteso come la risoluzione di un contrasto tra atti normativi tendenzialmente sganciato dalla sua dimensione concretamente applicativa, che rileva sempre più come semplice *occasio* (e non più come *exemplum*) per portare all'attenzione della Corte un problema di contrasto sistemico non altrimenti risolvibile che per il tramite di un intervento caducatorio assistito dall'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte.

Sulla stessa scia, ma in una direzione per certi versi speculare, si pongono poi le sentenze con cui la Corte è tornata, nell'ultimo periodo, a delimitare gli effetti temporali delle proprie pronunce di accoglimento, sino al punto da (tornare a) predicarne un'efficacia meramente *ex nunc*. In questo caso, la parziale disconnessione con la vicenda di origine non si svolge, per così dire, "in ingresso", bensì "in uscita" perché, giungendo a negare la possibilità che gli effetti retroattivi scaturenti dalla sentenza di accoglimento incidano sul giudizio *a quo*, la Corte arriva anche qui a predicare che il vizio accertato debba essere apprezzato nella sua oggettività e, soprattutto, al di fuori di quell'equilibrio tra concretezza (della provenienza) e astrattezza (degli esiti) che ha sorretto le sorti del giudizio incidentale⁴¹. La linea che collega la dibattuta sentenza n. 10 del

⁴¹ G. Silvestri, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994, 148.

2015 alla recente sentenza n. 41 del 2021⁴², in cui il differimento degli effetti assume valenze ulteriori, perché scaturisce da un'addizione normativa⁴³, mostra infatti come la finalità posta a fondamento della protrazione *ex nunc* delle conseguenze temporali dell'incostituzionalità, vale a dire la necessità di non compromettere tramite una piena retroattività principi e valori costituzionali di pari rilievo di quelli incisi dalla normativa *sub iudice*, spinga la Corte sul terreno di un'elaborazione dei significati costituzionali svincolata dai contorni del caso, perché affidata a bilanciamenti assai più liberi e dall'esito difficilmente predicibile⁴⁴.

Non mancano infine gli episodi, ed è la terza direttrice che si prende in esame, in cui la spinta alla ricentralizzazione delle questioni di legittimità costituzionale è stata perseguita in vista della necessità di supplire alle *inerzie del legislatore*. Si tratta di una direzione di sviluppo della giurisprudenza costituzionale in cui l'obiettivo perseguito è il consolidamento di una rinnovata capacità decidente della Corte costituzionale, che progressivamente erode alcuni dei confini che in passato essa stessa aveva eretto al fine di salvaguardare la riserva di uno spazio di valutazione discrezionale al legislatore.

Non si possono non prendere le mosse da quel modulo processuale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018, relativa al noto caso Cappato, in cui la Corte ha sperimentato una tecnica decisio-

⁴² Cui possono aggiungersi, nel periodo considerato, le sentenze n. 246 del 2019 e n. 152 del 2020, relative però a casi di "ordinaria" delimitazione degli effetti temporali.

⁴³ Il dispositivo della sentenza in parola dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute nel decreto legge n. 69 del 2013 che prevedono la partecipazione dei giudici ausiliari nei collegi di corte d'appello "nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116", cioè vale a dire (anche se tanto non si ricava dal dispositivo) entro il 31 ottobre 2025. Per una lettura critica di questa pronuncia v. V. Onida, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021, 130 ss. e S. Bartole, *A proposito di una troppo lunga e confusa sentenza*, in *Giur. cost.*, 2021, 534.

⁴⁴ Per un'analisi di insieme della giurisprudenza più recente sull'argomento, e per una rassegna di argomenti critici rispetto a tali sviluppi, v. R. Pinardi, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2022, 43 ss.

nale del tutto inedita, che consiste nella prefigurazione di una sequenza procedimentale di una doppia pronuncia: un'ordinanza che prospetta una situazione di accertato contrasto con la Costituzione e, contestualmente, assegna al Parlamento un termine per porre rimedio, cui fa seguito una sentenza che, in caso di perdurante inerzia del legislatore, fa conseguire da quel previo accertamento tutti gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale. Il punto che merita attenzione in questa nuova tecnica decisionale, che ha trovato sin da subito rilevanti conferme nella giurisprudenza successiva⁴⁵, non è tanto se essa esorbiti o meno dalle attribuzioni tradizionalmente acquisite dalla Corte, quanto piuttosto quale riconfigurazione essa introduca nel sistema rispetto ai rapporti Corte-legislatore. Seppure, infatti, il modello della "doppia pronuncia" non fosse di per sé inedito nella giurisprudenza costituzionale⁴⁶, esso restava vincolato al fatto che, dopo un primo accertamento di incostituzionalità (anche se non seguito dalla correlativa dichiarazione, in presenza di una pluralità di soluzioni espressive di una discrezionalità legislativa), la Corte era pur sempre tenuta ad attendere la proposizione di una diversa questione, a distanza di tempo, al fine di prendere atto della impossibilità di differire ulteriormente la rimozione del *vulnus* costituzionale. La novità della vicenda Cappato e delle successive, invece, sta proprio nel fatto che la Corte seleziona *autonomamente* le questioni rispetto alle quali attivare un modello procedimentale che obbliga il legislatore a intervenire entro breve termine, con un esito che è quello di selezione delle *issues* meritevoli di essere subito prese in carico dal dibattito legislativo-parlamentare⁴⁷. Prima di ogni altra considerazione, sembra questo elemento quello in grado di alterare in modo più evidente il ruolo della Corte di legislatore negativo, perché la discrezionalità che essa

⁴⁵ Ordinanze n. 132 del 2020 (in tema di trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa) e n. 97 del 2021 (in tema di ergastolo ostativo), seguita dall'anomala ordinanza presidenziale n. 122 del 2022, di ulteriore rinvio della trattazione.

⁴⁶ M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 653.

⁴⁷ In questa chiave, non può che suscitare grande attenzione la recente ordinanza n. 22 del 2022 resa in tema di residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS).

si autoassegna nella selezione delle questioni su cui attivare una simile procedura d'urgenza non sembra avere contorni precisi, al di là del fatto che essa investe filoni ritenuti di particolare rilevanza giuridico-costituzionale per l'opinione pubblica *at large*.

Non distante dal filone delle ordinanze a incostituzionalità prospettata è poi il vasto fronte, di cui molto si è occupata la dottrina più recente, relativo all'espandersi del ricorso alle sentenze manipolative e, in particolare, additive. Anche in questo caso, il punto di partenza è costituito dalla messa in discussione della dottrina delle rime obbligate che, come correttamente si è ritenuto⁴⁸, è stata elaborata non soltanto in funzione di legittimazione di una prassi giurisprudenziale controversa nella prima fase della giurisprudenza costituzionale, ma anche di contenimento dei possibili sconfinamenti che essa portava inevitabilmente con sé. A fronte di ciò, stupisce quindi la nettezza con cui la Corte, a partire quanto meno dal 2018, ha progressivamente abbandonato i corollari procedurali delle rime obbligate, primo fra tutti il requisito secondo il quale spettava al giudice dare dettagliatamente conto del "verso" della addizione richiesta e del carattere particolarmente stringente che questa valutazione avrebbe richiesto al fine di consentire l'innesto di contenuti additivi.

Nell'approdo alla diversa teorica delle "rime adeguate", se non addirittura dei "versi sciolti", la Corte non solo ha alleggerito l'onere motivazionale del giudice, ma ha soprattutto allargato le condizioni di operatività delle pronunce additive individuando quale criterio sufficiente quello della presenza di "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento" cui commisurare, secondo un giudizio di congruità e adeguatezza e senza quel carattere di consequenzialità obbligatoria, gli interventi di caducazione additiva⁴⁹.

⁴⁸ M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 650. In argomento v. anche D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 2/2021, 5 ss., nonché G. Repetto, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale. Profili processuali*, in *Dir. soc.*, 2019, 607 ss., dove si rimarca in particolare come il tendenziale superamento della dottrina delle rime obbligate sia da attribuirsi al peso delle valutazioni individualizzanti che la Corte è sempre più propensa a operare.

⁴⁹ Il versante della dosimetria sanzionatoria ne è stato investito più di altri: tra le molte v., da ultimo, la sentenza n. 95 del 2022, ove anche dettagliati riferimenti alla giurisprudenza più recente in argomento.

4. *Una Corte (ri)accentrata è una corte (finalmente) kelseniana?*

Quanto si è andati dicendo nelle pagine precedenti mostra la verità di quanto è stato ritenuto di recente, secondo cui il riconoscimento per cui “non possiamo non dirci kelseniani” non implica necessariamente che vi sia una diretta derivazione del sistema italiano dal modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, “né tantomeno implica assoluta fedeltà all’idea di giustizia costituzionale da lui sostenuta”⁵⁰.

La diversità di presupposti teorici e istituzionali di cui si è detto non può seriamente far dimenticare che, in Italia e altrove, senza la riflessione kelseniana non sarebbe stata verosimilmente pensabile alcuna giustizia costituzionale così come oggi la conosciamo: la diversità tra le *lingue* in cui i vari sistemi si sono articolati, in altre parole, non fa venire meno la comunanza della *grammatica* che ne è alla base, che può dirsi senz’altro, almeno in larga prevalenza, di matrice kelseniana.

Sul punto, l’elemento di autentica frizione con i presupposti della *Verfassungsgerichtsbarkeit* non va tanto individuato nell’atteggiarsi delle variabili organizzative e decisionali della Corte, quanto nel grado di integrazione che, di volta in volta, si riesce a realizzare, all’ombra del principio democratico, tra giustizia costituzionale e centralità della sede di decisione parlamentare.

In questa chiave, la vicenda storica della Corte costituzionale italiana mostra un andamento caratterizzato da una costante parzialità rispetto a quel modello. In presenza di una Costituzione indubitabilmente non kelseniana, infatti, è inevitabile prendere atto che quell’equilibrio che sorregge il modello teorico del legislatore negativo (la coincidenza tra creazione e applicazione del diritto) non sia mai realmente attingibile, e che pertanto ogni fase di sviluppo della giurisprudenza costituzionale mostri una Corte costituzionale costantemente impegnata a tenere in equilibrio aspetti del suo agire reciprocamente incompatibili, come quando si cerca di far quadrare i termini di un’equazione con troppe incognite.

Così, riandando alla sua evoluzione storica, la Corte realizza le condizioni ideali per un accentramento “forte” solo nei primi anni del suo operato, quando però le condizioni della sua *potestas* hanno

⁵⁰ M. Cartabia, E. Lamarque, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in questa *Rivista*, 2019, 731.

come referente di svolgimento un dato pur sempre esterno al sistema politico-istituzionale del momento come la legislazione pre-repubblicana. Dopo questa fase di grande supplenza, il giudizio di costituzionalità sperimenta una modalità progressivamente assai più debole dell'accentramento, perché questo le consente, da un lato, di favorire il radicamento dell'interpretazione costituzionale presso i giudici e, dall'altro, di svolgere un'azione di sostegno validante di un percorso di attuazione costituzionale saldamente legato all'operato del legislatore. Quando anche questa situazione sarà mutata, ecco che le spinte al riaccentramento matureranno all'insegna tanto di una piena ricomposizione tra i percorsi interpretativi del diritto legale e della Costituzione, quanto – ed è il punto di maggiore interesse – di un'elaborazione di contenuti costituzionali, soprattutto sul terreno dei diritti fondamentali, via via più distante e autonoma da quelli promananti dal legislatore.

In questa fase, se i caratteri del riaccentramento rispetto al versante *giudiziario* sono infatti quelli ancora coerenti col modo d'essere del giudizio incidentale, tanto più perché molto spesso conseguenti ad autolimitazioni imposte dalla stessa Corte, gli interrogativi maggiori riguardano quelli che hanno attribuito alla Corte spazi di decisione sicuramente inediti rispetto al *legislatore*, proprio perché è su questo terreno che si può scorgere la difficoltà, vivamente avvertita da Kelsen, di un'elaborazione di contenuti costituzionali svolta sempre più in solitudine dalla Corte, reperita su un terreno che la immette più direttamente a contatto con le forze sociali⁵¹ e che la porta sempre più spesso a sfondare molti degli schermi che essa aveva eretto in passato per innestare nel suo giudizio l'autonomia considerazione per la discrezionalità legislativa. La vicenda del sostanziale abbandono della dottrina delle rime obbligate o, per altro verso, il sempre più frequente ricorso alle ordinanze di incostituzionalità prospettata con assegnazione di un termine per provvedere sono i due esempi forse più evidenti di quanto si va dicendo.

Rispetto a questo stato delle cose, può ritenersi giustificata l'opinione di chi ritiene che la Corte debba finalmente porsi "come arbitro delle questioni che la fine della sovranità parlamentare ha

⁵¹ V. in tal senso N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in B. Caravita (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, cit., 165.

fatto sorgere” e che quindi il suo intervento debba essere configurato “non tanto come un controllo nemico, in cagnesco, contro una legge svilita, del tutto estraneo al suo processo di produzione, ma come un controllo cooperativo”⁵². Il punto sta nel capire entro quali limiti e fino a che punto ciò possa e debba avvenire, perché se il *caveat* kelseniano sullo spostamento di potere a favore delle corti costituzionali che si spingano oltre il controllo di regolarità formale delle leggi sembra oggi indubitabilmente datato, assai di meno lo è quello secondo cui “una sottrazione alla politica della legislazione significherebbe l'autodistruzione di quest'ultima”⁵³.

Abstract

L'analisi della riflessione kelseniana sull'accentramento del giudizio costituzionale mostra come i caratteri del suo modello non siano del tutto univoci e si fondino piuttosto sulla confluenza di spinte eterogenee, rappresentate dall'eredità storica del modello austriaco e da esigenze di natura istituzionale, più che da impellenti ragioni di ordine teorico. La sintesi kelseniana sul giudizio accentrato, finalizzata a conseguire esigenze di certezza del diritto e di obiettività del giudizio nel quadro di una costituzione priva di significativi contenuti di valore, risulta tendenzialmente inadeguata a offrire una chiave di lettura del sistema italiano di giustizia costituzionale, anche in relazione alle più recenti tendenze al riaccentramento delle funzioni esercitate dalla Corte costituzionale.

The analysis on the seminal contribution of Hans Kelsen to the development of the *Verfassungsgerichtsbarkeit* shows that the foundation of the centralized model of constitutional review of legislation relies on historical and institutional features of the Austrian model rather than on strictly theoretical reasons. The Kelsen's legacy on centralized review, in that it aims at securing legal certainty and at shielding the constitutional court from value judgments, is critically examined once it is used as a theoretical framework for understanding the Italian system of constitutional review, even in light of the most recent judicial trends showing an expansive role for the *Corte costituzionale*.

⁵² M. Dogliani, *La sovranità (perduta) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, Torino, 2017, 83 e 85.

⁵³ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, 1995, 124.

OSSERVATORIO

FELICE GIUFFRÈ

I SERVIZI DI INFORMAZIONE E SICUREZZA
DELLA REPUBBLICA NELLA DIALETTICA
TRA GOVERNO E PARLAMENTO

SOMMARIO: 1. Le fonti normative sui Servizi di informazione per la sicurezza. – 2. I Servizi di informazione e sicurezza e l'ordinamento costituzionale repubblicano. – 3. Il Sistema di informazione e sicurezza dopo la legge n. 124/2007. – 4. Il ruolo centrale del Presidente del Consiglio dei Ministri. – 5. Il Copasir come perno del bilanciamento tra le necessarie esigenze di efficacia, efficienza e riservatezza del Sistema di informazione e sicurezza e inderogabilità del controllo parlamentare.

1. *Le fonti normative sui Servizi di informazione per la sicurezza*

I Servizi di informazione e sicurezza (i c.d. *servizi segreti*) operano nel nostro Paese già a partire dalla seconda metà dell'Ottocento (in particolare, nel Regno di Sardegna e, poi, nel Regno d'Italia)¹ come strutture prevalentemente di controspionaggio inquadrato negli apparati militari.

Nella prima metà del secolo scorso, con il d.l. 15 ottobre 1935, n. 1909, le preesistenti e molteplici strutture informative furono riformate e ricondotte al Servizio di informazione militare, coordinato dal Capo di Stato maggiore generale, il quale, con d.l. 6 giugno 1927, n. 68, fu posto sotto questo specifico ambito di competenza alle dirette dipendenze del Capo del Governo².

Con l'eccezione di tali limitate disposizioni, sia durante il fascismo, che nella prima fase della storia della Repubblica, l'intera organizzazione interna dei Servizi segreti era affidata alla normativa

¹ Cfr., G. Del Lutiis, *Storia dei Servizi segreti in Italia*, Roma, 1985; A. Viviani, *Servizi segreti italiani 1915/1985*, Roma, 1985; nonché, più di recente, T. Saintclair, *Servizi di informazione e sicurezza. L'evoluzione dell'intelligence italiana dall'Unità nazionale alle leggi n. 124/2007 e 133/2012*, Lecce, 2020 (rist.), 28 ss., 41 ss.

² Al riguardo, A. Poggi, *Servizi di informazione e sicurezza*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 78 s.

ministeriale interna. Nell'immediato dopoguerra, infatti, l'art. 2 del d.lgs. 21 aprile 1948, n. 955, confermando il ruolo di coordinamento dello Stato maggiore, si limitò a ricondurre quest'ultimo e, dunque, anche i Servizi sotto il controllo del Ministro della Difesa, mentre il SIFA (poi SIFAR, dal 9 gennaio 1951) fu istituito il 30 marzo 1949 con una circolare interna del Gabinetto dello stesso Ministro (n. 365/1949) e suoi compiti furono precisati da una circolare del Capo di Stato maggiore del 4 marzo 1962 (n. 95/5111)³.

Per ritrovare un altro atto avente forza di legge si deve giungere agli inizi degli anni Sessanta, allorché con la legge di delegazione 12 dicembre 1962, n. 1862, attuata con il d.p.r. 18 novembre 1965, n. 1477, fu istituito il SID, i cui compiti furono definiti ancora una volta con un atto interno, vale a dire con la circolare del Ministro della Difesa del 25 giugno 1966.

Ebbene, dalla rapida rassegna appena svolta si comprende come anche nel secondo Dopoguerra e almeno sino all'approvazione della legge n. 801 del 1977, l'organizzazione e l'attività dei Servizi erano collocate, almeno in certa misura, in un cono d'ombra dell'ordinamento, che, se poteva trovare posto nelle ricostruzioni dommatiche di precedenti forme di Stato – incentrate sull'originaria e tendenziale concentrazione del potere sovrano nel potere esecutivo, solo limitato dalle istituzioni parlamentari – non risultava, invece, compatibile con i principi della Costituzione repubblicana.

Tale assetto favoriva la ricostruzione di un'immagine spesso distorta dei Servizi, quali elementi di una "amministrazione invisibile", magari nel quadro delle teorie del c.d. "doppio Stato"⁴ o dello "Stato duale"⁵, per cui esisterebbero "*due facce dello Stato, una coperta dal diritto, l'altra aperta all'esercizio del potere puro, due facce dello Stato che si ritrovano in diversa misura e in diverso grado in ogni sistema politico*"⁶.

In effetti, il prevalente ricorso a disposizioni interne di carattere amministrativo (per lo più circolari) e l'utilizzo limitatissimo di

³ T. Saintclair, *Servizi di informazione e sicurezza*, cit., 233 ss.

⁴ E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* (1941), trad. it. di P.P. Portinaro e intr. di N. Bobbio, Torino, 1983; per l'utilizzo di tale paradigma interpretativo dei rapporti tra "potere visibile" e "potere occulto", ancora di recente, C. Galli, *Il doppio Stato*, in *La Repubblica*, 23/6/2011.

⁵ A. Wolfe, *I confini della legittimazione. Le contraddizioni politiche del capitalismo contemporaneo* (1974), trad.it. De Donato, Bari, 1981, 271.

⁶ N. Bobbio, *Introduzione a E. Fraenkel, Il doppio Stato*, cit., 7.

fonti di rango legislativo tradivano un profilo genetico dei Servizi di informazione, che, nella dialettica tra potere politico e ordinamento giuridico, lasciava sempre al primo la possibilità di sganciarsi dal secondo in caso di emergenza (*id est*: “nello stato d’eccezione”), allorché la salvezza delle istituzioni o, più in generale, la *Salus rei publicae* avessero richiesto la completa espansione della decisione politica sovrana⁷.

La piena riconduzione dei Servizi di informazione e sicurezza nell’alveo dell’ordinamento generale postulava, pertanto, l’inquadramento degli stessi nella cornice dei principi costituzionali e, in particolare, della *sovranità popolare* quale *potere costituito* (art. 1 Cost.) e, ancora, del *principio di legalità*, quale presidio fondamentale per il corretto spiegamento dei rapporti tanto tra Parlamento e Governo, quanto tra la Repubblica e i suoi cittadini (art. 97 Cost.).

2. *I Servizi di informazione e sicurezza e l’ordinamento costituzionale repubblicano*

Per inquadrare i *Servizi di informazione e sicurezza* all’interno dei principi costituzionali, vale innanzitutto, sottolineare che l’affermazione, nell’art. 1 Cost., della *sovranità popolare* e del *principio democratico* impone nei confronti degli apparati di *intelligence* una inderogabile esigenza di *visibilità*, che si declina in termini di *trasparenza* dell’organizzazione e di *conoscibilità* della disciplina normativa di riferimento⁸.

Tali istanze – che potrebbero apparire scontate, se è vero che la democrazia si fonda sul mito della trasparenza del potere politico⁹ – anche in un recente passato sono state negate. Ciò, innanzi-

⁷ Sullo “stato d’eccezione” è scontato il richiamo a C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), trad. it., a cura di P.P. Portinaro, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 29-86, secondo cui “sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione”, allorché al “detentore del potere sovrano spetta una competenza illimitata, derivante dalla sospensione dell’intero ordinamento in virtù di quel diritto supremo all’autoconservazione che gli antichi avevano espresso nella formula *salus reipublicae suprema lex esto*”.

⁸ A. Poggi, *Servizi di informazione e sicurezza*, cit., 78 s.; T.F. Giupponi, *Servizi di informazione e segretezza nella legge n. 124/2007*, in *Forum Quad. Cost.*, 2007, (https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/pa_per/0161_giupponi.pdf), 3 ss.

⁹ Così, T.F. Giupponi, *Servizi di informazione*, cit., 5, ed *ivi* il riferimento a N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1980, 181 ss.

tutto, sulla base di presunti caratteri strutturali dei servizi informativi.

Al riguardo, è stato sostenuto che l'esigenza di trasparenza si porrebbe soltanto con riguardo agli esiti dell'attività di informazione per la sicurezza, sicché i suoi riflessi si proietterebbero sulla disciplina del *segreto di Stato*, piuttosto che sull'organizzazione dei *Servizi*; questi ultimi, infatti, costituirebbero solo lo strumento organizzativo funzionale all'acquisizione di circostanze, dati o, comunque, notizie rilevanti per la sicurezza delle istituzioni statuali¹⁰.

Non vi è dubbio, tuttavia, che gli apparati amministrativi strumentali all'acquisizione delle informazioni per la loro successiva elaborazione ai fini della sicurezza della Repubblica richiedano, inevitabilmente, caratteristiche di riservatezza, se non quando di vera e propria segretezza. Appare, dunque, improprio riferire le questioni giuridico-costituzionali poste dalle necessarie deroghe o, comunque, dalle limitazioni alla visibilità soltanto agli atti sottoposti a segreto di Stato e non anche all'organizzazione amministrativa che ne cura la raccolta e l'elaborazione.

Su un altro piano, inoltre, è stato posto in discussione il postulato secondo cui la trasparenza, ovvero la conoscibilità del potere, sarebbe un carattere strutturale delle forme di stato democratico-pluraliste¹¹. Secondo tale impostazione l'affermazione per la quale il diritto all'informazione e la trasparenza costituirebbero i presupposti indefettibili per l'esercizio dei diritti e delle libertà civili e politiche costituirebbe una mera petizione di principio. Al contrario, sul piano storico-istituzionale, sarebbe dimostrato che una sfera di amministrazione "riservata" e talune categorie di atti e informazioni "segrete" sarebbero elementi indefettibili di ogni organizzazione statale.

Orbene, è vero che oggi – anche alla luce della diffusione capillare dei c.d. *social network* e, più in generale, dei nuovi strumenti di comunicazione resi disponibili dalla rivoluzione telematica – possa apparire non del tutto infondata la tesi secondo cui all'incremento dell'informazione non corrisponda, sempre e necessariamente, l'accrescimento dei caratteri democratici di un ordinamento

¹⁰ Per questa impostazione, invece, G. Cocco, *I servizi di informazione e sicurezza nell'ordinamento italiano*, I, Napoli, 1980, 34 ss.; 37.

¹¹ G. Miglio, *Il segreto politico*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Atti del Convegno Nazionale, Roma 26-28 ottobre 1981, Padova, 1983, 165 ss.

politico. Tuttavia, è, altresì, innegabile che in un assetto democratico tra il principio di trasparenza e le esigenze di segretezza non possa che intercorrere una relazione corrispondente a quella tra regola ed eccezione¹².

In altri termini, la democrazia di fonda sull'opinione pubblica "informata", atteso che solo tale ultima condizione assicura che gli organi che detengono potere politico possano essere fisiologicamente sottoposti alla responsabilità politica, sia *in forma istituzionale*, dinanzi al corpo elettorale; sia, più in generale, *in forma diffusa*, di fronte ad un'opinione pubblica consapevole, che, oggi, ha la capacità di interagire con il potere in modo capillare e diretto, al di là dei tradizionali canali della democrazia rappresentativa.

È, dunque, possibile mettere a fuoco i termini di un corretto bilanciamento tra istanze trasparenza ed esigenze di segretezza nell'ordinamento costituzionale. Al riguardo, è certamente vero che "non c'è democrazia che possa fare a meno di una quota di potere invisibile". Sotto questo profilo, la tolleranza di tali limitate aree di riservatezza si riannoda – assicurandone la legittimità costituzionale – agli inderogabili doveri di solidarietà politica (art. 2 Cost.) e alla loro specifica traduzione in termini di doveri di fedeltà alla Repubblica (art. 54 Cost.) e di difesa della Patria (art. 52 Cost.)¹³. Nondi-

¹² A. Loiodice, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 491.

¹³ Sul principio costituzionale di solidarietà sia consentito il rinvio a F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2001; in generale, sui doveri costituzionali è, inoltre, fondamentale, G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; nonché, più recentemente, F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016. Sul dovere di fedeltà alla Repubblica, A. Morelli, *I paradossi delle fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013. Per una rassegna delle ricostruzioni sul fondamento costituzionale dell'attività di informazione e sicurezza, A. Poggi, *Servizi di informazione e sicurezza*, cit., 80 s.

Sul punto, vale altresì ricordare le considerazioni di Corte cost., 24 maggio 1977, n. 86, punto 5 del *Diritto*, che, in materia di diritto di difesa e segreto militare, ha sottolineato che "il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e, al limite, alla stessa sua sopravvivenza (...) è presente e preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico, e trova espressione, nel nostro testo costituzionale, nella formula solenne dell'art. 52, che afferma essere sacro dovere del cittadino la difesa della Patria.

Richiamando e sviluppando tale concetto, che trova fondamento nella individuazione di un interesse costituzionale superiore (...) occorre fare riferimento proprio al concetto di difesa della Patria ed a quello di sicurezza nazionale (del quale ultimo è cenno nell'art. 126 della Costituzione ed in numerose altre disposizioni degli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale). Il primo concetto, quello di difesa della Patria, può avere

meno, a fronte di tali necessarie “eccezioni”, l’ordinamento deve disporre di controlli giuridici e contrappesi politici che valgano, comunque, a mantenere gli apparati e le attività riservate, ai fini dell’informazione per la sicurezza, nell’alveo dei principi costituzionali e dell’ordinamento costituito¹⁴.

3. *Il Sistema di informazione e sicurezza dopo la legge n. 124/2007*

Come innanzi accennato, solo con l’approvazione della legge 24 ottobre 1977, n. 801, i Servizi di informazione e sicurezza cominciarono ad uscire dal tradizionale cono d’ombra, normativo ed organizzativo, rispetto ai riflessi costituzionali che devono illuminare tutti gli ambiti delle istituzioni repubblicane ed i rapporti tra queste e i cittadini.

In particolare, a seguito della legge appena richiamata i *Servizi di informazione* vennero sottoposti alla direzione congiunta del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro della Difesa e del Ministro dell’Interno e ciò, in corrispondenza, della definizione e della disciplina dei compiti, rispettivamente, del SISMI (Servizio informazioni e sicurezza militare) e del SISDE (Servizio per le informazioni e la sicurezza democratica). Al riguardo, vale sottolineare che proprio con la legge n. 801/1977 prende avvio il percorso che porterà all’affermazione del ruolo centrale del Presidente del Consiglio nell’*alta direzione* del *Sistema di informazione e sicurezza*, in piena coerenza con i suoi compiti di direzione generale e responsabilità della politica del Governo, previsti dall’art. 95 Cost.

Tale ruolo risultava ben evidente allorché veniva attribuita al *premier* la presidenza del *Comitato interministeriale per le informazioni e la sicurezza* (CIIS) e quella del *Comitato esecutivo per i servizi di informazione e sicurezza* (CESIS), nonché la competenza sull’assegnazione dei fondi al CESIS e ai Servizi, la funzione di sovrintendere direttamente alle attività del citato Comitato esecutivo, il potere di impartire direttive ai Ministri della Difesa e dell’Interno sull’organizzazione e il funzionamento dei *Servizi* e, ancora, il potere di intervento, anche in deroga, sull’organico degli stessi, even-

una accezione molto larga ed abbracciare anche aspetti che vanno al di là di quel che in effetti merita di trovare una protezione che valga a superare (come si vedrà in prosieguo) altri principi che pur sono ritenuti essenziali nel nostro ordinamento costituzionale”.

¹⁴ A. Poggi, *Servizi di informazione e sicurezza*, cit., 79 s.

tualmente disponendo del personale, delle infrastrutture e dei mezzi di altre amministrazioni.

In questa direzione era, inoltre, rilevante, ai fini della successiva evoluzione del *Sistema di informazione e sicurezza* nel quadro della forma di governo, l'attribuzione della gestione dei rapporti con il Parlamento al Presidente del Consiglio (art. 11, legge n. 801/1077) in parallelo alla istituzione dei primi strumenti di controllo parlamentare e alla migliore disciplina del sindacato giurisdizionale¹⁵.

Dopo trent'anni da tale primo organico intervento è stata la legge 3 agosto 2007, n. 124, con le sue successive integrazioni, a rappresentare un punto di arrivo nel percorso di inquadramento delle strutture e delle attività di informazione sicurezza nell'alveo dei principi costituzionali, del modello di garanzia dei diritti (e dei doveri), nonché della forma di governo parlamentare. L'art. 2, comma 1, della legge n. 124/2007 individua, innanzitutto, le diverse componenti del *Sistema di informazione e sicurezza della Repubblica*, che "è composto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR), dall'Autorità delegata di cui all'articolo 3, ove istituita, dal Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), dall'Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE) e dall'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AIS)".

Al riguardo – movendo dalle strutture operative per risalire, via via, al vertice politico e amministrativo del Sistema – vale, innanzitutto, sottolineare la modifica del criterio di distribuzione delle competenze tra le due principali strutture operative di informazione, con il superamento del criterio *finalistico* (che, sino a quel momento, prevedeva l'affidamento dell'*intelligence* "militare" al SISMI e quella "civile" al SISDE) in favore di quello *territoriale*, in linea con l'assetto dei servizi di quasi tutti i Paesi dell'Alleanza atlantica e maggiormente idoneo ad evitare disfunzioni e indebiti sconfinamenti, sia tra i due rami dei servizi, sia tra questi e gli altri apparati della *pubblica sicurezza*¹⁶.

¹⁵ A. Poggi, *Servizi di informazione e sicurezza*, cit., 83 ss.; M. Malvicini, *Sicurezza della Repubblica e forma di governo parlamentare. Il rapporto tra Presidente del Consiglio e Copasir alla luce dei più recenti interventi legislativi (legge 11 dicembre 2015, n. 198)*, in *Forum di Quad.Cost.* (<https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/05/malvicini.pdf>), 1 ss.

¹⁶ Sul punto, T. Saintclaire, *Servizi di informazione e sicurezza*, cit., 384 s.

Così, all'AISE (Agenzia informazioni e sicurezza esterna, che ha preso il posto del SISMI) è attribuita l'attività di ricerca ed elaborazione di tutte le informazioni utili alla difesa dell'indipendenza, dell'integrità e della sicurezza della Repubblica dalle minacce provenienti dall'estero, le attività in materia di controproliferazione concernenti i materiali strategici e, ancora, le attività di informazione per la sicurezza, che si svolgono al di fuori del territorio nazionale, a protezione degli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell'Italia. Sono, inoltre, assegnate all'AISE le competenze relative alla individuazione e al contrasto, al di fuori del territorio nazionale, delle attività di spionaggio dirette contro l'Italia e delle attività volte a danneggiare gli interessi nazionali (art. 6, commi 1, 2 e 3, l. n. 124/2007).

Sono, invece, assegnati all'AISI (Agenzia per l'informazione e la sicurezza interna, che ha preso il posto del SISDE) i compiti connessi alla ricerca e alla elaborazione di tutte le informazioni utili a difendere la sicurezza interna della Repubblica e le istituzioni democratiche da minacce, attività eversive ovvero da aggressioni criminali o terroristiche.

All'Agenzia per la sicurezza interna spetta, inoltre, l'attività di informazione per la sicurezza all'interno del territorio nazionale, a protezione degli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell'Italia, nonché l'individuazione e il contrasto all'interno del territorio nazionale delle attività di spionaggio dirette contro l'Italia e le attività volte a danneggiare gli interessi nazionali (art. 7, commi 1, 2 e 3, l. n. 124/2007).

Ebbene, la scelta del criterio territoriale in luogo di quello funzionale, è rafforzata dalla disciplina delle eventuali eccezioni, secondo cui, rispettivamente, AISE e AISI possono svolgere operazioni al di fuori della loro sfera territoriale di competenza (rispettivamente, *esterna* ed *interna*), solo quando le operazioni *extra moenia* siano strettamente connesse ad attività istituzionali svolte all'estero (dall'AISE) o nel territorio nazionale (dall'AISI) e, comunque, in collaborazione e raccordo con l'altra Agenzia, territorialmente competente in via ordinaria (artt. 6, 4 comma, e 7, 4 comma, l. n. 124/2007)¹⁷.

¹⁷ In base alla legge n. 801/1977, secondo un criterio funzionale, il SISMI aveva il compito di "difendere sul piano militare dell'indipendenza e dell'integrità dello Stato" (art. 4, comma 1; il SISDE doveva, invece, operare in "difesa dello Stato de-

Tale ripartizione, come innanzi accennato, mira ad evitare sovrapposizioni e incroci tra i due rami operativi del Sistema di informazione e sicurezza, ma, a ben vedere, serve anche ad assicurare una più efficace linea di indirizzo e coordinamento degli stessi ad opera dei superiori livelli di direzione amministrativa, cioè del Dipartimento informazioni e sicurezza (DIS), e da parte dei organi di indirizzo politico e di alta direzione amministrativa (CISR e Presidente del Consiglio dei Ministri ed eventuale Autorità delegata).

Sotto tale ultimo profilo, infatti, vale sottolineare come una delle principali caratteristiche dell'architettura dei Servizi informativi, introdotta dalla legge n. 124/2007, è stata proprio l'accentuazione della struttura piramidale della catena di direzione e responsabilità nel campo della politica informativa e di sicurezza della Repubblica¹⁸.

Al riguardo, vale sottolineare il ruolo attribuito al Dipartimento informazioni e sicurezza (DIS), che, a seguito della riforma del 2007, ha preso il posto del precedente Comitato esecutivo per i servizi di informazione e sicurezza (CESIS). Il Dipartimento, operante nella struttura amministrativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri, costituisce il massimo livello operativo di coordinamento del sistema di informazione e sicurezza, di cui si avvale il Presidente del Consiglio e l'Autorità delegata (ove nominata) per l'esercizio delle loro competenze (art. 4, commi 1 e 2, l. n. 124/2007). Il DIS esercita un ruolo fondamentale, atteso che la legge gli attribuisce, per un verso, il compito di vigilare sull'esercizio delle attività svolte dall'AISE e dall'AISI, nonché quello di garantire il rispetto e la corretta applicazione delle disposizioni emanate dal Presidente del Consiglio da parte delle predette agenzie [art. 4, comma 3, lett. *i*) e *l*), l. n. 124/2007]. Per altro verso, la stessa legge attribuisce al Dipartimento il compito di coordinamento di tutta l'attività di informazione per la sicurezza, raccogliendo le informazioni provenienti dai *servizi* (ma anche dalle Forze armate e di polizia, dalle amministrazioni dello Stato e da enti di ricerca privati) [art. 4, comma 3, lett. *a*), *c*) e *d*)] ai fini della elaborazione e della predisposizione di analisi strategiche o relative a particolari situazioni, di

mocratico e delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento contro chiunque vi attenti e contro ogni forma di eversione" (art. 6, comma 1).

¹⁸ M. Malvicini, *Sicurezza della Repubblica e forma di governo parlamentare*, cit., 2 s.

valutazioni e previsioni, nonché di analisi globali e progetti di ricerca informativa da trasmettere al CISR e da rimettere, anche sulla base dei costanti flussi informativi, alla deliberazione del Presidente del Consiglio [art. 4, comma 3, lett. c), d), e), l. n. 124/2007].

Sulla base di quanto sin qui riassunto, dunque, il DIS rappresenta l'essenziale anello di collegamento tra i due servizi operativi e il vertice politico amministrativo del Sistema, rappresentato dal Presidente del Consiglio ed, eventualmente, dall'Autorità delegata, affinché questi ultimi siano in condizione di assicurare una salda unità di indirizzo nella programmazione della ricerca informativa, nelle analisi e nelle attività operative connesse all'informazione per la sicurezza della Repubblica (art. 4, comma 1, l. n. 124/2007)¹⁹.

4. *Il ruolo centrale del Presidente del Consiglio dei Ministri*

Come anticipato, la caratteristica fondamentale della struttura organizzativa e funzionale del Sistema di informazione e sicurezza è la sua articolazione piramidale, che confluisce nel vertice politico e amministrativo rappresentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Quest'ultimo è il responsabile generale della politica di informazione per la sicurezza e – come recita l'art. 1, comma 1, lett. a) della legge n. 124/2007 – ne esercita l'*alta direzione* “*nell'interesse e per la difesa della Repubblica e delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento*”. Il Presidente, dunque, concentra tanto poteri di indirizzo, quanto funzioni amministrative, come emerge significativamente, per un verso, dalla previsione della competenza dello stesso ad adottare direttive per l'organizzazione e il funzionamento del Sistema di informazioni per la sicurezza e, per altro verso, dalla competenza in ordine alla determinazione e alla destinazione delle risorse finanziarie alle strutture del comparto dell'*intelligence*, dai compiti esclusivi in materia di segreto di Stato e dalla diretta attribuzione al medesimo del potere di nomina e di revoca dei vertici del DIS, dell'AISE e dell'AISI²⁰. Tali attribuzioni, del resto, confermano la scelta organizzativa di un modello decisa-

¹⁹ Cfr., T. Saintclaire, *Servizi di informazione e sicurezza*, cit., 390 ss.

²⁰ M. Malvicini, *Sicurezza della Repubblica e forma di governo parlamentare*, cit.,

mente accentrato, allorché segnano l'evidente regresso in seno al Sistema di informazioni e sicurezza della Repubblica del Ministro delle Difesa e del Ministro dell'Interno, organi ai quali, tradizionalmente e ancora in forza della legge n. 801/1977, erano, affidate le nomine dei vertici, rispettivamente, del SISMI e del SISDE e che, invece, in seguito alla legge n. 124/2007 non possono nemmeno assumere l'incarico di Autorità delegata.

Nel quadro descritto, il Presidente del Consiglio si avvale, sul piano operativo del DIS e, eventualmente, e sul piano politico del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR), che presiede, e in cui i Ministri della Difesa e dell'Interno contribuiscono – con poteri di consulenza proposte e deliberazione – alla definizione degli indirizzi e delle finalità generali della politica dell'informazione per la sicurezza, insieme all'Autorità delegata (ove nominata), ai Ministri della Giustizia, dell'Economia e delle Finanze, dello Sviluppo economico e dal Ministro della Transizione ecologica (art. 65, l. n. 124/2007).

L'assetto appena descritto, che vede nel Presidente del Consiglio il vero fulcro della politica di informazione e sicurezza, risponde certamente ad inderogabili esigenze di efficacia, efficienza e responsabilità; ciò a maggior ragione oggi, nel momento in cui si è affermata una nuova dimensione dell'*intelligence*, che, nella valutazione delle minacce all'interesse nazionale, deve tenere in considerazione, nel più ampio e tradizionale orizzonte geopolitico, anche lo scenario industriale, commerciale, scientifico-tecnologico, il fabbisogno di materie prime ed energia del Paese, quale presupposto per l'assunzione delle scelte delle indirizzo politico sul piano interno ed internazionale.

Del resto, anche la Corte costituzionale, in epoca precedente alla legge n. 124/2007, aveva sottolineato il peculiare ruolo del Presidente del Consiglio nella materia della *sicurezza nazionale* quale organo a cui spetta la direzione e la responsabilità “della politica generale del Governo” (art. 95, comma 1, Cost.)²¹. In particolare, secondo il Giudice delle leggi, in questa sintetica espressione “*non può non essere compresa la suprema attività politica, quella attinente alla difesa esterna ed interna dello Stato*”. Inoltre, se al Presidente del Consiglio dei Ministri è assegnato anche il compito di coordi-

²¹ Corte Cost., 24 maggio 1977, n. 86, punto 7 del Diritto.

nare l'attività dei Ministri, allo stesso "deve essere riportata la direzione, nel più ampio senso del vocabolo, della gestione di tutto quanto attiene ai supremi interessi dello Stato"²².

Non vi è dubbio, tuttavia, che tale articolazione di competenze e funzioni esprima un assetto derogatorio, per certi versi anomalo, rispetto ai normali equilibri istituzionali in seno al Governo, laddove, secondo il disegno costituzionale e le disposizioni attuative della legge n. 400/1988, le scelte di indirizzo politico sono assunte collegialmente in Consiglio dei Ministri²³. Nel sistema di informazione e sicurezza, invece, il coinvolgimento collegiale dell'intera compagine governativa sembra rimesso alle scelte discrezionali del Presidente del Consiglio, che oltre a sottoporre determinate questioni al Consiglio, può, ai sensi dell'art. 5, comma 5, della l. n. 124/2007, chiamare a partecipare al Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR) altri ministri, oltre a quelli previsti dalla legge, sebbene senza diritto di voto.

L'accennata deroga al modello generale sembra, comunque, in linea con gli interessi costituzionali sottesi al Sistema di informazione e sicurezza e alle indicazioni della Corte costituzionale. Non dimeno, se le esigenze di efficacia, efficienza e riservatezza del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica valgono a giustificare la peculiare posizione del *premier* quale vertice del sistema; al contempo, i principi propri di una democrazia pluralista reclamano un insieme di limiti giuridici e di responsabilità politiche, tali da assicurare la riconduzione delle strutture di *intelligence*, sia pure in forme peculiari, ai circuiti della dialettica democratica e, in particolare, al controllo dell'opposizione sul polo Governo-maggioranza parlamentare²⁴.

5. *Il Copasir come perno del bilanciamento tra le necessarie esigenze di efficacia, efficienza e riservatezza del Sistema di informazione e sicurezza e inderogabilità del controllo parlamentare*

Le esigenze di controllo e dialettica parlamentare innanzi richiamate trovano concretizzazione tanto nei classici strumenti

²² Ancora, Corte Cost., 24 maggio 1977, n. 86, punto 7 del Diritto.

²³ In senso critico, T.F. Giupponi, *Servizi di informazione e segretezza*, cit., M. Malvicini, *Sicurezza della Repubblica e forma di governo parlamentare*, cit., 4.

²⁴ A. Poggi, *Servizi di informazione e sicurezza*, cit., 89 s.

informativi e di sindacato politico del Parlamento sul Governo, quanto – e, come si vedrà, soprattutto – con l’istituzione, prevista dall’art. 5 della legge n. 124/2007, del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir), che ha presto il posto del precedente Comitato parlamentare di controllo (Copaco) istituito con la legge n. 801/1977.

Al riguardo occorre osservare che i normali strumenti di sindacato ispettivo delle Camere nei confronti dell’Esecutivo, sebbene non esclusi, risultino necessariamente limitati in materia di informazione e sicurezza e ciò per le inevitabili ragioni di riservatezza che sono connaturate al settore in discussione. Tali considerazioni, oltretutto per i normali atti di sindacato ispettivo (interrogazioni, interpellanze, indagini conoscitive, etc.), valgono anche per le *inchieste parlamentari* (art. 82 Cost.) che – considerate già da Max Weber una “frusta” a disposizione delle assemblee rappresentative nei confronti dell’Esecutivo²⁵ – normalmente sono “il segno del peso del Parlamento nel sistema politico”²⁶. Come è noto, le Commissioni di inchiesta possono svolgere le loro indagini “su materie di pubblico interesse” con gli stessi poteri, ma anche con le medesime limitazioni dell’Autorità giudiziaria e, quindi, ovviamente anche quelli posti a garanzia della riservatezza dell’attività di *intelligence* o della segretezza di taluni atti. Vero è che, le Commissioni parlamentari di inchiesta, soprattutto se bicamerali, possono essere istituite con legge e che con le medesime disposizioni istitutive il Parlamento potrebbe anche introdurre deroghe alla disciplina del segreto e ai doveri di riservatezza in capo a chi detiene informazioni sensibili di interesse della Commissione. Vero è, altresì, che le Commissioni di inchiesta potrebbero lavorare in seduta segreta e vincolare i lavori e i relativi atti al c.d. *segreto funzionale*²⁷. Tuttavia, l’eventuale ricorso alle inchieste parlamentari per il controllo parlamentare sulle atti-

²⁵ M. Weber, *Parlamento e Governo* (1918), Bari-Roma, 1993, 40 ss.

²⁶ F. Fenucci, *I limiti delle inchieste legislative*, Milano, 1989, 21 ss. Sul tema sia consentito il rinvio a F. Giuffrè, *Declino del Parlamento-legislatore e crescita del potere d’inchiesta: la soluzione al problema della responsabilità delle autorità indipendenti?*, in S. Labriola (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, 202 ss.

²⁷ Cfr., Corte cost., 22 ottobre 1975, n. 231, in *Giur. cost.*, 1975, 2204 s. ed ivi il commento di M. Dogliani, *Commissione antimafia e segreto “funzionale”: i documenti li leggeranno solo gli storici*, *ivi*, 3216 ss.

vità di *informazione e sicurezza*, in conformità alla accennata ricostruzione weberiana, avrebbe pur sempre carattere eccezionale e non può, dunque, rappresentare l'ordinario strumento di confronto tra Parlamento e Governo in tale delicatissimo versante della sicurezza nazionale.

Si comprende, allora, come il ruolo fondamentale di contrappeso rispetto alla struttura piramidale del Sistema di informazione per la sicurezza sia rappresentato dal *Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, la cui disciplina, assai significativamente, occupa l'intero capo IV della legge n. 124/2007. Tale disciplina delinea i contorni di un organo che appare anello essenziale per il collegamento tra le diverse componenti del comparto informativo per la sicurezza e il Parlamento, nonché punto di equilibrio istituzionale tra le comprensibili esigenze di riservatezza proprie del settore e le istanze di trasparenza coesenziali ad ogni ordinamento democratico.

La peculiare posizione del Copasir, già resa manifesta dalla sua composizione, segna una forte discontinuità rispetto al vecchio Copaco. Il nuovo Comitato parlamentare di controllo sui servizi è composto, infatti, da cinque deputati e cinque senatori, nominati all'inizio della legislatura dai presidenti delle Camere, *in proporzione al numero dei componenti dei gruppi parlamentari*, ma in modo che sia rispettata la *rappresentanza paritaria tra la maggioranza e l'opposizione* (art. 30, comma 1, l. n. 124/2007). La norma, a ben vedere, esprime due principi distinti, ma complementari, che evidentemente vanno bilanciati, nella base di un compromesso politico, allorché la paritarietà tra maggioranza e opposizione non consenta di rispettare il criterio della proporzionalità rispetto alla composizione dei Gruppi parlamentari.

Non solo. Il Presidente del Comitato, per espressa previsione del comma 3 della medesima disposizione, è eletto a scrutinio segreto e a maggioranza assoluta, ma deve essere, altresì, *scelto tra i componenti espressi dai gruppi parlamentari di opposizione*. Sotto questo specifico aspetto occorre rilevare come la *ratio* complessiva che sottende la istituzione del Copasir e i suoi rapporti con gli apparati di informazione e sicurezza inducano ad una interpretazione sostanziale e non meramente formale della previsione. In questo senso, la Presidenza del Comitato parlamentare di controllo deve essere affidata in ogni momento ad un parlamentare dell'opposi-

zione, atteso la norma non potrebbe dirsi certo rispettata allorché il Presidente, eletto quale esponente dell'opposizione parlamentare, sia in una fase successiva transitato, magari in seguito ad un mutamento del quadro politico-parlamentare, nelle file della maggioranza che sostiene il Governo in carica. Al riguardo, sembra essersi formata una *regolarità* che, pur non potendosi ancora definire *consuetudine costituzionale*, può già essere ricostruita quantomeno in termini di *convenzione costituzionale*. Infatti, se il precedente della presidenza "D'Alema" fu risolto, durante la XVI Legislatura, solo sulla base del principio del diritto parlamentare noto come *nemine contradicente*, la successione alla presidenza tra il sen. Volpi (Lega) e il sen. Urso (FdI) in seguito all'insediamento del Governo "Draghi" nel corso della XVIII Legislatura, dimostra che, pur in assenza di norme espresse, che prevedano l'obbligo di dimissione del presidente del Copasir passato dall'opposizione alla maggioranza parlamentare, l'avvicendamento con un esponente dell'opposizione sia sostanzialmente imposto dalle normali "reazioni politico-istituzionali" che scatterebbero in assenza un consenso unanime dei Gruppi parlamentari alla permanenza del presidente ormai "di maggioranza"²⁸.

Le caratteristiche strutturali del Comitato parlamentare appena descritte segnano – in termini di "radicale mutamento strutturale" e non di "semplice modifica terminologica"²⁹ – il superamento dei meccanismi di controllo e dei contrappesi che nel precedente assetto della l. n. 801/1977 erano stati ritenuti inadeguati e non idonei ad assicurare il giusto punto di equilibrio tra gli interessi costituzionali coinvolti. Il vecchio Copaco, infatti, era composto da quattro deputati e quattro senatori "*nominati dai Presidenti dei due rami del Parlamento sulla base del criterio di proporzionalità*" (art. 11) e, dunque, rispecchiava perfettamente le dinamiche dialettiche tra Governo-maggioranza parlamentare, da un lato, e minoranze-opposizione, dall'altro.

²⁸ Su queste vicende si vedano in questo stesso volume i contributi di S. Curreri, *La "vicenda Copasir" ovvero del ruolo dei Presidenti delle Camere a tutela delle opposizioni* e A. Morelli, *Brevi note sulla vicenda Copasir e sul carattere evanescente del principio di separazione dei poteri nella dinamica della forma di governo italiana*; I.A. Nicotra, *Le prerogative costituzionali dell'opposizione. Un modello con poche certezze*.

²⁹ P. Rivello, *I poteri del Comitato Parlamentare. Dal controllo dei Servizi alla tutela del segreto di Stato*, in *Gnosis*, 2, 2010.

Ebbene, il Copaco poteva chiedere al Presidente del Consiglio dei Ministri e al CIIS “*informazioni sulle linee essenziali delle strutture e dell’attività dei Servizi e formulare proposte e rilievi*”. Tuttavia, il Presidente del Consiglio dei Ministri avrebbe potuto opporre al Comitato parlamentare l’esigenza di tutela del segreto in ordine alle informazioni richieste. In questo caso, dunque, il Copaco avrebbe potuto soltanto esprimere, peraltro a maggioranza assoluta, un giudizio di infondatezza delle ragioni ostative e riferirne a ciascuna Camera per le conseguenti valutazioni politiche; quindi, per l’eventuale attivazione degli strumenti connessi al sindacato politico e al rapporto fiduciario con il Governo (art. 11, commi 3, 4 e 5, l. n. 801/1977).

Ora, appare evidente che, da una lato, le competenze dell’organismo di controllo parlamentare erano assai più limitate di quelle che sarebbero state poi riconosciute al Copasir; dall’altro lato, la composizione corrispondente alla proporzione dei gruppi parlamentari rendeva assai improbabile l’assunzione di scelte (peraltro, da deliberare a maggioranza assoluta) se non in contrasto, almeno in forte dialettica con gli indirizzi espressi dal Governo e dal Presidente del Consiglio in materia di informazione e sicurezza. Per tale ragione, il precedente assetto determinava la – spesso inopportuna, quanto inefficace – tentazione delle forze politiche di opposizione di attrarre ai normali strumenti del sindacato parlamentare (interrogazioni, interpellanze, indagini conoscitive, etc.) le esigenze informative sull’attività dei servizi segreti³⁰. Tuttavia, in tale delicato settore vi è la necessità sia di controlli e contrappesi maggiormente efficaci, sia che gli stessi si svolgano all’interno di una “sede istituzionale”, che, per struttura e funzioni, sia in grado di coniugare le essenziali ragioni di riservatezza e le istanze di controllo e trasparenza in capo al Parlamento e, segnatamente, all’opposizione parlamentare.

A tal fine l’art. 30, comma 3, della l. n. 124/2007 attribuisce al Copasir il compito di verificare “*in modo sistematico e continuativo, che l’attività del Sistema di informazione per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione, delle leggi, nell’esclusivo interesse e per la difesa della Repubblica e delle sue istituzioni*”. Tale funzione, con il comma 2-bis dell’art. 30, a partire dal 2012 è stata, inoltre, estesa

³⁰ P. Rivello, *I poteri del Comitato Parlamentare*, cit.

anche alle attività di informazione svolte da organismi pubblici che non appartengono al Sistema di informazioni per la sicurezza [come, ad esempio, il Reparto informazioni e sicurezza (RIS) o il Raggruppamento unità difesa (RUD) entrambi afferenti allo Stato Maggiore della Difesa]. Nell'ambito di tale generale funzione risalta la latitudine e la consistenza dei poteri attribuiti al Comitato di controllo, che, per la prima volta nella storia della Repubblica, sembrano tali da assicurare all'organo parlamentare una visuale complessiva sull'attività del Sistema di informazione e sicurezza, nonché strumenti adeguati per esercitare le funzioni di sindacato ed indirizzo, senza pregiudicare le imprescindibili ragioni di riservatezza.

In proposito, vale sottolineare come la legge preveda un puntuale obbligo di informazione a carico del Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale ogni sei mesi deve trasmettere al Copasir una relazione sull'attività dei servizi, con l'analisi della situazione e dei pericoli per la sicurezza, che in certa misura può costituire la traccia dei lavori del Comitato, a partire dagli incisivi poteri di audizione. Questi ultimi non sono rivolti soltanto al Presidente del Consiglio (come invece era previsto per il vecchio Copaco), ma anche all'Autorità delegata, ai membri del CISR e, previsione assai importante, ai direttori del DIS, dell'AISI e dell'AISE. Il Comitato parlamentare può, inoltre, convocare in audizione qualsiasi altra persona non appartenente al sistema di informazione "in grado di fornire elementi di informazione o di valutazione ritenuti utili ai fini dell'esercizio del controllo parlamentare" e, addirittura, "in casi eccezionali", direttamente i dipendenti del Sistema di informazione e sicurezza, fatto salvo il potere di opporsi riconosciuto al Presidente del Consiglio "per giustificati motivi" e "sotto la propria responsabilità" (art. 30, commi 1, 2 e 3, l. n. 124/2007).

Si comprende, allora, come le relazioni semestrali del vertice politico e amministrativo del Sistema potranno essere oggetto di una attività di riscontro, integrazione e analisi, che si completa con penetranti poteri acquisitivi di atti, documenti e informazioni nei confronti degli appartenenti al sistema di sicurezza e della pubblica amministrazione, delle Commissioni parlamentari di inchiesta (che, in questo caso, non potrebbero opporre il c.d. "segreto funzionale"), ma anche relativi a procedimenti e inchieste dell'Autorità giudiziaria, anche in corso.

Il quadro si completa con la previsione di poteri consultivi del Comitato, in ordine alle nomine dei vertici operativi del Sistema di informazione e sicurezza da parte del Presidente del Consiglio e in merito alle disposizioni sulla dotazione finanziaria, ai decreti, alle direttive, ai regolamenti adottati dallo stesso Presidente del Consiglio, nonché dal Ministro delle Difesa e da quello dell'Interno, sulla previsione delle dotazioni finanziarie e sulla consistenza degli organici.

Infine, meritano particolare considerazione le funzioni attribuite al Copasir dall'art. 34 della l. n. 124/2007 rivolte *“all'accertamento della correttezza delle condotte poste in essere da appartenenti o da ex appartenenti agli organismi di informazione e sicurezza”*, con possibilità di richiedere al Presidente del Consiglio dei Ministri di *“disporre lo svolgimento di inchieste interne”*, con obbligo di trasmissione al Comitato parlamentare delle relazioni conclusive.

Secondo il quadro appena riportato, dunque, trova piena conferma la ricostruzione della fisionomia del Comitato parlamentare di controllo nei termini di un essenziale perno del bilanciamento tra i contrapposti valori costituzionali che sottendono le strutture di informazione e sicurezza in un ordinamento democratico-pluralista. Nel modello delineato dalla l. n. 124/2007 (così come successivamente integrata) sembrano superate le zone d'ombra che spesso, anche in seguito all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, hanno segnato i servizi di informazione per la sicurezza. Sono, quindi, delineati i binari di un costante confronto istituzionale tra il Sistema di informazione, prevalentemente attraverso il Presidente del Consiglio, e il Parlamento, che, solo in casi eccezionali, è destinato a trasferirsi nelle sedi ordinarie della responsabilità politico-istituzionale tra Assemblee rappresentative e Governo, sino all'eventuale utilizzo dei meccanismi volti ad accertare la permanenza del rapporto fiduciario tra maggioranza ed Esecutivo.

A ben vedere, si tratta di un modello di relazioni che non può essere ridotto ad una mera funzione di controllo, ma che corrisponde ad una più articolata e peculiare forma di collaborazione istituzionale nell'interesse superiore della sicurezza della Repubblica, intesa come Stato-comunità. Un rapporto peculiare che si snoda anche in termini di indirizzo politico e che trova la sua più solenne espressione nella relazione annuale al Parlamento (art. 35, l. n. 124/2007), con cui il Copasir riferisce alle Camere – e per loro

tramite alla Nazione – sull’attività svolta, formulando proposte o segnalazioni sulle questioni che riguardano il supremo interesse alla sicurezza nazionale.

Abstract

Già agli inizi dell’Ottocento nel Regno delle Due Sicilie e nel Regno di Sardegna erano presenti strutture di polizia segreta che, rafforzate in epoca fascista, sono arrivate sino al periodo repubblicano. Ebbene, nonostante l’entrata in vigore della Costituzione del 1948, sino alla legge n. 801/1977, i c.d. Servizi segreti rimasero, almeno in certa misura, in un cono d’ombra dell’ordinamento ormai incompatibile con i principi costituzionali. A partire dal 1977, ma soprattutto con la legge n. 124/2007 i Servizi di informazione e sicurezza della Repubblica hanno trovato un nuovo assetto che tende a bilanciare la normale riservatezza che riguarda, naturalmente, le materie attinenti alla sicurezza dello Stato con le istanze di trasparenza e controllo democratico proprie di ogni democrazia pluralista. In questo quadro, nella direzione dell’attività dei Servizi assume un ruolo centrale il Presidente del Consiglio dei Ministri, mentre quale necessario contrappeso emergono significativi poteri di controllo parlamentare affidati al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica. Il COPASIR – composto paritariamente da parlamentari di maggioranza e di opposizione e presieduto da un membro di quest’ultima – appare, quindi, il perno del bilanciamento tra le necessarie esigenze di efficacia, efficienza e riservatezza del Sistema di informazione e sicurezza e il controllo parlamentare, come carattere inderogabile di ogni sistema democratico.

Already at the beginning of the nineteenth century in the Kingdom of the Two Sicilies and in the Kingdom of Sardinia there were secret police structures, which, strengthened in the Fascist age, reached the Republican period. Well, despite the entry into force of the 1948 Constitution, up to law no. 801/1977, the so-called “Secret services” remained, at least to a certain extent, in a shadow of the system which was now incompatible with constitutional principles. Starting from 1977, but above all with the law n. 124/2007, the Information and Security Services of the Republic have found a new structure that tends to balance the normal confidentiality that naturally concerns matters pertaining to the security of the State with the instances of transparency and democratic control typical of every pluralist democracy. In this context, the President of the Council of Ministers plays a central role in the direction of the activities of the Services, while significant powers of parliamentary control emerge as

a necessary counterweight entrusted to the Parliamentary Committee for the Security of the Republic. COPASIR – composed equally of majority and opposition parliamentarians and chaired by a member of the latter – therefore appears to be the pivot of the balance between the necessary needs of effectiveness, efficiency and confidentiality of the Information and Security System and parliamentary control, as an indispensable feature of any democratic system.

MARTIN JULIÁN ACEVEDO - MIÑO

THE UNDUE DELAY IN THE PROCESSING
OF JUDICIAL PROCEEDINGS.
ARGENTINE CASES THAT MARK DEFICITS
OF THE SYSTEM

SUMMARY: I. Introduction. – II. Argentine cases. – III. State responsibility and transnational standards. – IV. Elements taken into account for the Court to consider the delay in judicial processes. – V. Exhortations emerging from transnational precedents. – VI. Conclusions.

I. *Introduction*

In the already classic musical theme “As time goes by” that catapulted the film “Casablanca” to fame, the lyrics repeat – with a hint of nostalgia – “the fundamental things apply, as time goes by”. There are some situations that, devoid of all romance, also happen as time goes by. Among these events there are important issues such as the loss of a right due to the delay in the judicial process, due to undue delays. The passing of time erodes the jurisdictional protection that every citizen deserves, translating it into a denial of effective judicial protection.

The topic that we will address involves issues as relevant as the access to justice and due process. In this sense, we highlight the reflection made by Sergio García Ramírez, in a paper related to the inter-American system of human rights. There, the prominent doctrinaire referred to the reasonable term of the judicial processes, stating that “excessive delay forces the victim to face a long struggle for her right without even obtaining a certain moral vindication; it reduces the chances of success when it is finally ordered to investigate the facts and punish those responsible; it undermines the credibility of the system and erodes its dissuasive effectiveness, drives away potential whistleblowers and casts doubt on the competence of those in charge of the system.”¹

¹ García Ramírez, S., *Human rights and inter-American jurisdiction*, Legal Re-

Among the Anglo-Saxons, the adage that says “justice delayed, justice denied” is known, wanting to emphasize the importance of appropriate deadlines for the administration of justice, implying its denial in case of delay. In French, this delay is embodied in the phrase “justice rétive, justice fautive”. But beyond the old adages, it has also been argued that the right to a speedy trial, considered among the fundamental guarantees, finds its roots in the Magna Carta itself of 1215 and even before². It is important for the study of this part of jurisdictional protection to establish whether there are standards that must be observed – at present and according to the inter-American jurisprudence – to consider that the guarantee has been fulfilled, which prevents the denial of jurisdictional protection due to an extended process in time.

The issue of reasonable time in court proceedings can be approached from different perspectives. We choose a transnational or supranational view within the regional system to which the Argentine Republic belongs. In this context, we must emphasize that it is not beyond our knowledge that the relationship between national law and international human rights law is the source of serious legal debates.

II. *Argentine cases*

We will start then with the analysis of the standards that refer to the reasonable term, as part of the notion of due process, in the cases in which Argentina was condemned, among other reasons, for the non-observance of the prescriptions of art. 8.1 and 25 of the American Convention, for example in the “Bayarri”³ precedent. In this case, the Court preferred to leave aside the analysis of the complexity of the matter, the procedural activity of the interested party and the conduct of the judicial authorities. The almost thirteen years of pre-trial detention to which Mr. Bayarri was subjected led

search Institute of the National Autonomous University of Mexico, Legal Doctrine Series, No. 106, Mexico, 2002, 134.

² Magna Carta of King John, cited by Judge Warren in the precedent of the Supreme Court of the United States of America entitled “Klopper v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967)”. The Klopper case is available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep386/usrep386213/usrep386213.pdf>.

³ Inter-American Court, “Bayarri vs. Argentina”, court ruling of 10/30/08.

the Court to conclude that there was a notable delay in the aforementioned process lacking a reasoned explanation. The exaggerated elongation, in this case, constituted a forceful element to condemn the State. On that occasion, the Court said “due to the lack of a prompt and definitive resolution of the criminal complaint filed in this case for acts of torture and illegal freedom deprivation, the victim’s right to due judicial protection was affected” and it added “[t]his right includes not only the offended party access to criminal proceedings as a plaintiff, but also the right to obtain a final ruling through effective justice mechanisms. Likewise, taking into account both the notorious delay in the investigation and in the aforementioned process, without a rational explanation, as well as the acknowledgment of facts formulated by the State, the Court considers that Argentina violated Articles 8.1 and 25.1 of the American Convention in detriment of Mr. Juan Carlos Bayarri.”⁴

It is necessary to take into account that the Inter-American Court must carry out a complex assessment of the specific case to assess the observance or non-observance of due process in accordance with the American Convention. This has implications for the scope of the review and effective testing. Regarding the first point, “(the) elucidation of whether or not the State has violated its international obligations by virtue of the actions of its judicial bodies, may lead the Court to examine the respective domestic proceedings. The function of the international court is to determine whether the entire procedure, including the incorporation of evidence, complied with the Convention.”⁵

In other emblematic cases for Argentina, such as that of Mr. Danilo Furlán in the Argentine civil jurisdiction, with ten years of processing for a judgment of first instance (which should have been followed by ordinary appeal instances), or the claim of Mr. Fornerón, in an affiliation procedure with more than ten years in its processing, or the Mémoli case, which led to the substantiation of a civil case and another criminal also elongated in time, the possibility was opened for the Inter-American Court to formulate assessments on judicial processes in Argentina, with regard to their duration. Also,

⁴ Inter-American Court, “Bayarri vs. Argentina”, *op. cit.*, paragraph 117.

⁵ García Ramírez, S., Due process, *Criteria of inter-American jurisprudence*, “Due process in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, Editorial Porrúa, Mexico City, 2012, 25.

closer in time, in the cases of Mrs. Perrone and Mr. Preckel, where administrative issues were debated and later prosecuted for a long period of time, or the case of Mr. Jenkins, in which, based on an unreasonable detention within the framework of a criminal case, a claim for damages was originated against the State, or the case of Mr. Spoltore, where the Court addressed the extension of a labor proceeding where an emergent compensation for occupational disease was discussed. There is a common element in the rulings that we must always keep in mind: the Inter-American Court repeatedly emphasises in its precedents that “if the passing of time has a significant impact on the legal situation of the individual, it will be necessary for the procedure to run with more diligence so that the case be resolved in a short time,”⁶ thus giving a clear mandate to the States in general, and in particular, in the cases mentioned, to the Argentine Republic.

III. *State responsibility and transnational standards*

In the aforementioned Bayarri case, the Regional Court had the opportunity to make it clear that, in addition to the violation of other rights, the Argentine Republic was responsible for the duration of the pre-trial detention imposed on Mr. Bayarri, which not only exceeded the maximum established legal limit, but it was also clearly excessive. The Court considered that the State violated Mr. Bayarri’s right to be tried within a reasonable time or to be released. Likewise, the Court recalled on that occasion that “the reasonable period referred to in Article 8.1 of the Convention must be assessed in relation to the total duration of the criminal proceeding that is carried out against a certain defendant, until a final judgment is handed down” and that, in this matter, the term begins when the first procedural act directed against a certain person as probable responsible for a certain crime is presented⁷. The Court considered that there was a notorious delay in the process lacking a reasoned explanation and therefore did not find it necessary to carry out another analysis to resolve the case.

⁶ Inter-American Court, Case of Valle Jaramillo *et al.* Vs. Colombia, court ruling of 11/27/08.

⁷ Inter-American Court, “Bayarri vs. Argentina”, paragraph 105.

As the local doctrine rightly expresses, it is clear that state responsibility for human rights violations is established as a general rule in two fundamental norms in the Pact of San José, Costa Rica. Article 1.1 states that countries undertake to respect the rights and liberties recognised in said body and to guarantee their free and full exercise, and article 2 completes the concept by proclaiming that, if the rights and freedoms mentioned in article 1 were not already guaranteed by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt legislative or other measures to make them effective. The State must respect and guarantee the fulfilment of its duties and, if there is any gap in protection, it must adopt the pertinent behaviours to fill said potholes.⁸

We must emphasize that the criterion of the supranational Court whose sentences we refer to in this article, has stated that “[w]hen establishing whether the State is internationally responsible for the alleged violation of the rights in Articles 8.1 and 25 of the American Convention, the substantive aspect of the controversy before the Court is not whether sentences or administrative resolutions were issued in the domestic sphere, or whether certain provisions of domestic law were applied or not, in relation to the violations allegedly committed to the detriment of the alleged victims of the facts, but whether the domestic processes allowed them to have true access to justice, in accordance with the standards set forth in the American Convention, to determine the rights that were in dispute”.⁹

IV. *Elements taken into account for the Court to consider the delay in judicial processes*

In the “Fornerón” case, where issues related to family ties between father and daughter were discussed, the Court considered the following elements to determine the reasonableness of the term: *a*) complexity of the matter; *b*) procedural activity of the interested party; *c*) conduct of the judicial authorities, and *d*) affectation generated in the legal situation of the person involved in the process.

⁸ Hitters, J.C. and Fappiano, O.L., *International Human Rights Law*, Volume II, Volume 1, Ediar, Buenos Aires, 2012, 219.

⁹ Inter-American Court, Case Dismissed Congressional Workers vs. Peru, court ruling of 11/24/2006, paragraph 107.

To address the first assumption, the Court took into account that the processes analysed involved, respectively, the custody of a girl who was being claimed by her biological father and the establishment of a visitation regime that would allow the creation of a link between the two. It was also in charge of clarifying that such issues although of great importance and in need of special care, are framed in processes that do not present special complexities and that are not unusual for the nations, which constitutes a relevant fact when analysing the functioning of the administration of justice challenged by the delay in processing. Regarding the procedural activity of Mr. Fornerón, who was seeking recognition and bonding with his youngest daughter, the Court stated that “there is nothing in this case that indicates that the procedural activity of Mr. Fornerón has hindered the domestic proceedings, but who, on the contrary, actively participated in doing everything possible to advance in their resolution”.¹⁰

What stands out in the case under examination is the consideration that the Inter-American Court makes regarding the role of the State in the litigation that took place in Argentina. The Court emphasized that “in a case such as the present one, the responsibility to speed up the procedure falls on the judicial authorities, in consideration of the duty of special protection that they must provide to the girl due to her condition as a minor, and not on the procedural activity of the father. And he added: “[even] more, when Mr. Fornerón made it clear from the beginning to the judicial authorities his will to enforce his rights and fulfil his father duties, which should be guaranteed immediately¹¹”. At this point, it is necessary to remember that, Mr. Fornerón requested before several authorities throughout the process to have contact with his daughter and that their right to be together be recognised.

In the aforementioned Fornerón case, the Inter-American Commission was forceful in affirming that “inactivity on the part of the court does not meet the requirement of basic diligence,” aggravated by the matter and the minor involved in the litigation. The judges of the case had warned of the delay, which they attributed to the accumulation of work. On this point, the Court recalled that “it

¹⁰ Inter-American Court, “Fornerón vs. Argentina”, court ruling of 4/27/2012, paragraph 68.

¹¹ Inter-American Court, Fornerón Case, paragraph 69.

is not possible to claim internal obstacles, such as the lack of infrastructure or personnel to conduct judicial proceedings to be exempt from an international obligation".¹²

Finally, the Court made a relevant consideration for our analysis: to determine the reasonableness of the term, it must also be taken into account the effect generated by the duration of the procedure on the legal situation of the person involved in, considering, among other elements, the issue in dispute. In "Fornerón" the determination of the rights to the family of a girl and those of her biological father, and the possibility of achieving the link between them, was judicially debated. The Inter-American Court had already said in the *Valle Jaramillo et al. vs. Colombia*¹³ that in addition to the examination of reasonableness, the effect generated by the extension of the legal procedure of the person involved in it must be taken into account, especially considering what type of rights are in debate.

The situation of delay in the judicial process was not an insignificant fact in the "Fornerón" case. The intervening national magistrates granted the legal guardianship of the girl taking into account, mainly, the consolidation of the ties that the minor had developed with the guardian couple in the time that had elapsed. As appears from the decision we are examining, Mr. Fornerón, the girl's biological father, was unable to exercise his rights or fulfil his duties as a father, nor has the minor been able to enjoy the rights that correspond to her as a child with respect to her biological family. The Inter-American Court also claimed, "the delay in judicial decisions generated significant, irreversible and irremediable effects on the rights of Mr. Fornerón and his daughter."¹⁴

In conclusion, it is worth noting that the Inter-American Court made a special reference to the right to an effective remedy. By not obtaining a response to his requests, for the reasons already stated, Mr. Fornerón found that fundamental rights had been violated. In this sense, the decision maker highlighted that "the denial of access to justice is related to the effectiveness of remedies, since it is not possible to affirm that an existing remedy within the legal system of

¹² Inter-American Court, Fornerón Case, paragraph 74.

¹³ Inter-American Court, Case of Valle Jaramillo *et al.*, Colombia, *op. cit.*

¹⁴ Inter-American Court, "Fornerón vs. Argentina", court ruling of 4/27/2012.

a State, through which the litigation is not solved due to an unjustified delay in the procedure, can be considered as an effective remedy”.

In the “Furlán” case, where the civil claim referred to compensation for damages, the Inter-American Court had the opportunity to hear another case of delay or undue delay in a judicial proceeding involving Argentina. Beyond the objections of the defendant State party, which maintained at the beginning that domestic remedies had not been exhausted regarding the method of payment of the conviction for the State, the case was sentenced in a transnational jurisdiction.

In the litigation before the Inter-American Court, Sebastián Claus Furlán, represented by his father, Danilo Furlán, sued the Argentine Republic. His claim referred to the violation of fundamental rights precisely because of the violation of the guarantee of reasonable time in a judicial process. He based his claim on the fact that he had sued the Argentine State for damages arising from an accident that occurred on December 21, 1988, when 14-year-old Sebastián Claus Furlán was in a building owned by the Argentine Army for the purpose of entertainment.

As a result of the accident, Sebastián Furlán was admitted to the intensive care unit of an Argentine public hospital, with a diagnosis of “brain trauma with loss of consciousness in a state of coma grade II-III, with a fracture of the right parietal bone.” Due to the injuries received, he had to be operated on. According to the judgment, it has been proven that, after that operation, Sebastián Furlan continued in a grade II coma until December 28, 1988 and in a coma vigil until January 18, 1989. It was also proven that, while he was in intensive care, computed tomography of the brain was performed, which revealed the existence of cerebral and truncal oedema, and electroencephalograms also showed “slowing”.

From reading the background of the case, it is easy to see that the activity of all those involved in the process, including the parties, judges, court clerks, experts, etc. They converged to prolong a process that, due to the dynamics established in the procedural codes and in the judicial management mechanisms at the moment, could be imagined of moderate extension, but not the one that it finally had. The way in which the dispute was raised did not foresee any exceptional situation.

The Inter-American Court considered that in the “Furlán” case, the delay in the development and execution of the civil proceeding for damages could not be justified due to the complexity of the matter. The civil process for damages did not represent a difficult issue.

The Court reiterated in “Furlán” that, “in order to determine the reasonableness of the term, the effect generated by the duration of the legal procedure of the person involved in it must be taken into account, considering, among other elements, the subject matter of controversy”. In this regard, it also restated that “if the passing of time has a significant impact on the legal situation of the individual, it will be necessary for the procedure to proceed with greater diligence so that the case is solved in a short time.” In this case, the compensation owed to Sebastián Furlán did affect his recovery, especially taking into account that he was a minor with a disability and came from a family with few financial resources to afford treatment.

In the “Mémoli” case, the Argentine State also raised at the beginning of the dispute in supranational headquarters the exception of exhaustion of domestic remedies, which was dismissed by the regional Court. The Court, among other proposals of Mr. Carlos Mémoli and Mr. Pablo Carlos Mémoli, analyzed the extension of the civil process against them for more than fifteen years, and in which the precautionary measure of “general inhibition to dispose of and encumber assets” in order to guarantee the eventual payment resulting from said process. As in the previous cases, the sentencing court began its analysis by referring to the fact that “the nature of the civil proceeding in this case does not involve legal or evidentiary aspects or debates that allow it to be considered complex per se.”¹⁵ It is worth clarifying that the dispute between individuals in which both Mr. Mémoli were sued, also originated a criminal case for libel, hence the distinction between the two actions.

According to the details that emerge from the judgment of the Inter-American Court, the judicial process under examination began in December 1997, when the – at the time plaintiffs – Mr. Antonio Guarracino, Mr. Humberto Romanello and Mr. Juan Bernardo Piriz, initiated a civil proceeding for damages against both

¹⁵ Inter-American Court, Mémoli, paragraph 172.

Mr. Carlos and Pablo Mémoli, taking into account the final criminal convictions established against them. At the beginning of 1998 an extensive recursive battle began in which the conduct assumed by both Mr. Mémoli – at that time defendants – had special weight, so much so that it was only in September 2003 that the process was opened to test and was still open in 2012 (when it was initially for twenty days).

Regarding what happened as to the compliance with the standards referred to the reasonable term of the judicial processes, the Court said in the “Mémoli” case that “unlike others analyzed by this Court, the State is not a party to the judicial process and the alleged victims are the defendant and not the plaintiff.¹⁶ For this reason, the Court analyzed “the actions of the State in the exercise of its jurisdictional function, within a reasonable period of time, in the context of the conflict between two private people that were brought to its attention.”¹⁷ The Court also recognised in the aforementioned decision that the number of appeals sought by the parties could have hindered the work of the judicial authorities¹⁸, in reference to the possibility that abusive procedural acts may have been committed. In any case, the Court also considered that the nature of the civil proceeding under analysis did not involve legal or evidentiary aspects or debates that would allow it to be considered complex per se.¹⁹

In “Mémoli”, the Court recalled that it is the State, through its judicial authorities, who must lead the process. This attribution of responsibility of the authorities overshadows all the pronouncements of the Court, which is why it is an unavoidable point in any analysis and at the same time undisputed, at least, in the jurisprudence that is the subject of this study. For the Inter-American Court in “Mémoli”, there was a lack of due diligence on the part of the authorities that is not quantifiable in a specific time delay, but that undoubtedly contributed to the delay in the procedure.²⁰ Likewise, the regional court has been especially forceful in affirming “that said lack of diligence on the part of the authorities is especially rel-

¹⁶ Inter-American Court, “Mémoli ...”, paragraph 171.

¹⁷ Inter-American Court, “Mémoli...”, paragraph 171.

¹⁸ There were more than thirty appeals filed by the parties in the civil process.

¹⁹ Inter-American Court, “Mémoli ...”, paragraph 172.

²⁰ Inter-American Court, “Mémoli ...”, paragraph 176.

evant when considering that the presumed victims have been the object of a precautionary measure of general inhibition of assets, due to possible civil damages, for over seventeen years. Under applicable national law, such orders imply a “general prohibition to sell or encumber your property” and are not limited to a specific amount. The Court recalled that the adoption of precautionary measures that affect private property does not constitute per se a violation of the right to property, even though they do represent a limitation to said right, to the extent that they affect the ability of people to freely dispose of their goods.²¹ In short, the preponderant role of the judge, remained at the centre of the analysis of the regional court.

In the so-called “Perrone”²² case, the Court resolved the claim of Mrs. Elba Clotilde Perrone and Mr. Juan José Preckel, who sued the Argentine Republic. Among other issues that were raised in the transnational headquarters, there was the one related to the violation of the guarantee of a reasonable term to their claim regarding the debt that the State had with them. The Court considered it pertinent to examine the duration of the administrative procedure and the judicial process jointly, since the processing of the administrative claim was a necessary assumption to resort to the jurisdictional route, as stated by the victims when presenting the corresponding claims before the Argentine federal judge.²³ It also considered the four elements to determine the reasonableness of the term: i) the complexity of the matter; ii) the procedural activity of the interested party; iii) the conduct of the judicial authorities, and iv) the effects generated by the legal situation of the person involved in the process. Within the framework of the analysis of said standards, the complexity of the issue to be resolved in the administrative and judicial courts and the procedural activity of the interested parties, who always showed interest in activating the processes, were ruled out. Regarding the conduct of the judicial and administrative authorities, the Court highlighted in both cases the long period that

²¹ Inter-American Court, “Mémoli ...”, paragraph 178.

²² Inter-American Court, “Perrone and Preckel vs. Argentina”, court ruling of October 8, 2019.

²³ The decision of the Inter-American Court was limited to the period in which it was competent *ratione temporis*, taking into account the adherence of the Argentine Republic to the corresponding international instrument.

elapsed from the initial presentation of the claims before the Administrative Division (where the claimants worked) until their final decision in court, without the file arising information to justify it, beyond the absence of precedents in the subject matter²⁴.

The Court concluded in the “Perrone” case that the alleged victims had resources to be able to carry out requests for the work wages they had not received both as a result of the arbitrary detention suffered by Mrs. Perrone and as a result of the arbitrary detention and the subsequent exile of Mr. Preckel. However, it is worth emphasizing that the Inter-American Court considered that both the administrative procedure and the judicial process as a whole, exceeded the reasonable term in an unjustified manner, in contravention of Article 8.1 of the American Convention, resulting in the Argentine Republic being condemned once again. The Court’s affirmation is remarkable insofar as “the judicial process was extended unjustifiably, in the face of controversies in which there was only one plaintiff in each of the processes, there was no evidentiary complexity and only questions of a legal nature were discussed as interpretive.”²⁵ The Inter-American Court summed it up by indicating that “the duration of ten years and eleven months in the case of Mr. Preckel and of more than eleven years, from the recognition of the contentious jurisdiction of the Court, in the case of Mrs. Perrone of the administrative procedure and the judicial process as a whole, exceeded the reasonable term in an unjustified manner, in violation of Article 8.1 of the American Convention.”²⁶

In what constituted a new opportunity to decide on the reasonable term of the judicial proceedings, the Inter-American Court intervened in a case that included criminal and also civil matters. In the Jenkins case²⁷, the Inter-American Court addressed, as it did in “Bayarri”, the issue of the duration of preventive detention, in the first place. But, in order to analyse the standards of duration of the processes, it also addressed the duration of the civil process for compensation for the damages that said deprivation of liberty caused to Mr. Jenkins, followed up against the State of Argentina.

²⁴ Inter-American Court, “Perrone”, paragraphs 144 to 146.

²⁵ Inter-American Court, “Perrone...”, *op. cit.*, paragraph 149.

²⁶ Inter-American Court, “Perrone ...”, *op. cit.*, paragraph 153.

²⁷ Inter-American Court, “Case of Jenkins vs. Argentina”, court ruling of November 26, 2019.

Gabriel Oscar Jenkins sued the Argentine Republic in a supranational venue for the arbitrary deprivation of liberty (by judicially ordered pre-trial detention) from June 8, 1994 to November 13, 1997, as well as for the duration of the procedure related to the civil action for damages and losses that began in December 1999. The State argued, as in other cases, that the action for damages and losses that gave rise to the petition had not been filed in the international jurisdiction.

From the antecedents taken into account by the Inter-American Court, an unjustified extension is noted not only in what was the preventive detention, but also in the civil process that followed and that began in 1999, obtaining a judgment of first instance in the year 2007, which was followed by the recursive route to the Supreme Court of Justice of Argentina. In this sense, according to the judgment of the Regional Court, “the State argued that the procedural activity carried out by Mr. Jenkins in the framework of the proceeding for damages filed against the State had a decisive impact on the duration of the judicial process and, in particular, referred to the filing of resources that, according to the State, were manifestly condemned to dismissal from their origin”.²⁸ The decision also mentions that the State “reported that the Commission analysed the term of the total processing of the case without taking into account the rest of the parameters established by the Court’s jurisprudence, that is, “the complexity of the matter, the activity process of the interested party, the conduct of the judicial authorities and the affectation generated in the situation of the person involved in the process”. The State argued that, according to its internal legal system, civil cases, contrary to the criminal cases that must be instructed *ex officio*, depend purely and exclusively on the impulse of the process by the plaintiff and, therefore, if the process lasted a long time, it was because of the negligent procedural conduct of Mr. Jenkins”.²⁹

Following the standards developed by the regional Court itself that we have been analysing, it specified the complexity of the process, taking into account that “the action brought by Mr. Jenkins involved an analysis by the judicial authorities of the existence

²⁸ Inter-American Court, “Jenkins Case”, paragraph 104.

²⁹ Inter-American Court, “Jenkins Case”, paragraph 105.

or not of a judicial mistake”, referring specifically to the preventive detention ordered with respect to Mr. Jenkins. In this sense, the Court understood that “said determination did not require, therefore, a multitude of evidence that was difficult to assess, but rather an examination of the judicial decisions that dealt with the decision to incarcerate Mr. Jenkins, as well as of the following judicial decisions that rejected the request for release filed by him.”

Regarding the activity displayed by Mr. Jenkins, the Court was very precise in warning that “the correct or incorrect motivation of the appeals (or the inadmissibility of arguments due to their extemporaneous filing) have no relation, nor can they justify, the procedural delay in giving a due response by the judicial authorities to the lawsuit filed by Mr. Jenkins”.³⁰ Taking into account the exercise of the appeals that could have delayed the process and more precisely in relation to the filing of an appeal against the judicial decision to open the case to evidence, the Court noted that Mr. Jenkins was making due use of the means of challenge recognised by the applicable legislation to defend his interests, an issue that cannot be held against him. And as for the aforementioned offers of evidence and the alleged untimely presentation of certain arguments, the Court observed that the State has not carried out any type of evidentiary activity that proves them.³¹ In short, for the Regional Court it was not the procedural activity of the interested party that delayed the judicial process.

In the most recent case brought to the attention of the Inter-American court, the Spoltore case³², a labour case that took years to process before the judiciary of the Province of Buenos Aires, there is a singular fact in the strategy of the Argentine State in transnational courts. During the public hearing held in this case, the State indicated that in the event that the preliminary exception was not accepted, it recognised its responsibility for the excessive duration of the judicial process in which Mr. Spoltore requested compensation for occupational disease. What is striking is that on the one hand Argentina filed exceptions and on the other recognised inter-

³⁰ Inter-American Court, “Jenkins Case”, paragraph 116.

³¹ Inter-American Court, “Jenkins Case”, paragraphs 117 and 118.

³² Inter-American Court, Case of Spoltore vs. Argentina, court ruling of 6/9/2020.

national responsibility. As part of its strategy, it should also be noted that the State informed the Court that the judicial process in question had not been particularly complex and that, in general terms, the interested party gave the expected impetus to the process. For this reason, Argentina admitted that “it is unreasonable that the judicial authorities have taken twelve years to determine whether he was entitled to the claim for occupational disease against his employer”.³³ It is noteworthy that, in this context, the Inter-American Court considered that “the acknowledgment of international responsibility constitutes a positive contribution to the development of this process and to the validity of the principles that inspire the Convention, as well as to the reparation needs of the victims”.³⁴

The Spoltore Case began in June 1988, when Mr. Spoltore filed a labour lawsuit “for compensation arising from occupational disease” against his employer in a labour court. After years of procedural vicissitudes, the Labour Court issued a ruling on June 3, 1997, nine years after the process began, rejecting the lawsuit filed by the plaintiff. Before the exercise of the recursive way, the Supreme Provincial Court (maximum organ in the jurisdiction), dictated sentence in the month of August of the year 2000.³⁵ Beyond the considerations made by the Regional Court regarding labour law issues, for our analysis it is important to note that the Regional Court reiterated that access to justice is one of the components of the right to working conditions that ensure the worker’s health.

V. *Exhortations emerging from transnational precedents*

As the conclusion of this article, we address those warnings that arise from the pronouncements of the Inter-American Court. It is out of the question that what is reasonable is contrary to what is arbitrary. In this paper we have addressed the issue of reasonable time based on the precedents of the Inter-American Court and, in

³³ Inter-American Court, Spoltore Case, paragraph 36.

³⁴ Inter-American Court, Spoltore Case, paragraph 44.

³⁵ Inter-American Court, Spoltore Case, paragraph 30.

this line, we have pointed out that international treaties have set general parameters within which the processes must be conducted. This does not mean a progression on the discretionary scope of each State to design the ways by which it will administer justice, which may respond in its formulation to factors such as culture, legal tradition or the idiosyncrasy of its inhabitants. The regional Court has emphasized that the Inter-American Human Rights System consists of a national level that includes the obligation of each State to guarantee the rights and freedoms provided for in the Convention and to punish the infractions that are committed. And that, if a specific case is not resolved at the domestic or national stage, the Convention provides for an international level in which the main organs are the Inter-American Commission and Court and that the domestic authorities are subject to the rule of law and, therefore, are obliged to apply the provisions in force in the legal system. However, in the six cases analysed, the violation of a guarantee to the detriment of the plaintiffs could not be solved domestically.

In the six cases of inter-American jurisprudence that we considered, the issue related to the term of the judicial proceedings was analysed based on the procedural conduct of the parties and the judiciary and in all of them the requirement of basic diligence was examined, aggravated by the matter in the first two, and for the subsistence of a precautionary measure in the third. In any of the cases studied, the lack of reasonableness in the extension of the processing of the case, following the precedents of the Inter-American Court itself, could have been detracted by the State, if it had exposed and proved that the delay was directly related to with the complexity of the case or with the conduct of the parties.³⁶ We must bear in mind that the Inter-American Court, in a case that precisely involved the Argentine Republic, said that “[i]f the procedural conduct of the person interested in obtaining justice has contributed in some degree to unduly prolonging the duration of the process, it will hardly be constituted in the head of the State a violation of the norm in reasonable time. In any case, taking into account the complexity of the matter and the lack of interest of the plaintiff, among other factors, the overall duration of the litigation

³⁶ Inter-American Court, Case of the Serrano Cruz Sisters vs. El Salvador, court ruling of 3/1/5, paragraphs 69/72.

process would not have the necessary importance to declare the violation of the articles that protect the right to access justice and judicial guarantees.”³⁷ We must emphasize that in none of the cases analysed in which Argentina was convicted, the Court recommended changes in the procedural regulations.

In this context, we can conclude that the dispositive principle in procedural matters finds a limit in these standards that we analyse, since from them the roles of the protagonists of the process are reconfigured. A similar criterion prevails in the European system, because even when in the civil process the dispositive principle in favour of the parties is a priority application, it is the criterion of the Court of Strasbourg that in any case it is up to the State to organise its judicial system so that the standard of reasonable time is met. This was established by the aforementioned Court in “Poelmans vs. Belgium”³⁸, when he recalled that even when the procedure is governed by the dispositive principle, which consists of giving the parties the power of initiative and impulse. It is up to the participating State to organize their judicial systems in such a way that their jurisdictions can each guarantee the right to obtain a final decision on disputes relating to their civil rights and obligations within a reasonable time. To which he added in the precedent “Costa Ribeiro vs Portugal”³⁹ that the judge has sufficient powers to remedy any artifice of the parties that may lead to non-compliance with the aforementioned standards. In order to ensure that no responsibility is attributed to it in the procedural delay, the State must exercise its right to defence and at that time bear all the argumentative and evidentiary burden on the reasonableness of the term, in this sense the Inter-American Commission has indicated that it corresponds to the State to expose and prove the reason why more time than reasonable has been required to issue a final judgment in a particular case. Along the same lines, the Court has indicated that it is up to the State to justify, based on the criteria indicated, the reason why it has required the time that has elapsed to deal with the cases and, in the event that it does not

³⁷ Inter-American Court, “Cantos vs. Argentina”, court ruling of 11/28/2002, paragraph 57.

³⁸ ECHR, “Poelmans v. Belgium”, court ruling of February 3, 2009, app. 35.

³⁹ ECHR, “Costa Ribeiro”, court ruling of April 30, 2003.

prove it, the Court has broad powers to make its own estimate on the subject.⁴⁰

The Inter-American Court – in one of the cases analysed in this paper – emphasised that domestic authorities are subject to the rule of law and, therefore, are obliged to apply the provisions in force in the legal system, but it must be taken into account that when a State is a Party to an international treaty such as the American Convention, all its organs, including its judges and other organs linked to the administration of justice, are also subject to it, which obliges them to ensure that the effects of the provisions of the Convention are not undermined by the application of norms contrary to its object and purpose.⁴¹ It is clear that the duty to direct the process cannot be eluded by the judicial authorities and, particularly in one of the precedents studied, it is clear that the judicial authority must diligently ensure that the procedural deadlines are met.

The regional Court has imposed measures on the Argentine Republic in the “Fornerón” case such as “implementing, within a year and with the respective budget provision, a mandatory program or course aimed at judicial operators, including judges, defenders, prosecutors, advisors and other officials of the Province of Entre Ríos linked to the administration of justice regarding children that contemplates, among others, international human rights standards, particularly, in terms of the rights of children and their best interests and the principle of non-discrimination”. Furthermore, it ordered “to verify, in accordance with the pertinent disciplinary regulations, from the notification of the [...] Judgment and within a reasonable time, the compliance with the law of the conduct of the officials who intervened in the different internal proceedings related to the [...] case and, [...] establish the corresponding responsibilities.”

In “Furlán”, it was provided that the State “must form an interdisciplinary group, which, taking into account the opinion of Sebastián Furlan, will determine the protection and assistance measures that would be most appropriate for their social, educational,

⁴⁰ IACHR, Report No. 74/17, Case 12,656, Merits Report in *Victorio Spoltore vs. Argentina*, paragraph 42.

⁴¹ Inter-American Court, “Furlán...”, paragraph 302.

vocational and labour inclusion.”⁴² The Court also ordered that the Argentine State adopt “the necessary measures to ensure that when a person is diagnosed with serious problems or sequels related to disability, the person or their family group is given a letter of rights that summarizes in synthetic, clear and accessible manner the benefits contemplated by Argentine regulations.

In *Mémoli*, with its decision, the regional Court directly entered the process by ordering the State “immediately revoke the precautionary measure of general inhibition of assets that weighs on Carlos and Pablo Mémoli, and present a report on compliance with this measure, in a period of three months,” but not before ordering the State to adopt “the necessary measures to solve the civil proceeding against both Mr. Mémoli as quickly as possible.”

In the “Perrone” case, the Court considered that both the administrative procedure and the judicial process as a whole had ended to such an extent that they violated the Convention. In the judgment, it ordered that the State should make the following publications: *a*) the official summary of the Judgment prepared by the Court, once only, in the Official Gazette, in a newspaper with wide national circulation in legible font size and *b*) this Judgment in its entirety, available for at least one year, on the website of the Judicial Information Centre, accessible open to the public.

In the “Jenkins” case, the Court ordered, in the part of interest to this study, a series of compensations in favour of the claimant, taking into account the responsibility of the State in the violation of the right to judicial guarantees enshrined in article 8.1 of the American Convention on Human Rights, in relation to the obligation to guarantee the rights established in article 1.1 of the same instrument, to the detriment of Mr. Gabriel Óscar Jenkins.

Finally, in the *Spoltore* case, the excessive delay in the labour process having been proven and admitted by the State, the Court concluded that the State is responsible for the violation of the rights recognised in Articles 8.1 and 25.1 of the American Convention on Human Rights, in relation to the obligation to respect and guarantee said rights, enshrined in article 1.1 of the same, for the violation of the reasonable term in the judicial process, to the detriment of Victorio Spoltore and ordered the claimant to be

⁴² Inter-American Court, “Furlán...”, paragraph 288.

compensated, although in view of his death the amounts they should have been perceived by their heirs. Likewise, the Court ordered the publication of the conviction in a newspaper with wide national circulation.

VI. *Conclusions*

It has become clear what are the elements that the Court considers to analyze the delays: *a*) complexity of the matter; *b*) procedural activity of the interested party; *c*) conduct of the judicial authorities, and *d*) affectation generated in the legal situation of the person involved in the process. In addition to the foregoing, which refers to precise indications in each case, we can also conclude from the analysis of the precedents of the Inter-American Court, that beyond the specific exhortations inherent to the subject put for its consideration, it is clear that there are consolidated concepts in the matter that, without further protocols, could be taken into account in each judicial process as a way of preventing invaluable consequences, such as the case of the well-known principle of procedural economy, to which we have referred in some of the cases analysed. Said principle, habitually addressed by procedural law and not infrequently invoked by the judges and the parties, according to qualified national doctrine, “is comprehensive of all those provisions that tend to shorten and simplify the process, preventing its unreasonable prolongation from making the protection of the rights and interests included in it inoperative”, and adds the variants embodied in the principles of: concentration, eventuality, speed and sanitation.⁴³

That will be the opportunity and the effective way to comply with the line marked by the Court when it says that “[t]he judges and bodies linked to the administration of justice at all levels are obliged to exercise *ex officio* a “control of conventionality” between the internal norms and the American Convention, within the framework of their respective competences and the corresponding procedural regulations”. The regional Court emphasizes that “in this task, the judges and bodies linked to the administration of justice

⁴³ Palacio, E.L., *Manual of Civil Procedure Law*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 59.

must take into account not only the treaty, but also the interpretation of it made by the Inter-American Court, the ultimate interpreter of the American Convention.”⁴⁴

Abstract

The issue of reasonable time of processes as a part of jurisdictional protection, based on the precedents of the Inter-American Court, is considered in the light of international treaties that have set general parameters within which the processes must be conducted. Six Argentine cases of inter-American jurisprudence – the ultimate interpreter of the American Convention – were considered, analysing the Court criteria, recommendations and the elements taken into account to determine the reasonableness of the term of judicial processes.

La questione della ragionevole durata dei processi nell’ambito della tutela giurisdizionale, sulla base dei precedenti della Corte Interamericana, è considerata alla luce dei trattati internazionali che hanno fissato parametri generali entro i quali devono essere condotti i processi. Sono stati esaminati sei casi argentini di giurisprudenza interamericana – interprete ultimo della Convenzione Americana – analizzando i criteri della Corte, le raccomandazioni e gli elementi presi in considerazione per determinare la ragionevolezza della durata dei processi giudiziari.

⁴⁴ Inter-American Court, “Furlán...”, paragraph 303.

CLAUDIA MARCHESE

IL RUOLO DELLA SCIENZA
NEI PROCESSI DI DECISIONE PUBBLICA.
LEZIONI DALL'ESPERIENZA FRANCESE
E DA QUELLA ITALIANA
IN OCCASIONE DELLA CRISI PANDEMICA

SOMMARIO: 1. Il ruolo della scienza nei processi di decisione pubblica e l'accelerazione imposta dalla crisi pandemica. – 2. Gli strumenti di gestione della crisi pandemica nell'ordinamento interno ed in quello francese ed il ricorso a comitati scientifici. – 3. L'istituzione ed il funzionamento dei comitati scientifici in Francia ed in Italia in occasione della crisi pandemica. Analisi e considerazioni comparative. – 4. L'apporto dei comitati scientifici nei processi di decisione pubblica: dai processi decisionali *science based* al timore di decisioni *science driven*. – 5. Le lezioni tratte dalla crisi pandemica ed il rischio della «sindrome del paravento».

1. *Il ruolo della scienza nei processi di decisione pubblica e l'accelerazione imposta dalla crisi pandemica*

L'apporto del sapere scientifico nei processi di decisione pubblica è diventato crescente nel corso degli anni, raggiungendo i massimi picchi in occasione della crisi pandemica a fronte della diffusione su scala mondiale di un virus ancora sconosciuto e della necessità di arginarne la diffusione. L'intervento della scienza nei processi di decisione pubblica costituisce però tutt'altro che una novità, invero esso appare consolidato in materia di tutela della salute pubblica, nonché in materia di ambiente e in generale in tutti quegli ambiti in cui la decisione pubblica è tenuta a fondarsi su conoscenze scientifiche¹.

¹ In merito all'apporto del sapere scientifico nei processi decisionali pubblici v. A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; Id., *Leggi "science driven" e CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, 119; G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quad. cost.*, 2022, 1, 73; G.M. Flick, *Un cortocircuito tra ricerca scientifica, decisione politica e informazione ai tempi della pandemia*, in *Cass. pen.*, 2022, 1, 48; S. Pe-

D'altronde, la stessa Corte costituzionale italiana ha affermato in numerose pronunce l'esistenza di una «riserva di scienza» quale dovere del legislatore e, in generale, del decisore politico di fondare le proprie decisioni sui saperi scientifici nel caso in cui il processo decisionale implichi valutazioni tecniche². In simili casi il decisore, sia esso il legislatore o l'esecutivo, non può esercitare una piena discrezionalità, ma deve prendere in considerazione lo stato delle conoscenze scientifiche acquisite tramite istituzioni o organismi tecnico-scientifici. Sussiste, dunque, una limitazione della discrezionalità inversamente proporzionale al rapporto tra conoscenze scientifiche e oggetto della regolazione secondo cui maggiori saranno le conoscenze scientifiche, minore sarà lo spazio per la discrezionalità del decisore e viceversa.

Ciò non toglie che la presenza di valutazioni scientifiche non dovrebbe portare ad azzerare la discrezionalità del decisore politico in quanto compito degli esperti non è quello di sostituirsi al soggetto chiamato a decidere, bensì quello di prospettare le diverse soluzioni possibili sulla base delle evidenze scientifiche³. Nell'ambito

nasa, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, in *Rivista di diritti comparati*, 2021, 1; L. Busatta, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento, e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1; M. Morvillo, *Between Politics and Expertise: an Italian Perspective on Constitutional Law and Scientific Legitimacy*, in *European journal of Risk Regulation*, 2016, 3, 475.

Nella dottrina francese v. P. Roqueplo, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Versailles, 1997; A. Ghozia, *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire*, Bordeaux, 2016; P. Papon, *La démocratie a-t-elle besoin de la science?*, Parigi, 2020; L. Starck, *Science, expertise et décisions politiques*, in *Civitas Europa*, 2020, 2, 9; J. Chevallier, *Expertise scientifique et décision politique*, in *RDSS*, 2020, 831.

² Per l'affermazione di una riserva di scienza, nella giurisprudenza costituzionale v. *ex multis* Corte cost. sentt. nn. 282/2002; 185/1998; 151/2008; 162/2014; 5/2018. In dottrina sull'esistenza di una riserva di scienza v. Q. Camerlengo, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, 5, 695; R. Bin, *La Corte e la scienza*, in *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005; G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 2; D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019; G. Ragone, *Empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020. Da ultimo si veda G. Fontana, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 1, 800.

³ In questo senso, G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 94, secondo cui «alla politica spetta orientare i fini del-

di tali soluzioni il decisore è chiamato ad orientare le proprie scelte, fermo restando che rispetto agli scienziati, che fondano le proprie indicazioni esclusivamente sul sapere scientifico, il decisore politico è tenuto a considerare una pluralità di aspetti e di situazioni giuridiche coinvolte.

Evidenziato il crescente ruolo acquisito dal sapere scientifico nell'ambito dei processi di decisione pubblica e posta in rilievo l'affermazione da parte della Corte costituzionale italiana di una c.d. riserva di scienza, occorre domandarsi se alla luce dell'esperienza pandemica possa dirsi confermato l'assunto che impone ai detentori del sapere scientifico di non sostituirsi al decisore politico, essendo preservato il potere di quest'ultimo di decidere sulla base delle diverse opzioni segnalate dagli esperti.

L'esperienza pandemica appare fondamentale al fine di compiere una simile verifica giacché nel corso della stessa le procedure di consultazione di scienziati ed esperti sono state fondamentali allo scopo, dapprima, di individuare le misure da adottare per contrastare il diffondersi della pandemia e, successivamente, di definire una strategia per il ritorno alla c.d. normalità. Pertanto, nel prosieguo si procederà ad analizzare il ricorso al sapere scientifico nell'assunzione di decisioni pubbliche in occasione della crisi pandemica all'interno dell'esperienza italiana e di quella francese⁴.

l'azione, mentre è compito della scienza suggerire gli strumenti per raggiungerli, prospettando diversi scenari all'interno dei quali l'opzione ultima spetta al decisore politico».

⁴ Sul tema dell'intervento degli organismi tecnico-scientifici in occasione della crisi pandemica v. L. Del Corona, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 1, 535; G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit.; S. Penasa, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica. Spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, II, Bologna, 2021; M. Terzi, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum Quad. cost.*, 2020, 2; G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *Biolaw Journal*, 2020, 1, 89; F. Laviola, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 2021, 20, 127; M. Tomasi, *I pareri del CTS in tema di misure di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 1, 601.

Nella dottrina francese si vedano per tutti J. Chevallier, *Expertise scientifique et décision politique*, in *RDSS*, 2020, 831; L. Starck, *Science, expertise et décisions politi-*

La scelta di analizzare e comparare l'esperienza maturata all'interno di questi due ordinamenti si fonda sull'istituzione in entrambi, sin dall'inizio della crisi pandemica, di comitati scientifici *ad hoc* chiamati ad assistere l'esecutivo nell'adozione di misure riguardanti la gestione della crisi pandemica⁵. Una simile scelta vale a contraddistinguere e a rendere comparabile l'esperienza di questi due ordinamenti rispetto all'esperienza di Paesi, come la Germania e gli Stati Uniti d'America, che si sono invece avvalsi del supporto tecnico-scientifico di agenzie e di organismi preesistenti caratterizzati da un'organizzazione strutturata e consolidata.

Al fine di meglio comprendere i meccanismi di funzionamento ed il ruolo assolto dai comitati tecnico-scientifici nel corso della pandemia, occorre procedere ad inquadrare in maniera preventiva gli strumenti di gestione della crisi pandemica adottati nell'ordinamento interno ed in quello francese. La definizione del contesto nel quale sono stati chiamati ad intervenire i comitati tecnico-scientifici appare, infatti, imprescindibile al fine di comprendere l'apporto fornito da questi ultimi all'assunzione di decisioni pubbliche.

2. *Gli strumenti di gestione della crisi pandemica nell'ordinamento interno ed in quello francese ed il ricorso a comitati scientifici*

A fronte dell'emersione della crisi pandemica tanto nell'ordinamento interno quanto nell'ordinamento francese si è verificato un accentramento dei poteri in capo all'esecutivo, costituisce però

ques, cit., 9. Interessanti appaiono le riflessioni di J.M. Pontier, *Covid-19: l'ombre d'un doute*, in *AJDA*, 2020, 1681, che riflette sui rischi determinati dall'intervento di una pluralità di organismi tecnico-scientifici nella gestione della crisi sanitaria. Occorre, infatti, ricordare come nell'ordinamento francese il ricorso all'*expertise* appaia fortemente radicato e diffuso. Pertanto, oltre all'intervento del comitato tecnico-scientifico istituito ex art. 3131-19 del *Code de la Santé Publique*, si è registrato l'intervento dell'*Agence nationale de santé publique*, dell'*Haute Autorité de Santé*, dell'*Haute Conseil de Santé Publique*. Il comitato tecnico-scientifico è stato, poi, affiancato da un *Comité analyse, recherche et expertise*, istituito anch'esso in occasione della crisi pandemica e presieduto dal virologo e premio Nobel per la medicina Françoise Barré-Sinoussi, avente il compito di studiare gli effetti delle misure adottate per contrastare la pandemia e di suggerire quelle necessarie per uscire dal confinamento.

⁵ Segnatamente il comitato tecnico-scientifico italiano è stato istituito con ordinanza del 3 febbraio 2020, n. 630 del Capo del Dipartimento della Protezione Civile ed è stato sciolto a seguito della cessazione dello stato di emergenza Covid-19 il 31 marzo 2022. Diversamente, il comitato scientifico francese, istituito nel mese di marzo 2020, cesserà dalle proprie funzioni alla data del 31 luglio 2022.

una differenza di non poco rilievo la riconducibilità nell'ordinamento francese dei poteri esercitati dall'esecutivo alla dichiarazione di un apposito stato di emergenza sanitaria⁶. Quanto all'ordinamento italiano, la gestione della crisi pandemica (soprattutto nelle sue prime fasi) si è fondata su interventi del Governo aventi la forma di decreti-legge e di D.P.C.M.⁷.

Il primo decreto-legge al quale è possibile fare riferimento è il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19". Tale decreto all'art. 1 ha conferito alle autorità competenti il potere di adottare ogni misura di contenimento dell'epidemia adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica.

Al d.l. n. 6 del 2020 sono seguiti innumerevoli altri decreti-legge e D.P.C.M. che, nella prima fase della crisi pandemica, sono stati caratterizzati da un approccio rigido per poi procedere ad un graduale allentamento delle misure restrittive⁸.

La reazione dell'ordinamento italiano alla crisi pandemica è stata quindi caratterizzata da interventi puntuali, volti a fronteggiare la crisi a seconda delle sue evoluzioni. Appare evidente come una simile modalità di intervento, dovendo tenere conto della costante evoluzione della situazione epidemiologica e sanitaria, non possa in alcun modo prescindere dalla costante consultazione di esperti.

Al fine di soddisfare tale esigenza, con ordinanza del 3 febbraio 2020, n. 630 del Capo del Dipartimento della Protezione Ci-

⁶ Sul rafforzamento dei poteri dell'esecutivo nell'ordinamento francese v. per tutti S. Renard, *L'état d'urgence sanitaire: droit d'exception et exceptions au droit*, in *RDLF*, 2020, 13, nonché A. Gelblat, L. Marguet, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2020, 7, secondo i quali «l'apport principal de l'état d'urgence sanitaire réside dans la charte blanche désormais accordée au Gouvernement pour légiférer en cas de crise sanitaire».

⁷ In relazione all'ordinamento interno sul ruolo del Governo nella gestione della crisi pandemica si vedano per tutti E.C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2021, 2; E. Longo, M. Malvicini, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da Covid-19*, in *Federalismi.it*, 2020, 2.

⁸ Tra i primi D.P.C.M. adottati al fine di fronteggiare la crisi pandemica è possibile richiamare il D.P.C.M. 8 marzo 2020 riguardante l'istituzione della c.d. zona rossa in Lombardia ed in altre quattordici province ed il successivo D.P.C.M. 9 marzo 2020 che ha esteso le limitazioni sul territorio nazionale. A seguito di questi due decreti si è assistito ad un graduale irrigidimento delle misure disposte, sino a giungere al D.P.C.M. 22 marzo 2020 che ha previsto la sospensione della maggior parte delle attività produttive, fatte salve quelle indicate nell'allegato al decreto.

vile è stato istituito un comitato tecnico-scientifico avente competenza in materia di tutela della salute pubblica. Tale comitato è stato affiancato da ulteriori organismi tecnico-scientifici quali la *task force* istituita dal Ministro per l'Innovazione tecnologica, in accordo con il Ministro della Salute, al fine di valutare e proporre soluzioni tecnologiche per contrastare la pandemia, nonché in un primo momento il comitato di esperti in materia economica e sociale.

La composizione del comitato tecnico-scientifico è stata definita dall'art. 2 dell'ordinanza del 3 febbraio 2020, n. 630, che sancisce che il Capo del Dipartimento della Protezione Civile si avvale di un comitato tecnico-scientifico, istituito con proprio provvedimento, composto dal Segretario Generale del Ministero della Salute, dal Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del comitato. Sin dalla sua istituzione è stata poi prevista la possibilità di integrare la composizione del comitato in relazione a specifiche esigenze.

Sulla base di tale previsione la composizione del comitato tecnico-scientifico è stata modificata a più riprese nel corso dell'emergenza pandemica⁹. Ciò che rileva evidenziare in questo momento è come l'ordinanza istitutiva inquadrasse il comitato tecnico-scienti-

⁹ La composizione del comitato tecnico-scientifico è stata modificata dalle seguenti ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile: ordinanza 18 aprile 2020; ordinanza 15 maggio 2020; ordinanza 7 ottobre 2020; ordinanza 25 novembre 2020; ordinanza 29 gennaio 2021; ordinanza 17 marzo 2021. È interessante rilevare come a seguito dell'ordinanza del 17 marzo 2021 la composizione del comitato, tradizionalmente fondata sulla presenza di esperti in materia di salute pubblica, è stata integrata da esperti del settore statistico-matematico-previsionale al fine di definire il quadro della situazione epidemiologica. Più ampia si è presentata *ab origine* la composizione del comitato tecnico-scientifico francese prendendovi parte non solo specialisti in malattie infettive, quali epidemiologi, infettivologi, virologi e anestesisti, ma anche sociologi, antropologi e matematici. Una simile composizione si mostra d'altronde coerente con la necessità di gestire l'ampio spettro di conseguenze determinate dalla crisi pandemica.

fico quale organismo tecnico posto a supporto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile. Nella prassi, invece, il comitato tecnico-scientifico ha operato prevalentemente quale organo consultivo del Governo.

Tale attività svolta a favore dell'esecutivo rinviene un primo formale riconoscimento solo ad opera dell'art. 2, comma 1, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Quest'ultimo articolo prevede che per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti dell'esecutivo sono adottati sentito, di norma, il comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

Tale previsione costituisce una prima embrionale forma di procedimentalizzazione dell'intervento del comitato tecnico-scientifico all'interno del processo decisionale. Tuttavia, vale la pena evidenziare come alla data del 25 marzo 2020 il Governo italiano avesse già disposto significative misure volte a contrastare la diffusione della pandemia, aspetto che consente di supporre come in un primo momento della crisi pandemica i rapporti tra il Governo ed il comitato tecnico-scientifico siano stati improntati sulla base di rapporti informali¹⁰.

Tale profilo sarà approfondito nel prosieguo, esso vale però a cominciare a delineare un netto *discrimen* tra l'esperienza italiana e quella francese: la gestione dell'emergenza pandemica nell'ordinamento francese, al contrario di quella italiana, è basata su un modello fortemente procedimentalizzato in cui tanto l'intervento dell'esecutivo quanto quello del comitato tecnico-scientifico rinven- gono il proprio fondamento nella disciplina legislativa dello stato di emergenza sanitaria.

¹⁰ In dottrina G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 74, la quale rileva come «mentre il Parlamento, quando ha ritenuto necessario confrontarsi con rappresentanti del mondo scientifico è ricorso a canali di dialogo tradizionali (in primis le interrogazioni parlamentari e il Servizio Studi), da parte dell'esecutivo, già dal Governo Conte-bis, si è invece assistito a modalità di consultazione delle c.d. comunità epistemiche elaborate ad hoc, talvolta in itinere e per alcuni tratti inedite». L'Autrice evidenzia, inoltre, come il funzionamento del comitato tecnico-scientifico sia stato "cangiante", in quanto modulato a seconda delle fasi della crisi, dei temi trattati e delle sollecitazioni provenienti dall'esecutivo. Dello stesso avviso, L. Del Corona, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., 554, la quale evidenzia come, in assenza di una disciplina specifica del ruolo del comitato tecnico-scientifico, il peso dei suoi pareri e la scelta stessa del se ricorrere alla consulenza scientifica è stata completamente rimessa alla discrezionalità del Governo.

Tale stato emergenziale, introdotto *ad hoc* in occasione della crisi pandemica dalla legge 23 marzo 2020 n. 290, rinviene la propria disciplina all'art. 3131-12 e ss. del *Code de la Santé Publique*, il quale prevede uno stato di emergenza sanitaria che può essere dichiarato in tutto o in parte del territorio nazionale in presenza di una catastrofe sanitaria che metta in pericolo, per la sua natura e la sua gravità, la salute della popolazione¹¹.

Invero, l'ordinamento francese, a differenza dell'ordinamento italiano, si caratterizza per la previsione di una pluralità di stati emergenziali, nell'ambito dei quali lo stato di emergenza sanitaria costituisce solo l'ultima innovazione¹². In relazione all'ordinamento francese è, infatti, possibile richiamare nel novero delle discipline emergenziali: i poteri riconosciuti dall'art. 16 della Costituzione al Capo di Stato; la disciplina dell'*état d'urgence* recata dalla legge del 3 aprile 1995, n. 385; la regolamentazione dell'emergenza sanitaria posta dall'art. 3131-1 del *Code de Santé Publique* ed introdotta nella sua originaria formulazione con legge del 9 agosto 2004, n. 806.

Antecedentemente all'adozione della legge 23 marzo 2020 n. 290, a fronte dell'emergenza pandemica la dottrina francese si è interrogata in merito alla possibilità di fare ricorso alla disciplina emergenziale di cui alla legge del 3 aprile 1955 n. 385 ovvero alle previsioni di cui all'art. 3131-1 del *Code de la Santé Publique*. La legge del 3 aprile 1955, n. 385 prevede uno stato emergenziale che può essere dichiarato su tutto o parte del territorio nazionale dal Consiglio dei Ministri con decreto in caso di pericolo imminente

¹¹ Nella dottrina francese sullo stato di emergenza sanitaria v. A. Gelblat, L. Marguet, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2020; S. Renard, *L'état d'urgence sanitaire: droit d'exception et exceptions au droit*, in *RDLF*, 2020, 13; J. Petit, *L'état d'urgence sanitaire*, in *AJDA*, 2020, 15, 833; J.E. Gicquel, *Covid-19: crise sanitaire et crise des normes*, in *Recueil Dalloz*, 2020, 719.

¹² Per una panoramica in merito ai diversi stati emergenziali previsti nell'ordinamento francese v. per tutti M.L. Basilien-Gainche, *L'État de droit et états d'exception*, Paris, 2013. Sull'assenza della necessità di introdurre un nuovo stato emergenziale al fine di contrastare la crisi pandemica v. D. De Béchillon, *Le Conseil d'État refuse d'imposer le confinement total mais impose un durcissement de la réglementation sur les sorties et les marchés couverts*, in *Le club des juristes*, 23 marzo 2020; D. Truchet, *Covid 19: Point de vue d'un « administrativiste sanitaire »*, in *Blog Jus politicum*, 27 marzo 2020; Id., *Avant l'état d'urgence sanitaire: premières questions, premières réponses*, in *Revue Française de Droit Administrative*, 2020, 597; P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique*, in *Mediapart*, 23 marzo 2020, che mette in guardia contro i rischi determinati da una moltiplicazione degli Stati emergenziali.

consistente in una grave minaccia per l'ordine pubblica o in caso di eventi che, per la loro natura o per la loro gravità, presentino il carattere di calamità pubblica¹³. Lo stato di emergenza dichiarato con decreto del Consiglio dei Ministri ha una durata di dodici giorni, dopodiché può essere prorogato solo con legge che ne fissi il termine finale.

L'Assemblea nazionale ed il Senato sono informati, senza ritardo, delle misure adottate dal Governo durante lo stato di emergenza e nel quadro di un'attività di controllo possono richiedere tutte le informazioni ulteriori. La dichiarazione di tale stato di emergenza determina il riconoscimento di pregnanti poteri in capo ai prefetti ed al Ministro dell'Interno. In particolare, durante la vigenza dello stato di emergenza il prefetto ha il potere di proibire la circolazione delle persone e dei veicoli nei luoghi e negli orari individuati con propria decisione. Questi può inoltre inibire il soggiorno in tutto o parte del territorio ai soggetti in relazione ai quali vi è un serio timore che possano costituire una minaccia per la sicurezza e per l'ordine pubblico. Dal suo canto, il Ministro dell'Interno gode del potere di disporre "*l'assignation à résidence*" di ogni persona in relazione alla quale vi sia seria ragione di pensare che il suo comportamento costituisca una minaccia per la sicurezza e per l'ordine pubblico. Infine, il Ministro dell'Interno può ordinare la chiusura provvisoria delle sale da spettacolo, dei luoghi di riunione e dei luoghi di culto in cui abbiano luogo condotte di provocazione all'odio o alla violenza ovvero alla commissione di atti di terrorismo. Le misure disposte cessano con il venir meno dello stato d'emergenza.

¹³ In dottrina sullo stato di emergenza securitaria v. R. Drago, *L'état d'urgence*, in *RD publ.*, 1955, 671; F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Parigi, 2001; P. Caille, *L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation*, in *Revue du droit public*, 2, 2007, 329; F. Rolin, *L'état d'urgence, in 1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, a cura di B. Mathieu, Parigi, 2008, 612; P. Jan, *Qu'est-ce que l'état d'urgence? Son régime juridique*, in *Droitpublic.net*, 2015, 1. Per una comparazione tra stato di emergenza securitaria e stato di emergenza sanitaria v. J. Petit, *L'état d'urgence sanitaire*, cit., 835.

Lo stato di emergenza securitaria disciplinato dalla legge 3 aprile 1955, n. 385 ha trovato applicazione dapprima in relazione alla guerra d'Algeria e successivamente nei territori d'Oltremare e nelle rivolte delle *banlieues* parigine del 2005. Da ultimo tale stato di emergenza ha trovato applicazione nella lotta alla minaccia terroristica. A seguito dei sanguinosi episodi dell'attacco al Bataclan, esso è stato dichiarato dal Presidente François Hollande il 13 novembre 2015 e, tramite il susseguirsi di ben cinque proroghe, è restato in vigore sino al 22 settembre 2017.

Come appare evidente, ad un simile stato di emergenza sono sottese ragioni di ordine pubblico del tutto differenti dalle esigenze emerse in costanza della crisi pandemica. Inoltre, le misure di cui si prevede la possibilità di adozione costituiscono misure che interessano specifici individui e che non appaiono, dunque, idonee a spiegare i propri effetti nei confronti della generalità dei consociati.

Quanto alla disciplina emergenziale dettata dall'art. 3131-1 del *Code de la Santé Publique*, tale articolo prevede il potere del Ministro della Salute in caso di minaccia sanitaria grave, specialmente in caso di minaccia di epidemia, di disporre nell'interesse della salute pubblica tutte le misure strettamente proporzionate alla situazione di rischio ed appropriate alle circostanze di tempo e di luogo al fine di prevenire e di limitare le conseguenze delle minacce possibili sulla salute della popolazione. Tali misure sono oggetto di esame periodico da parte dell'*Haut Conseil de Santé Publique*.

Le previsioni dell'art. 3131-1 del *Code de la Santé Publique* appaiono, dunque, maggiormente adeguate a fronteggiare un pericolo per la salute pubblica quale è la crisi pandemica, soprattutto se comparate con la disciplina dell'emergenza securitaria di cui alla legge del 3 aprile 1955, n. 385. Tuttavia, pur trattandosi di una disciplina emergenziale appositamente prevista al fine di tutelare la salute pubblica, emergono differenti criticità. Infatti, analizzando quanto previsto dall'art. 3131-1 del *Code de la Santé Publique* è agevole notare come il presupposto dei poteri emergenziali ivi previsti si rinvenga nella minaccia di epidemia. Un simile presupposto appariva già superato nel mese di marzo 2020: invero, la diffusione del Covid-19 era già tale da aver superato lo stato di semplice minaccia, per assumere i caratteri dell'epidemia in atto. Quest'ultimo rilievo consente di comprendere le ragioni per le quali i poteri emergenziali di cui all'art. 3131-1 del *Code de la Santé Publique*, concernendo una fase preventiva rispetto alla concreta diffusione di una epidemia, sono apparsi inadeguati a fronteggiare la crisi pandemica da Covid-19¹⁴.

¹⁴ Nella dottrina francese condivide tale ricostruzione J-E. Gicquel, *Covid-19: crise sanitaire et crise des normes*, cit., 719, il quale evidenzia come le differenze tra i poteri emergenziali ex art. 3131-1 del *Code de la Santé Publique* e lo stato di emergenza sanitaria di recente introduzione non risiedano soltanto nella differenza di presupposti, ma anche nell'organo deputato ad esercitare poteri emergenziali. In presenza di una minaccia sanitaria grave le previsioni dell'art. 3131-1 del *Code de la Santé Publique*

Ulteriori criticità emergono considerando i poteri spettanti al Ministro della Salute sulla base delle previsioni dell'art. 3131-1 del *Code de la Santé Publique*. Ad avviso della dottrina francese, infatti, se è vero che la previsione *de qua* abilita il Ministro della Salute ad adottare tutte le misure strettamente proporzionate alla situazione di rischio ed appropriate alle circostanze di tempo e di luogo, è altresì vero che i poteri del Ministro non potrebbero spingersi sino al punto di ordinare forme di confinamento generalizzato che nell'esperienza pratica si sono, invece, rese necessarie a fronte della diffusione della pandemia¹⁵. Alla luce di questi ultimi rilievi rinviene spiegazione l'introduzione nel *Code de la Santé Publique* di un apposito stato emergenziale in occasione della crisi pandemica.

Venendo a quest'ultimo, come già anticipato, l'art. 3131-12 del *Code de la Santé Publique* sancisce che uno stato di emergenza sanitaria può essere dichiarato in tutto o in parte del territorio nazionale in presenza di una catastrofe sanitaria che metta in pericolo, per la sua natura e per la sua gravità, la salute della popolazione. Il successivo articolo 3131-13 dispone che lo stato di emergenza sanitaria è dichiarato con decreto del Consiglio dei Ministri, sentito il Ministro della Salute. Il decreto deve essere motivato ed i dati scientifici che ne hanno sorretto l'adozione devono essere resi pubblici.

abilitano il Ministro della Salute ad adottare tutte le misure proporzionate alla situazione di rischio ed appropriate alle circostanze di tempo e di luogo al fine di prevenire e di limitare le conseguenze delle minacce possibili alla salute pubblica. Sulla base di tale previsione in occasione della crisi pandemica tra il 20 febbraio ed il 21 marzo 2020 sono stati adottati dal Ministro della Salute quindici *arrêts*. Diversamente, nel caso in cui si riscontri il presupposto della catastrofe sanitaria la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria *ex art.* 3131-12 del *Code de la Santé Publique* attribuisce al Primo Ministro poteri limitativi di diritti e libertà al fine di fronteggiare la situazione emergenziale già in atto. Le misure limitative di diritti che il Primo Ministro può disporre sono individuate dall'art. 3131-15 del *Code de la Santé Publique*. Tuttavia, non si tratta di un'elencazione tassativa, posto che il Primo Ministro può adottare ogni altra misura regolamentare idonea a mettere fine alla catastrofe sanitaria. Le misure disposte dal Primo Ministro possono, poi, essere completate da misure urgenti adottate dal Ministro della Salute e da misure adottate dai prefetti e dai sindaci. Si determina, dunque, un complesso quadro di poteri emergenziali. Ulteriore elemento che vale a distinguere lo stato di emergenza sanitaria dagli altri stati emergenziali è l'apporto fornito dal sapere scientifico. Sul punto v. J. Petit, *L'état d'urgence sanitaire*, cit., 833, il quale rileva come la singolarità dello stato di emergenza sanitaria risieda nel fatto che occorre trovare un equilibrio non solo tra ordine pubblico e libertà, ma tra potere politico e potere scientifico.

¹⁵ In questo senso v. J.-E. Gicquel, *Covid-19: crise sanitaire et crise des normes*, cit., 720.

Sin dalla previsione dell'art. 3131-13 emerge, dunque, l'importanza dei dati scientifici che sorreggono l'adozione del decreto a mezzo del quale è dichiarato lo stato emergenziale. La rilevanza del dato scientifico, tuttavia, non si arresta al momento genetico, al contrario il parere del comitato tecnico-scientifico è imprescindibile ai fini sia della proroga sia della cessazione dello stato di emergenza sanitaria. In particolare, lo stato di emergenza sanitaria dichiarato ai sensi dell'art. 3131-12 del *Code de la Santé Publique* ha una vigenza di trenta giorni. Qualora occorra prorogarne la vigenza, la proroga può essere disposta solo previa autorizzazione legislativa dopo aver sentito il parere del comitato tecnico-scientifico. Il parere del comitato tecnico-scientifico appare fondamentale anche ai fini della cessazione anticipata dello stato di emergenza: quest'ultima può essere disposta a mezzo di decreto del Consiglio dei Ministri solo previo parere del comitato tecnico-scientifico.

Alla luce di quanto esposto, il ruolo del comitato tecnico-scientifico appare fondamentale in relazione ai diversi momenti dello stato di emergenza sanitaria: dalla genesi, alla proroga, alla cessazione anticipata dello stesso.

Svolti questi primi rilievi in relazione agli strumenti impiegati nell'ordinamento interno ed in quello francese al fine di contrastare il dilagare dell'emergenza pandemica, sembra possibile esaminare più nel dettaglio le modalità di istituzione e di funzionamento dei comitati tecnico-scientifici nelle due esperienze considerate e provare a sviluppare dei rilievi comparativi.

3. *L'istituzione ed il funzionamento dei comitati scientifici in Francia ed in Italia in occasione della crisi pandemica. Analisi e considerazioni comparative*

Nell'analizzare il ruolo dei comitati tecnico-scientifici in occasione della crisi pandemica nell'ordinamento interno ed in quello francese occorre muovere le prime considerazioni dall'atto istitutivo degli stessi. Quanto all'ordinamento interno, come anticipato, il comitato tecnico-scientifico ha rinvenuto il proprio fondamento nell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile del 3 febbraio 2020, n. 630. Tale atto istitutivo individua all'art. 2 la composizione del comitato tecnico-scientifico chiamando a comporre tale organismo alti funzionari di apparati pubblici e ponendo

così l'accento su profili burocratici¹⁶. Inoltre, l'art. 2 pone il comitato tecnico-scientifico al servizio del Capo del Dipartimento della Protezione Civile. In relazione a quest'ultimo profilo si è già avuto modo di evidenziare l'anomalia del sistema italiano in cui pur essendo stato istituito il comitato tecnico-scientifico quale organismo a supporto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, *de facto* esso ha operato prevalentemente a supporto dell'esecutivo. L'attività consultiva prestata in favore dell'esecutivo ha rinvenuto il suo primo riconoscimento solo all'art. 2, c. 1, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Tale riconoscimento costituisce un'ulteriore peculiarità del modello italiano in ragione della sua tempistica tardiva rispetto all'inizio dell'emergenza sanitaria. L'art. 2, c. 1, del d.l. n. 19 del 2020 rileva poi per un ulteriore profilo: in particolare, esso evidenzia l'incidenza dell'apporto del comitato tecnico-scientifico non solo in merito ai profili tecnico-scientifici delle misure emanate dal Governo, ma anche ai fini delle valutazioni di adeguatezza e proporzionalità. Quest'ultimo aspetto appare interessante in quanto i pareri resi dai comitati tecnico-scientifici non impattano solo sulla discrezionalità del decisore politico delimitandola, ma si prestano altresì ad essere degli strumenti nelle mani degli organi giurisdizionali al fine di vagliare la legittimità delle misure adottate in termini di proporzionalità e adeguatezza¹⁷.

¹⁶ In dottrina L. Del Corona, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., 12, la quale evidenzia come il criterio adottato al fine di definire la composizione del comitato tecnico-scientifico nell'ordinamento interno sia stato quello del ruolo istituzionale ricoperto in maniera tale da attribuire rilevanza alla rappresentatività all'interno della comunità scientifica.

¹⁷ Sul contributo fornito dai pareri del comitato tecnico-scientifico alle valutazioni di proporzionalità e di adeguatezza delle misure disposte v. G. Ragone, *La libertà di riunione in tempi di emergenza sanitaria e distanziamento sociale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 1.

Nella giurisprudenza costituzionale, è interessante rilevare come la Corte costituzionale nella sent. n. 198/2021 abbia dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale proposta in relazione al d.l. n. 19/2020 in quanto non solo le misure disposte da tale decreto erano state sufficientemente tipizzate, bensì erano state adottate a seguito del coinvolgimento del comitato tecnico-scientifico i cui pareri concorrono a rendere maggiormente effettiva la verifica giudiziale. Per un commento a tale pronuncia v. M. Cavino, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it*, 2021, 25.

In maniera analoga nell'ordinamento francese le valutazioni tecnico-scientifiche costituiscono l'aspetto portante del ragionamento condotto dal Consiglio di Stato francese nel rigettare il ricorso promosso avverso l'ordinanza del 26 maggio 2020 tra-

Il modello francese si connota per profonde differenze rispetto all'esperienza italiana già per quanto riguarda i profili istitutivi del comitato tecnico-scientifico. In primo luogo, nell'ordinamento francese il comitato tecnico-scientifico chiamato a supportare l'esecutivo in relazione alla definizione delle misure per fronteggiare la crisi pandemica rinviene fondamento nell'art. 3131-19 del *Code de la Santé Publique*. Tale disposizione prevede che in caso di dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria sia riunito senza ritardo un comitato scientifico. Il presidente del comitato tecnico-scientifico è nominato con decreto del Presidente della Repubblica. Il comitato è composto da due personalità qualificate nominate dal Presidente dell'Assemblea nazionale e dal Presidente del Senato. Oltre a tali soggetti, vi prendono parte sette personalità nominate con decreto del Ministro della Salute.

Riflettendo sui profili sin qui delineati, è possibile evidenziare come mentre nell'ordinamento italiano il fondamento dell'istituzione del comitato tecnico-scientifico si rinviene in un'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, nell'ordinamento francese si riscontra un fondamento di rango primario.

Una differenza significativa tra il modello italiano e quello francese si rinviene poi nella composizione dei due comitati: mentre

mite la quale il Governo francese aveva proibito in maniera generalizzata la somministrazione dell'idrossiclorochina. Tale vicenda giudiziaria appare particolarmente interessante al fine di comprendere la rilevanza dell'apporto scientifico nell'assunzione di decisioni pubbliche e nella valutazione da parte degli organi giudiziari della loro legittimità, vale pertanto la pena ripercorrerla. Con decreto del 25 marzo 2020 il Primo ministro francese nell'ambito delle misure adottate per far fronte all'epidemia da Covid-19 ha previsto la possibilità per i medici, in casi puntualmente individuati, di somministrare l'idrossiclorochina sia nelle strutture ospedaliere sia a domicilio. A seguito di un parere dell'*Haute Conseil de Santé Publique* di segno contrario, con decreto del 26 maggio 2020 il Primo Ministro ha abrogato tale possibilità di somministrazione. Conseguentemente, il sindacato dei medici ha impugnato quest'ultimo decreto lamentando un abuso di potere. Con sentenza del 28 gennaio 2021, n. 441751 il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso, ritenendo legittimo il decreto del Primo Ministro perché fondato su una serie di pareri scientifici.

Tale decisione si colloca in un solco di pronunce tramite le quali l'autorità giudiziaria francese ha rigettato i *référés libertés* promossi, riconoscendo al contrario la legittimità delle misure restrittive di diritti e libertà adottate dal Governo. Tale orientamento si è consolidato a tal punto che la dottrina è giunta ad affermare che «*le Conseil d'État apparaît davantage comme un promoteur de l'ordre sanitaire que [comme] un gardien de la légalité, une sorte d'auxiliaire de la police administrative dont il s'efforce d'améliorer l'efficacité*» (X. Duprè du Boulois, *On nous change notre référé...liberté*, in *RDLF*, 2020).

il modello italiano tracciato in origine dalla più volte richiamata ordinanza n. 630 del 2020 chiama ad integrare la composizione del comitato tecnico-scientifico i vertici degli apparati burocratici che perseguono una finalità generale di tutela della salute pubblica, il modello francese rimette la definizione dei componenti del comitato tecnico-scientifico ad una scelta riconducibile al circuito politico¹⁸. Invero, se il vertice del comitato tecnico-scientifico francese è scelto dal Capo dello Stato, i restanti componenti sono scelti dai Presidenti delle Camere e dal Ministro della Salute. Una simile modalità di nomina determina criticità in merito all'indipendenza dell'organismo tecnico istituito. In dottrina vi è chi ha evidenziato come essa possa rinvenire una spiegazione nel tentativo di ricondurre il ricorso all'*expertise* al circuito democratico per il tramite del coinvolgimento dei Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato¹⁹. A fronte di una simile spiegazione vale però la pena interrogarsi sull'opportunità di ricondurre il sapere scientifico e, dunque, l'istituzione ed il funzionamento dei comitati tecnico-scientifici a circuiti di legittimazione democratica.

Ad ogni modo l'individuazione dei componenti del comitato tecnico-scientifico ad opera del Capo dello Stato, dei Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato, nonché del Ministro della Salute appare coerente con le funzioni assolve da tale organismo che, come vedremo di qui a breve, si inserisce a pieno titolo nei rapporti tra esecutivo e legislativo. Invero, l'art. 3131-19 del *Code de la Santé Publique*, differenziandosi dalla disciplina italiana, regola le funzioni del comitato tecnico-scientifico prevedendo che spetti a tale organismo rendere parere sullo stato della catastrofe sa-

¹⁸ Nella dottrina francese evidenzia la rilevanza delle scelte compiute dall'esecutivo ai fini della definizione della composizione del comitato tecnico-scientifico A. Gelblat, L. Marguet, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?*, cit. Parla di scelta *intuitus personae* J. Chevallier, *Expertise scientifique et décision politique*, cit., 831.

Per quanto riguarda l'ordinamento interno occorre, invece, precisare che l'adozione del criterio del ruolo istituzionale ricoperto per definire la composizione del comitato tecnico-scientifico è stata temperata a seguito dell'entrata in vigore dell'ordinanza 17 marzo 2021 che ha riconosciuto un ruolo nella selezione degli esperti al Presidente del Consiglio, sentito il Ministro della Salute, previa intesa con il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

¹⁹ Così, G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e in Francia nell'emergenza Covid-19*, cit., 91.

nitaria, sulle conoscenze scientifiche e sulle misure necessarie per mettervi fine, incluse quelle di cui agli artt. 3131-15 e 3131-17 del *Code de la Santé Publique*, nonché sulla durata delle stesse. I pareri del comitato tecnico-scientifico sono simultaneamente trasmessi, a cura del presidente del comitato stesso, al Primo ministro, al Presidente dell'Assemblea nazionale ed al Presidente del Senato.

La trasmissione simultanea dei pareri del comitato tecnico-scientifico al Primo ministro ed ai Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato vale a confermare quella collocazione del comitato all'interno delle dinamiche politiche tra legislativo ed esecutivo a cui si è fatto riferimento.

In particolare, il Parlamento può esercitare attività di controllo sull'operato del Governo sulla base dei pareri emessi dal comitato tecnico-scientifico. La collocazione del comitato tecnico-scientifico all'interno delle dinamiche che connotano i rapporti tra Governo e Parlamento è, altresì, desumibile dal necessario intervento del comitato tecnico-scientifico in fase di proroga e di cessazione anticipata dello stato di emergenza, giacché i pareri del comitato costituiscono il fondamento affinché il Parlamento possa autorizzare con legge la proroga dello stato di emergenza ed il Governo possa dichiarare con decreto la cessazione anticipata dello stato di emergenza.

Una simile proceduralizzazione e contestualizzazione dell'intervento del comitato tecnico-scientifico all'interno dei rapporti tra Parlamento ed Governo non è riscontrabile nell'ordinamento interno, ove i rapporti istituzionali del comitato tecnico-scientifico sembrano improntarsi su schemi informali. Ulteriore elemento a riprova di tale ricostruzione discende dal regime della pubblicità ed accessibilità degli atti del comitato tecnico-scientifico italiano: se in origine non era prevista alcuna forma di pubblicità e di accessibilità per i verbali delle riunioni del comitato tecnico-scientifico e per i pareri resi, a seguito dell'intervento del giudice amministrativo se ne è prevista la pubblicazione trascorsi quarantacinque giorni dalla riunione²⁰. Si tratta, dunque, di una pubblicazione che, pur consen-

²⁰ Nell'ordinamento interno la pubblicazione dei verbali del comitato tecnico-scientifico è stata ordinata dalla Sezione I *Quater* del TAR Lazio con sentenza del 13-22 luglio 2020, n. 86 che ha dichiarato illegittimo il diniego opposto dal Dipartimento di Protezione civile all'accesso civico generalizzato riguardante alcuni verbali del comitato tecnico-scientifico richiamati negli atti del Governo. Non ha quindi trovato accoglimento la tesi avanzata dal Dipartimento della Protezione civile secondo cui i ver-

tendo una forma di accesso e di controllo sull'operato del comitato tecnico-scientifico, non appare tempestiva. Anche in relazione a tale profilo maggiori appaiono le garanzie di trasparenza dell'attività del comitato tecnico-scientifico nell'ordinamento francese posto che l'art. 3131-19 del *Code de la Santé Publique* prevede che i pareri del comitato siano resi pubblici senza indugio²¹.

Alla luce dei profili sin qui delineati, l'esperienza italiana sembra caratterizzarsi per maggiori garanzie di indipendenza in fase di nomina dei componenti del comitato tecnico-scientifico rispetto al modello francese, tenuto conto della provenienza dei componenti del comitato tecnico-scientifico.

bali del comitato tecnico-scientifico sarebbero da ricondurre a una delle ipotesi in cui è eccezionalmente escluso l'accesso documentale e l'accesso civico generalizzato. Ad avviso del Dipartimento di Protezione civile i verbali in questione sarebbero attinenti ad attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali il diritto di accesso è escluso ai sensi dell'art. 24, comma 1, lettera c), della l. n. 241/1990. La decisione del TAR Lazio è stata oggetto di impugnazione, tuttavia nelle more del giudizio innanzi al Consiglio di Stato il Governo ha recepito quanto disposto in primo grado ordinando di rendere accessibili i verbali delle riunioni già svolte del comitato tecnico-scientifico e di pubblicare online i verbali delle riunioni successive alla data del 4 settembre 2020 una volta trascorsi quarantacinque giorni dallo svolgimento della riunione.

²¹ In dottrina in senso critico in relazione alla segretezza dei verbali del comitato tecnico-scientifico nella prima fase della crisi pandemica L. Del Corona, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., 9, la quale rileva come «la segretezza dei verbali garantisce al decisore politico la possibilità di non tener conto delle valutazioni scientifiche espresse dall'organo di consulenza senza per questo incorrere nella responsabilità politica, o anche giuridica, correlata a tale scelta». Si veda altresì G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 92; F. Laviola, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 2021, 20, 127. Sia consentito, altresì, rinviare a V. Zambrano, *Il «diritto umano alla scienza» e l'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1, la quale evidenzia lo stretto nesso tra rispetto del principio di trasparenza e garanzia del diritto umano alla scienza, quale diritto non solo a fruire dei risultati scientifici, bensì quale diritto ad essere informati e istruiti in merito agli apporti della scienza.

Quanto all'esperienza francese, sebbene essa sia stata caratterizzata da un marcato rispetto del principio di trasparenza e di accessibilità degli atti del comitato tecnico-scientifico sin dai primi momenti della crisi pandemica, il Consiglio di Stato con decisione del 29 ottobre 2020, n. 445367 ha avuto modo di precisare che la pubblicità dei dati scientifici prevista dall'art. 3131-13 del *Code de la Santé Publique* non impone tempi e modi di pubblicazione. Pertanto, integreranno la previsione dell'articolo sia la pubblicazione quotidiana dei dati sanitari effettuata dall'*Agence Nationale de Santé Publique* sia la pubblicazione con cadenza settimanale dei dati epidemiologici a livello nazionale o regionale.

Tali garanzie di indipendenza non devono però essere sopravvalutate in quanto l'originaria composizione del comitato tecnico-scientifico è stata a più riprese modificata a mezzo di ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile. Quanto al funzionamento, invece, maggiori garanzie sono offerte dal modello francese in ragione dell'elevato livello di procedimentalizzazione dell'attività del comitato tecnico-scientifico e dalle tutele prestate al principio di trasparenza.

In definitiva, è possibile affermare che sebbene sia il comitato tecnico-scientifico italiano sia quello francese siano stati istituiti *ad hoc* in occasione della crisi pandemica, essi costituiscono espressione di due modelli profondamente diversi di intervento del sapere scientifico nei processi di decisione pubblica. Tali differenze emergono in relazione al momento genetico dell'organismo tecnico-scientifico, ai poteri attribuiti, al livello di procedimentalizzazione dell'attività, alle garanzie di indipendenza e di trasparenza.

Diverse sono dunque le opzioni che si presentano al decisore politico al momento di avvalersi dell'ausilio di comitati tecnico-scientifici, al di là delle differenze illustrate occorre però verificare se l'elezione di simili modelli garantisca l'adozione di decisioni meramente basate su dati scientifici ovvero se conduca all'adozione di decisioni c.d. *science driven*.

4. *L'apporto dei comitati scientifici nei processi di decisione pubblica: dai processi decisionali science based al timore di decisioni science driven*

L'*excursus* sin qui svolto in relazione all'intervento di comitati tecnico-scientifici nella gestione della crisi pandemica nell'ordinamento interno ed in quello francese ha consentito di evidenziare come siano riscontrabili diverse modalità attraverso le quali il sapere scientifico può acquisire rilevanza ai fini dell'assunzione di decisioni pubbliche. Occorre ora verificare se l'intervento degli esperti possa produrre effetti vincolanti in relazione alle decisioni da assumere ovvero se sia possibile per il decisore politico discostarsi dai pareri resi dagli esperti ed eventualmente con quali conseguenze.

In assenza di previsioni che sanciscano l'effetto vincolante dei pareri resi dagli esperti, l'esistenza di un vincolo in capo al decisore può essere verificato solo analizzando il grado di autonomia e di in-

dipendenza dei comitati tecnico-scientifici, nonché riflettendo sui poteri loro attribuiti. È infatti chiaro che quanto più ampia è la sfera di autonomia e di indipendenza dei comitati e quanto più incisivi sono i poteri riconosciuti, maggiore sarà l'incidenza dei pareri espressi ai fini dell'assunzione di decisioni pubbliche.

Allo scopo di comprendere tali profili appare utile soffermarsi sull'esperienza francese nell'ambito della quale sono stati riconosciuti significativi poteri al comitato tecnico-scientifico istituito in occasione della crisi pandemica. In particolare, è possibile osservare come il comitato tecnico-scientifico in Francia goda di un significativo grado di autonomia potendo rendere i propri pareri non solo previa sollecitazione del Governo o del Parlamento, ma anche sulla base di rilevazioni autonomamente condotte.

Inoltre, il comitato tecnico-scientifico francese gode di significative prerogative *ex lege*. Il già richiamato art. 3131-19 del *Code de la Santé Publique* prevede, infatti, che il comitato tecnico-scientifico renda parere sullo stato della catastrofe sanitaria, sulle conoscenze scientifiche e sulle misure necessarie per mettervi fine, incluse quelle di cui agli artt. 3131-15 e 3131-17 del *Code de la Santé Publique*, nonché sulla durata delle stesse.

Si tratta, dunque, di una sfera di intervento particolarmente ampia che indurrebbe a pensare che la risposta dell'ordinamento francese alla crisi pandemica sia stata una risposta non meramente basata su dati scientifici, bensì guidata dai dati scientifici. Una simile conclusione sembrerebbe comprovata dalle previsioni del *Code de la Santé Publique* che impongono di motivare la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria sulla base di dati scientifici e di disporre la proroga e la cessazione anticipata dello stato di emergenza solo previo parere del comitato tecnico-scientifico. In relazione a questi profili l'incidenza dell'attività degli esperti diventa massima ed indurrebbe ad affermare la sussistenza di un effetto vincolante.

Tuttavia, occorre evitare di incorrere in generalizzazioni ed in conclusioni affrettate. Appare necessario, infatti, distinguere il caso in cui i dati scientifici sono richiamati a supporto della dichiarazione dello stato di emergenza, della sua proroga e della sua cessazione anticipata dalle altre ipotesi in cui è legislativamente previsto l'intervento del comitato tecnico-scientifico.

Nel caso della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, della proroga e della cessazione anticipata, l'elaborazione di dati

scientifici e la consultazione del comitato tecnico-scientifico costituiscono un momento imprescindibile del procedimento, ragion per cui la mancata previa consultazione degli esperti minerebbe la validità della misura disposta.

Inoltre, sebbene il *Code de la Santé Publique* non disponga espressamente l'effetto vincolante del parere degli esperti, considerata la rilevanza delle misure *de quibus* appare difficile che il Parlamento ed il Governo si possano discostare da quanto emerso dalle rilevazioni scientifiche. Solleverebbe, infatti, dubbi di legittimità lo stato di emergenza sanitaria dichiarato ovvero prorogato in presenza di dati scientifici di segno contrario. Per quanto riguarda la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria se ne richiede, infatti, la puntuale motivazione sulla base di dati scientifici. Quanto invece alla proroga ed alla cessazione anticipata dello stato di emergenza, è necessario che l'atto che provvede a disporli sia adottato previo parere del comitato tecnico-scientifico. Invero, non è specificato che si tratti di un parere favorevole alla dichiarazione di proroga ovvero di cessazione anticipata dello stato emergenziale. Tuttavia, una simile precisazione sarebbe forse ridondante considerato che avrebbe scarso senso richiedere il previo parere del comitato scientifico e successivamente ammettere la dichiarazione di proroga o di cessazione dello stato emergenziale in presenza di contrario avviso espresso dagli esperti.

Alla luce di queste ultime considerazioni sembrerebbe possibile affermare che la legge n. 290 del 2020 nel riformare il *Code de la Santé Publique* abbia introdotto ipotesi di decisioni pubbliche *science driven*, concernenti proprio la dichiarazione, la proroga e la cessazione anticipata dello stato emergenziale.

Diversamente, in relazione agli ulteriori ambiti di intervento del comitato tecnico-scientifico francese è possibile evidenziare come mentre in una prima fase della crisi pandemica il Governo si è attenuto in maniera puntuale alle indicazioni del comitato tecnico-scientifico, una volta superate le fasi più acute dell'epidemia ha avuto luogo un progressivo allontanamento²². Un simile *modus*

²² È, peraltro, interessante notare come un processo simile di discostamento dai pareri espressi dal comitato tecnico-scientifico abbia avuto luogo anche nell'ordinamento interno. Sia sufficiente far riferimento al parere favorevole reso nel luglio 2021 dal comitato tecnico-scientifico in relazione all'allineamento tra Green Pass italiano e Digital Covid Certificate. Nonostante tale parere, il Governo ha deciso di man-

operandi è, per esempio, riscontrabile in relazione all'individuazione delle tempistiche per la cessazione delle misure di distanziamento sociale ovvero all'utilizzo delle mascherine facciali²³.

Inoltre, sembra importante evidenziare come il Consiglio di Stato francese ha delimitato la sfera di intervento del comitato tecnico-scientifico statuendo che non incombe sul Governo l'onere di sottoporre al previo parere del comitato tecnico-scientifico ogni singola misura che intende adottare²⁴.

Simili casi consentono di evidenziare come i pareri resi dai comitati tecnico-scientifici configurino sicuramente un limite per la discrezionalità del decisore politico, tuttavia non sembra possibile riconoscere loro in maniera generalizzata un effetto vincolante.

L'esperto non si sostituisce al soggetto chiamato a decidere, bensì si limita a prospettargli le diverse opzioni possibili. Il decisore politico dovrà quindi tenere conto dei pareri espressi dagli esperti, ma dovrà altresì considerare le diverse situazioni giuridiche che eventualmente vengano in rilievo. Proprio simili valutazioni di spettanza esclusiva del decisore politico possono consentirgli di discostarsi dal parere reso dagli esperti, in assenza di una previsione legislativa che riconosca loro efficacia vincolante. Tuttavia, la scelta di discostarsi dal parere degli esperti non appare priva di conseguenze.

Sul piano giuridico, le misure adottate discostandosi dal parere degli esperti qualora siano impugnate potranno essere valutate in relazione ai profili di adeguatezza, proporzionalità e necessità. Al fine di compiere simili valutazioni l'autorità giudiziaria ben potrà tenere conto del parere espresso dagli esperti e valutare le ragioni che hanno indotto il decisore a discostarsene.

tenere invariate le differenze strutturali e funzionali tra le due certificazioni. Non sono mancati, inoltre, casi in cui il Governo ha adottato misure restrittive senza previamente interpellare il comitato tecnico-scientifico. Si pensi ai divieti di accesso ai parchi ed alle aree gioco, nonché al divieto di svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto. In argomento, v. G. Mobilio, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 1, 578. Per una ricostruzione più ampia dei casi in cui il Governo si è discostato dai pareri del comitato tecnico-scientifico v. G. Pistorio, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle decisioni governative*, cit., 824.

²³ Per una disamina dei casi in cui il Governo francese si è discostato dai pareri resi dal comitato tecnico-scientifico v. J. Chevallier, *Expertise scientifique et décision politique*, cit., 835.

²⁴ Conseil d'Etat, ord. 10 luglio 2020, n. 441316.

Oltre alle conseguenze sul piano giuridico, è possibile individuare conseguenze sul piano politico della scelta di discostarsi dal parere degli esperti. Invero, non appare peregrina una rilettura in chiave di consenso politico del rapporto tra esperti e decisore politico. Tale aspetto sembra costituire un'utile chiave di lettura al fine di comprendere le ragioni di una totale adesione dell'esecutivo ai pareri espressi dal comitato tecnico-scientifico nella fase più acuta della crisi pandemica, mentre col trascorrere del tempo si è assistito ad un graduale allontanamento soprattutto là dove gli esperti hanno espresso con i propri pareri l'esigenza di protrarre la durata di misure restrittive di diritti e libertà degli individui.

Se in relazione all'ordinamento francese sembra possibile distinguere ipotesi in cui il parere degli esperti appare vincolante da ipotesi in cui è consentito al decisore politico di discostarsi dal sapere scientifico, minori vincoli sembrano discendere dal parere degli esperti nell'ordinamento interno. Una simile conclusione consegue al minor grado di procedimentalizzazione dell'intervento sul piano interno del comitato tecnico-scientifico ed ai minori poteri riconosciutigli. Tuttavia, anche per quanto concerne l'ordinamento francese sembra opportuno attenuare il carattere vincolante dei pareri scientifici su cui si fondano la dichiarazione dello stato emergenziale, la sua proroga e la cessazione anticipata in considerazione del minore grado di indipendenza che connota il comitato tecnico-scientifico francese rispetto all'esperienza italiana. Come si è avuto modo di osservare, il comitato tecnico scientifico francese appare pienamente inserito nel circuito politico, soprattutto per quanto concerne il procedimento di nomina dei componenti.

Là dove sia possibile riscontrare un'incidenza del fattore politico in relazione alla nomina ed all'attività degli organismi tecnico-scientifico anche i vincoli discendenti dai pareri espressi assumono un carattere più sfumato. In definitiva, là dove assume rilevanza il fattore politico diviene più difficile argomentare l'esistenza di decisioni *science driven*.

5. *Le lezioni tratte dalla crisi pandemica ed il rischio della «sindrome del paravento»*

Svolta tale ricostruzione in chiave comparativa in merito all'esperienza francese ed a quella italiana, sembra opportuno chiedersi

quali siano le lezioni apprese dalla pandemia in relazione all'intervento di organismi tecnico-scientifici nei processi decisionali pubblici.

Tali lezioni, ad avviso di chi scrive, possono essere ricondotte allo schema impiegato al fine di analizzare l'esperienza italiana e quella francese. Pertanto, è possibile distinguere rilievi concernenti la fase istitutiva dei comitati tecnico-scientifici, la regolamentazione delle funzioni, le garanzie di indipendenza e di trasparenza dell'attività svolta dai comitati.

Quanto alla fase istitutiva degli organismi tecnico-scientifici l'analisi svolta ha consentito di osservare l'esistenza di diverse fonti in cui i comitati possono rinvenire fondamento e di diverse modalità di designazione dei componenti. Per quanto concerne le modalità di individuazione dei componenti dei comitati tecnico-scientifici, questi ultimi dovrebbero sempre essere individuati sulla base delle loro riconosciute competenze scientifiche. Dando per presupposto tale requisito, è stato possibile evidenziare come in occasione della crisi pandemica il modello italiano di individuazione dei componenti del comitato tecnico-scientifico sia stato caratterizzato da un marcato tratto burocratico, chiamando ad integrare la composizione di tale organismo i vertici di amministrazioni ed enti competenti in materia di tutela della salute pubblica. Una simile modalità di nomina presenta un duplice ordine di vantaggi: per un verso, costituisce una garanzia dell'imparzialità dei componenti del comitato e, per altro verso, consente al comitato tecnico-scientifico di avere uno stabile raccordo con le amministrazioni di appartenenza dei componenti. Diversamente, il meccanismo di nomina dei membri del comitato tecnico-scientifico francese in occasione della crisi pandemica ha presentato spiccati tratti politici, oltre ad avere l'ambizione di ricondurre l'individuazione dei membri del comitato all'interno del circuito democratico per il tramite della nomina di taluni componenti da parte, rispettivamente, del Presidente dell'Assemblea nazionale e del Presidente del Senato. Una simile modalità di nomina solleva interrogativi sotto il profilo dell'opportunità di affidare valutazioni complesse come l'individuazione di esperti a dinamiche politiche, nonché sotto il profilo dell'indipendenza degli esperti chiamati a comporre l'organismo tecnico-scientifico.

La verifica del rispetto delle garanzie di indipendenza degli organismi tecnico-scientifici passa, quindi, anche per l'analisi delle

modalità di nomina dei componenti. L'indipendenza costituisce un profilo essenziale al fine di analizzare l'attività svolta dai comitati tecnico-scientifici: è chiaro, infatti, che l'incidenza dei poteri attribuiti ai comitati diminuisce nel caso in cui sorgano dubbi sull'indipendenza dei componenti.

Oltre alle garanzie di indipendenza, l'esperienza pandemica ha reso evidente l'importanza del rispetto del principio di trasparenza. Le garanzie di trasparenza consentono, infatti, di avere cognizione dell'attività svolta dai comitati tecnico-scientifici e, in particolare, rendono possibile valutare la rispondenza ai pareri resi dai suddetti comitati delle scelte adottate all'esito dei processi di decisione pubblica. La trasparenza e l'accessibilità dei pareri appaiono, peraltro, importanti non solo al fine di valutare la rispondenza delle scelte adottate, ma anche al fine di valutarne la legittimità in termini di proporzionalità e adeguatezza.

L'esperienza pandemica ha, inoltre, reso evidente l'importanza del rispetto del principio di trasparenza al fine di evitare che il decisore politico possa celare decisioni adottate in piena autonomia dietro opinioni scientifiche non accessibili e non verificabili. In realtà, un simile rischio – acutamente definito in dottrina come “sindrome del paravento”²⁵ – continua a sussistere, sebbene in forma diversa, anche nel caso in cui sia garantito l'accesso ai pareri ed ai verbali del comitato tecnico-scientifico. Questi ultimi, infatti, potrebbero essere strumentalizzati dal decisore politico al fine di addossare in capo al comitato la responsabilità per l'adozione di decisioni impopolari.

Tale considerazione ricollega il discorso ad un profilo importante e, tuttavia, oggetto di scarsa attenzione: il tema della responsabilità dei comitati tecnico-scientifici. Questo profilo per quanto concerne i comitati tecnico-scientifici istituiti in occasione della crisi pandemica non è stato oggetto di puntuale disciplina né in Italia né in Francia, considerati però i rilevanti poteri attribuiti a simili organismi – soprattutto in caso di decisioni c.d. *science driven* – occorrerebbe iniziare una seria riflessione sul punto²⁶.

²⁵ Nella dottrina francese utilizza l'espressione “sindrome del paravento” L. Starck, *Science, expertise et décisions politiques*, cit., 10.

²⁶ In dottrina avverte sul rischio che la delega delle decisioni agli esperti possa stemperare il regime della responsabilità A. Iannuzzi, *Leggi “science driven” e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza-sanitaria*, cit., 122.

Alla luce di tutte le riflessioni sin qui svolte emerge, poi, l'importanza dell'adozione di una regolamentazione dettagliata concernente l'istituzione ed il funzionamento dei comitati tecnico-scientifici. L'adozione di una regolamentazione dettagliata appare, infatti, suscettibile di costituire una garanzia per i cittadini relativamente all'intervento di simili organismi, sempre più spesso coinvolti nei processi decisionali. Garanzie ancora più significative possono essere riscontrate là dove il decisore politico, invece di istituire comitati tecnico-scientifici *ad hoc*, faccia ricorso ad organismi tecnico-scientifici radicati nell'ordinamento. In tali casi, infatti, non occorrerà introdurre una regolamentazione *ex novo* concernente il funzionamento dell'organismo tecnico-scientifico, bensì ci si avvarrà di strutture già presenti nell'ordinamento ed aventi un apparato organizzativo consolidato.

Simili riflessioni, maturate sulla base dell'esperienza pandemica, appaiono particolarmente utili considerando il crescente impatto del sapere scientifico nell'ambito delle decisioni pubbliche. A tal riguardo, però, l'analisi svolta ha consentito di evidenziare come, nonostante il crescente ricorso ai pareri scientifici, si sia ancora lontani dall'adozione su larga scala di decisioni *science driven* e ad una sostituzione degli esperti al decisore politico²⁷. Gli esperti continuano a prospettare al decisore le diverse possibili opzioni, offrendo un ventaglio più o meno ampio di scelte. Queste ultime però saranno di spettanza esclusiva del soggetto chiamato a decidere, che

²⁷ Condivide tale conclusione P. Papon, *La démocratie a-t-elle besoin de la science?*, cit., 259, secondo cui «*la science ne participe pas à la décision politique, elle statue sur le possible*». Dello stesso avviso, D. Truchet, *La France pandémique est restée un état de droit*, in *Revue française des affaires sociales*, 2021, 2, 97. Nella dottrina interna, A. Iannuzzi, *Il comitato tecnico-scientifico nella gestione della crisi sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, cit., 532, secondo cui «*la scienza è parsa assumere un ruolo di sostegno più che di guida rispetto alla politica. Vi è stato accordo ma non supplenza*». Nello stesso senso, G. Mobilio, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e tecnica nel fronteggiare la pandemia*, cit., il quale evidenzia come il richiamo ai pareri tecnici sia stato spesso effettuato dal Governo in costanza della crisi pandemica al solo fine di «*ammantare di oggettività e scientificità decisioni che rimangono pienamente discrezionali*». Pertanto, sembra opportuno condividere il rilievo di G. Pistorio, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle decisioni governative*, cit., 842, secondo cui «*in una sorta di circolarità funzionale, governo ed esperti, devono quindi interagire reciprocamente, tramite una collaborazione dialogica, senza cedere alla tentazione di strumentalizzazioni o di abdicazioni di ruoli*».

potrà discostarsi dal parere scientifico in ragione della necessità di tenere conto di ulteriori situazioni giuridiche coinvolte. Semmai, il rischio che la crisi pandemica ha reso evidente è quello di una strumentalizzazione della scienza, in ragione della possibilità di richiamare i pareri scientifici alla stregua di un paravento a fronte dell'adozione di decisioni impopolari. Al fine di arginare un simile rischio, occorre imporre un severo rispetto delle garanzie di indipendenza e di trasparenza che consenta di operare un controllo tanto sull'attività degli organismi tecnico-scientifici quanto sull'attività del soggetto chiamato a decidere, che non potrà in tal modo sottrarsi alle proprie responsabilità.

Abstract

L'articolo si propone di indagare sull'apporto del sapere scientifico nei processi di decisione pubblica a partire dall'esperienza maturata nell'ordinamento italiano ed in quello francese in occasione della crisi pandemica. L'esame di tali esperienze consentirà di riflettere in merito all'intervento di comitati tecnico-scientifici nei processi di decisione pubblica, alle diverse modalità di nomina dei componenti di simili organismi, all'importanza della procedimentalizzazione, alle garanzie di trasparenza e di indipendenza. Tale analisi consentirà altresì di verificare l'evoluzione verso procedimenti decisionali *science driven* ovvero di confermare l'adozione di modelli decisionali *science based*.

The article aims to investigate the contribution of scientific knowledge in public decision-making processes starting from the experience gained in the Italian and French legal systems during the pandemic crisis. The examination of these experiences will allow us to reflect on the intervention of technical-scientific committees in public decision-making processes, the different methods of appointing the members of similar bodies, the importance of proceduralisation, the guarantees of transparency and independence. This analysis will also make it possible to verify the evolution towards science-driven decision-making processes or to confirm the adoption of science-based decision-making models.

PASSATO E PRESENTE

OTTO GIERKE

IL DIRITTO DELLO STATO DI LABAND
E LA SCIENZA GIURIDICA EUROPEA
(*seconda ed ultima parte*)¹

VI

Se gettiamo ora ancora uno sguardo sulla teoria dello Stato confederale, per come Laband l'ha concepita per l'Impero tedesco, anche essa trae vantaggio, essenzialmente, dalla collocazione in primo piano del concetto di personalità dello Stato, ma il relativo risultato risulta atrofizzato esclusivamente per l'insufficiente impostazione a proposito di questo concetto.

Laband tiene fermo il concetto di Stato confederale nel momento in cui, in coerenza con la sua visione della vita e del suo uso comune della lingua, vede un sistema comune come frutto di una composizione in cui risultano come Stato tanto alcune parti quanto la totalità diversa dalle parti. Il criterio decisivo egli lo ritrova, giustamente, nella condizione, che risulta in tal modo vincolata, relativa ad una personalità variegata dello Stato. A partire da questo egli cerca anzitutto di acquisire il limite esterno dello Stato confederale nei confronti di altre forme di collegamento ovvero di appartenenza di natura pubblica. Solo che su questo punto egli viene frenato dal fatto di costringere la soggettività giuridica dello Stato all'interno della forma di pensiero relativa alla "persona giuridica". Perché, mentre, per determinare la natura di diritto pubblico del modello dell'associazione, è rilevante in verità la struttura della personalità dello Stato, Laband, per il quale non esiste un'intima differenza di essenza tra i soggetti giuridici artificiali e che riduce tutte le loro differenze al modo e alla dimensione dei loro diritti, pone semplicemente, solo e sempre, la questione dell'esistenza di una

¹ La prima parte dalla traduzione (a cura di Clemente Forte) del presente saggio è stata pubblicata in questa rivista, fascicolo n. 2/2021, 530-607.

personalità giuridica. Così, nei fatti, lo Stato confederale si differenzia dalla Confederazione di Stati e da ogni altro semplice collegamento tra Stati, per il fatto che per lo Stato la totalità riveste una personalità pubblica nel primo caso sempre, nel secondo caso mai: ma quando Laband identifica questa differenza semplicemente nella contrapposizione tra *universitas* e *societas* (I, 56 ss.), va per contro sottolineato che anche una comunità puramente di diritto internazionale può essere organizzata sul modello della *universitas* e che allora allo stesso modo essa appare come persona e persino non come una persona del tipo di cui allo Stato, bensì come una persona di diritto internazionale (e per inciso forse anche di diritto privato)². Al contrario, lo Stato confederale si differenzia dallo Stato unitario dotato di corpi titolari di autoamministrazione, per il fatto che per lo Stato confederale sempre, per lo Stato unitario mai, compare una personalità di tipo statalistico per quanto concerne le associazioni parziali: solo che province e comuni sono “persone giuridiche di diritto pubblico” (I, 57). Infine, anche la differenza tra Stato confederale ed altre forme di Stato frutto di una composizione si basa sulla struttura variegata della soggettività giuridica statale: solo che, a proposito dello Stato confederale, al di sopra degli Stati membri si eleva uno Stato complessivo tutto diverso, che ha una propria personalità pubblica in quanto Stato superiore organizzato autonomamente, mentre, a proposito di un Impero modellato in base ad uno “Stato vertice con Stati subordinati”, uno degli Stati membri è al contempo, in quanto Stato superiore, il soggetto di una potenza di diritto sovraordinata rispetto alle potenze degli Stati³,

² Così di sicuro la Confederazione tedesca di un tempo. Si confronti la rappresentazione dei “collegamenti organizzati tra Stati” in Jellinek, *op. cit.*, 158 ss., il quale a ragione riconosce una soggettività di diritto internazionale a proposito delle “unioni amministrative internazionali” e delle “associazioni di Stati”, nel ritenere inapplicabile anche il concetto di “persona giuridica” (concepito da lui puramente in senso giusprivatistico).

³ Questa categoria la elabora a ragione anche Laband (I, 71 ss.), mentre Jellinek introduce il concetto di “Stato degli Stati” “inorganico” (135 ss.) tra lo Stato unitario con membro coloniale autonomo (33 ss.) e rapporto di protezione di diritto internazionale (126 ss.). Non correttamente, però, Laband sussume tra questi l’Impero tedesco di prima, in cui si trova in effetti una subordinazione di “Stati-vassalli” ad un “feudatario”, ma quest’ultimo è chiamato a questa posizione non come rappresentante di un determinato territorio, ma come rappresentante della generalità degli Stati membri. Altrettanto inopportuno è l’incasellamento presso Jellinek dell’antico Impero tra gli “Stati degli Stati” (142 ss.), come già mostra il paragone con i restanti modelli ivi det-

ma, a proposito dell' "unione reale", soprattutto non è presente uno Stato superiore, sibbene solo una molteplicità di Stati messa insieme in una certa estensione all'interno di una comunità di diritto statale⁴.

Così, alla fine, ogni ricerca sul concetto di Stato confederale viene rinviata alla questione della differenza tra la personalità dell'associazione di cui allo Stato ed ogni altra personalità di natura associativa. Ed il problema della costruzione giuridica di questa forma di Stato si riduce al se ed al come la qualifica contemporanea di Stato ad opera di una totalità e delle sue parti sia conciliabile con il concetto di Stato.

Qui emerge subito il dilemma, cui non sfugge nessuna teoria dello Stato confederale. Il concetto di Stato è formato, da parte della dottrina, sullo Stato unitario e per questo è conformato con caratteristiche essenziali che escludono la divisione della soggettività giuridica di tipo statale in una personalità molteplice. Di conseguenza, deve essere abbandonato o il concetto di Stato confederale o il precedente concetto dottrinario dello Stato. *Tertium non datur!*

La prima strada l'hanno battuta *ex novo*, dopo gli sviluppi di Pufendorf, numerosi scrittori moderni. Essi hanno dimostrato, all'interno di una perfetta consequenzialità, che il concetto di Stato, per come esso figura da decenni nei libri di dottrina e per come esso è stato regolarmente presentato dai sostenitori del concetto di Stato confederale, non lascia spazio per un modello intermedio tra

tagliati. Piuttosto, nel momento in cui si riconoscono i territori come Stati, anche il concetto generale dello Stato confederale risulta del tutto applicabile all'antico Impero.

⁴Jellinek (197-253) dichiara certo l'unione reale solo come un rapporto di diritto internazionale, un "caso speciale di Confederazione di Stati". Solo che egli tralascia, nelle sue argomentazioni, il fatto che, da una parte, anche in riferimento al diritto internazionale, il "potere complessivo" sussistente a partire da due Stati riuniti è solo la loro unità collettiva, non una terza persona diversa da loro, e, d'altra parte, che la stessa condizione di un'unificazione (*Einssetzung*) parziale della duplicità vale però, qui, contemporaneamente, in riferimento al diritto pubblico. C'è persino una comunità di diritto statale per mezzo della quale, in una certa dimensione, le sfere di potere degli Stati vengono fuse in un'unica sfera, senza che un particolare sistema comune più elevato si distacchi dagli Stati alleati. Un'analogia di diritto privato la offrono al riguardo il matrimonio, la società di commercio aperta ed altre comunità giuridiche, ai fini di un vincolo complessivo, non appena venga solo riconosciuto che non basta per esse il principio della *societas* o della *communio* e tuttavia non si è in presenza di una società.

la Federazione degli Stati di diritto internazionale e lo Stato unitario diviso in corpi dotati di autoamministrazione. Conseguentemente, essi, gli Stati confederali a disposizione, o li hanno dissolti in pure relazioni basate su accordi⁵ oppure li hanno condensati in Stati unitari, i cui membri, nonostante il nome di Stato che li abbellisce, oggettivamente non sono altro che province autonome⁶. Nell'uno o nell'altro caso si dissolve qualsivoglia difficoltà di natura concettuale. Solo che nell'uno o nell'altro caso viene violentata la vita. Dopo quanto abbiamo detto prima sul metodo giuridico, non abbiamo qui bisogno di soffermarci sulla contestazione di teorie che privano della qualità di Stato o l'Impero tedesco o i singoli Stati tedeschi. Contestiamo al pensiero giuridico (*Jurisprudenz*) il diritto di frequentare la storia in tale modo, di interpretare in modo diverso la costituzione e di ignorare la coscienza giuridica della nazione.

Rimane quindi solo la seconda strada. Esistendo lo Stato confederale solo come uno Stato composto sulla base di Stati, il concetto di Stato deve essere concepito nel senso di rimanere utilizzabile anche in questo caso. Ad un tale modo di procedere non si contrappone un impedimento logico. Perché il concetto di Stato è un concetto giuridico ed in quanto tale è idoneo ad essere suscettibile di sviluppi. Da un punto di vista puramente logico, deve essere richiesta sola una cosa, nei cui confronti, certo, in questa materia, spesso si è peccato abbastanza, che cioè il concetto posto non sia contraddittorio di per sé e possa essere attuato senza contraddizioni. Dal punto di vista contenutistico, però, dovrà bastare una doppia richiesta. Una volta sarà importante portare ad espressione, il più possibile in modo completo, la reale condizione di vita in coerenza con la coscienza giuridica generale. Subito però, per preservare la continuità sul piano scientifico, dovrà essere ricercato il più possibile il collegamento con il precedente concetto dottrinario di Stato. Entrambi si accordano alla fine, dal momento che lo sviluppo della moderna dottrina del diritto dello Stato costituisce esso stesso un tratto della vita dello Stato.

I tentativi più recenti di una costruzione dello Stato confederale hanno perseguito una doppia direzione, a proposito dell'inevi-

⁵ Così Calhoun e per l'Impero tedesco Seydel, nonché di recente v. Müller, *kr. B.I. Schr.*, vol. 25, 150 ss.

⁶ Così v. Held, Zorn e infine Bake, *Beschouwingen over Statenbond en den Bondsstaat*, Amsterd. 1881

tabile capovolgimento del concetto di Stato. Si sono abbandonate, tra le caratteristiche tradizionali della forza dello Stato, o la unilateralità o la sovranità. Nella prima direzione si muove la teoria fondata da von Maitz, secondo cui nello Stato confederale la forza dello Stato è suddivisa secondo la sostanza e quindi lo Stato complessivo ed i singoli Stati coesistono come essenza comune in modo indipendente nelle loro sfere. Dopo un lungo dominio, questa concezione, che cade del tutto con le conquiste teoriche del moderno concetto di Stato, ma che soprattutto è rozzamente in conflitto con la vita comune, risulta superata oggi nei suoi aspetti essenziali⁷. Sempre di più si fa largo quindi la seconda direzione. Si pongono lo Stato complessivo ed i singoli Stati in relazione con la sovraordinazione e con la subordinazione e si concentra nello Stato complessivo la forza sovrana, indivisibile ed unitaria, dello Stato, mentre per i singoli Stati si rivendica una forza di potere in sé e per sé simile, ma non sovrana.

A proposito di questa costruzione da ultimo menzionata, ai cui principali rappresentanti appartiene Laband, emerge però, ora, la difficoltà di una differenza concettuale a proposito degli Stati membri non sovrani rispetto alle province e ai comuni. Se non appartiene più al concetto di Stato il fatto di rappresentare l'essenza comune sovrana, cioè quella più elevata sul terreno del diritto, mostra di sciogliersi qui la principale linea di demarcazione. Ed in effetti su questa base non si è riusciti a trovare finora una caratteristica radicale di differenziazione tra le componenti dello Stato di cui allo Stato stesso e quelle di cui ai comuni.

Si può trovare una tale caratteristica anzitutto nella disegualianza quanto alla posizione di componente. Questa è la strada battuta da Laband. Egli scorge la caratteristica decisiva dello Stato membro anzitutto nella sua partecipazione alla forza sovrana del centro. Solo che proprio in questo modo egli è stato portato alle supposizioni che appartengono a ciò che è più sospetto nel suo li-

⁷ Di recente, in effetti, di nuovo E. Rümelin (*Z.f.d.ges.Staatsw.*, vol.39, del 1883, 195 ss.) dichiara una divisione effettiva della sovranità nell'Impero tedesco. Solo "da questo punto di vista", però, l'Impero è per lui non lo Stato confederale, ma la "federazione di Stati" (?!). Inoltre, esso è "Stato unitario" nella misura in cui è sovrano direttamente sul popolo. Infine, è anche realmente "Stato confederale", ma solo "nella misura in cui" semplicemente la prospettiva porta al di là dell'amministrazione statale propria degli Stati membri. Quindi di nuovo "*monstro tantum simile*"!

bro. Tuttavia, corrisponde alla natura dello Stato confederale il fatto che gli Stati membri partecipino alla formazione degli organi dello Stato complessivo. Questo non è solo, tuttavia, un semplice elemento naturale del concetto di Stato confederale⁸, ma può anche verificarsi nello Stato unitario a favore delle province e dei comuni. Laband quindi, del tutto correttamente, ha sentito che ancora qualcosa deve subentrare qui, se deve valere il criterio dello Stato membro. Egli crede di avere scoperto questo *plus* in due cose. Una volta egli pone un particolare rilievo sul fatto che nell'Impero tedesco i sovrani dei singoli Stati costituiscono, nella loro generalità, l'organo sovrano della forza dell'Impero. Solo che questo non è un fenomeno che si adatta allo Stato confederale, ma una particolarità dell'Impero condizionata dalla relativa base monarchica. E quando Laband intende dichiarare, partendo da questa "partecipazione" alla sovranità, la continuità dei diritti, avuto riguardo al diritto internazionale, da parte dei sovrani per i capi dei *Länder* e da parte degli Stati sovrani per gli Stati membri (I, 94), un tale diritto lo potrebbe chiedere ogni cittadino di una repubblica avente diritto al voto, con lo stesso vincolo, dal momento che, anzi, anche Laband rivendica la posizione di organo sovrano solo alla collettività nella sua unità ideale. Subito però – e soprattutto – Laband attribuisce all'appartenenza ai singoli Stati nello Stato confederale la caratteristica della esclusività, nel momento in cui fa valere lo Stato, quale nasce dall'unione, semplicemente e solo nella forma della società di Stati, in cui i singoli cittadini appartengono e sono sottoposti alla generalità solo attraverso lo strumento del loro Stato (I, 70, 88 e 133 e ss. etc.). Proprio qui però si nasconde l'errore più grave e carico di conseguenze di tutta la sua teoria dello Stato confederale. A ragione la critica ha respinto all'unanimità questa dottrina⁹. Laband stesso, in verità, non è stato affatto in grado di mantenere, lungo tutta l'opera, la *fictio* secondo cui il "popolo tedesco" sarebbe di nuovo diventato come in passato "un elemento mediato nell'Impero". Nei fatti, il moderno Stato confederale non può essere pensato senza di-

⁸ Così soprattutto (con v. Martitz, G. Meyer ed altri), ora anche Jellinek (284-289).

⁹ In quanto seguace della dottrina di Laband, E. Rümelin si lascia trascinare al massimo livello nella misura in cui colloca ciò che nell'Impero risulta autenticamente "statal-confederale" in quella sfera in cui esiste davvero il fatto di mediare; *op. cit.*, 203 ss. e 208 ss.

ritti di sovranità diretti, da parte del potere centrale, su ogni singolo componente riferito al popolo e senza la diretta appartenenza allo Stato complessivo da parte di tutti gli appartenenti agli Stati membri¹⁰. Tuttavia, necessariamente i singoli cittadini debbono entrare in un rapporto di mediatezza con lo Stato complessivo nella stessa misura in cui essi vengono concepiti a partire dall'associazione di uno Stato membro. Solo che ogni cittadino del comune è esattamente ed altrettanto mediato dallo Stato nelle questioni che riguardano il comune. E nel moderno Stato unitario decentralizzato esiste una appartenenza variegata, grazie alla quale da un lato province, associazioni e comuni sono come società chiuse con il loro contenuto associativo complessivo e tuttavia, da un altro lato, i cittadini, come singoli, con la parte della loro personalità non toccata da tale potere dell'associazione, risultano membri dello Stato nella stessa buona misura in cui il moderno Stato confederale risulta al contempo composto, in forza di una doppia appartenenza allo Stato da parte dei suoi componenti, a partire dallo Stato e dal singolo. Si è indirettamente cittadini dell'Impero come prussiani e lo si è direttamente come tedeschi, così come si è indirettamente cittadini dello Stato come berlinesi e direttamente come prussiani.

Si potrebbe in secondo luogo pensare che la differenza concettuale tra lo Stato membro non sovrano ed il comune dovrebbe essere trovata in una natura diseguale del suo diritto in ordine al potere associativo. Laband accenna a questo riguardo al fatto di attribuire allo Stato membro un diritto "autonomo" al potere di diritto pubblico e di rifiutare, per contro, un tale diritto ad ogni corpo dotato di autoamministrazione (I, 106). Altri hanno posto in evidenza quest'idea con maggior enfasi e soprattutto Jellinek ha sostituito la

¹⁰ Il motivo sta tuttavia solo nel fatto che, per la visione moderna, il concetto di Stato richiede un contatto diretto tra la collettività più elevata ed ogni individuo. Pertanto, è del tutto impensabile uno Stato confederale cui si adatti la costruzione di Laband. In tal modo, alla moderna concezione dello Stato si contrappone esattamente un'opera intesa a fornire un fondamento esclusivo dello Stato a valere sulle associazioni subordinate di tipo societario, mentre nello Stato patriarcale, feudale e cetuale, l'individuo può essere mediato *tout court* attraverso la famiglia, il signore e l'associazione. L'antico impero tedesco era, almeno nei fatti, vicino ad uno Stato confederale, secondo lo schema di Laband. Quindi v. Martitz *Z.f.d.g. Staatsw.* vol. 23, 561 ss., Hänel, *Studien* I, 40 ss., G. Meyer, 21 ss., Jellinek, 278 ss. trovano un *essentielle* del concetto di Stato confederale semplicemente nel rapporto diretto tra potere centrale e popolo. Quando Jellinek ritiene, sì, possibile lo Stato confederale diversamente articolato, ma lo esclude in quanto "Stato degli Stati", è arbitrario.

caratteristica della competenza del potere di diritto pubblico, per quanto riguarda “il diritto proprio”, con quella della sovranità quale peculiarità unica dello Stato (I, 41 ss.). Tutti i tentativi di tal genere, di una qualificazione parziale del titolo giuridico di cui al potere dello Stato membro, hanno luogo naturalmente a spese delle società, che devono persino accontentarsi del diritto “estraneo”. Ma che cosa è, dunque, il “diritto proprio”? Anzitutto, decisiva al riguardo non può essere l’acquisizione a titolo originario o derivato: perché, ai fini delle modalità con cui si è titolari di un diritto, riveste un significato solo storico se esso prima ne ha avuto un altro o no¹¹. Quando, pertanto, Laband si riferisce al fatto che ai singoli Stati non vengono trasferite dall’Impero le loro sfere giuridiche, da un lato è pensabile un potere “proprio” degli Stati membri derivato dai diritti originari di uno Stato unitario¹², da un altro lato, senza dubbio, anche il diritto di molte associazioni odierne non risulta mai “trasferito” dallo Stato. Tanto meno può essere decisiva, per il concetto di diritto proprio, l’ammissibilità o meno di una sua sottrazione: perché, circa la presente condizione relativa al fatto di essere titolare di un tale diritto, è indifferente se e come il fatto di detenerlo possa avere un termine. Nei fatti, il potere statale dei singoli Stati tedeschi è esposto alla possibilità di una sottrazione, conforme al diritto, ad opera dell’Impero, perché l’Impero possiede, come gli altri Stati confederali moderni, la titolarità in ordine all’ampliamento della propria sfera di competenza¹³, mentre esi-

¹¹ D’accordo Jellinek, 41.

¹² Così nell’antico Impero tedesco, i cui territori anche Laband riconosce come Stati. – Jellinek ritiene persino tutto il diritto statale degli Stati membri nello Stato confederale come un diritto trasferito, nel momento in cui con Zorn assume che gli Stati sinora sovrani, tali da dare fondamento allo Stato confederale, anzitutto cedono senza condizioni il loro tutto alla totalità e dopo ne riprendono da quest’ultimo un pezzo in regalo (44 ss. e 271 ss.). I precedenti Stati della Prussia, della Baviera etc. sono colati a picco e gli Stati che ora portano questo nome, ne sono solo i “successori sul piano giuridico” (281). Ciò ricade però nella categoria dei giochi di prestigio giuridici, di cui prima si è discusso. Che anche e proprio Jellinek non si mantenga libero da un tale esercizio di equilibrio, è sorprendente davanti alle sue osservazioni quali sono state trovate in ordine al metodo del diritto pubblico (§ 1-6).

¹³ Cfr. Laband, 124. Solo che io non riesco a scorgere, con lui e con la maggior parte dei più recenti (v. Mohl, Hänel, Zorn, Liebe, Jellinek etc.), nella “competenza-competenza” un elemento *essenziale* del concetto di Stato confederale. Senza autorizzazione secondo costituzione da parte di un altro fattore, anche nel vero Stato confederale solo la totalità degli Stati sarebbe piuttosto autorizzata ai fini dello spostamento delle sfere [*di competenza-n.d.C.*]. Giustamente G. Meyer, *Staatsr.*, 23 ss. n. 1.

stono associazioni e le stesse province¹⁴ cui lo Stato ha espressamente garantito una determinata sfera di vita come non sottraibile senza la loro volontà. Conformemente a ciò, anche Laband (I, 106) e Jellinek (41) sono concordi sul fatto che la forza della sovranità perde il carattere del diritto con la minaccia della sua sottrazione tanto poco quanto scarsa la proprietà [la perde] con la possibilità dell'espropriazione. Quindi, il concetto di diritto proprio può del tutto dipendere solo dalle modalità della relativa titolarità. Se si guarda all'uso abituale della lingua, dipenderà se si ha un diritto in base alla relativa sostanza ovvero solo in base al relativo esercizio. In merito, va certo considerato che anche il diritto all'esercizio di un diritto estraneo costituisce un diritto "proprio". Ogni diritto appartiene – sin dove è sufficiente – in modo troppo peculiare al soggetto proprio. Solo in riferimento ad una determinata sfera oggettiva di autorizzazione la differenza tra diritti propri esistenti e diritti estranei concessi ai fini del relativo esercizio, riveste un significato proprio. Solo che è fuor di dubbio che gli Stati membri, quando esercitano le loro facoltà in certe relazioni solo in quanto organi del potere centrale, hanno, in misura considerevole, un potere di diritto pubblico nello Stato confederale esattamente nello stesso modo in cui lo Stato complessivo detiene la propria forza. Lo stesso deve essere detto, però, di ogni associazione di diritto pubblico. Se nella teoria e nella prassi le associazioni comunali ed egualmente le stesse altre società esclusivamente di proprietà della Chiesa vengono trattate come organizzazioni puramente statali, per le quali viene reso sì ammissibile un diritto di proprietà "proprio" con l'attribuzione della "persona giuridica", ma che esercitano però con altro nome, in riferimento a tutti i rapporti relativi al potere societario, come organi propri solo diritti dello Stato, costituisce così un pezzo forte il fatto di spendere oggi questa concezione come una logica conseguenza del concetto di Stato ed imputarla al diritto vigente in contraddizione con le visioni ed i bisogni della vita. Tuttavia, rimane appena un'altra via d'uscita per salvare il potere "proprio" come criterio riferito allo Stato. Così anche Laband mostra dunque di non essere lontano da questo orientamento (cfr. I, 102 ss. e 206), anche se egli d'altra parte riduce tutte le autorizzazioni di potere dei singoli Stati ai concetti di "autoamministrazione" e di "autono-

¹⁴ Cfr. per es. Jellinek, 75.

mia” e le equipara quindi, tenendo conto del nome, persino al potere delle società, in un modo non certo raccomandabile. Jellinek, invece, ha realizzato con grande profondità tale opera di degrado delle associazioni societarie¹⁵. Nel momento in cui, per poter dichiarare tutto il potere dell’associazione come un diritto dello Stato in sé “estraneo” all’associazione, egli ricorre all’affermazione totalmente arbitraria secondo cui il diritto “proprio” è solo il “diritto giuridicamente non controllabile” nel suo esercizio¹⁶ e fornisce solo una prova dell’impossibilità di raggiungere l’obiettivo desiderato con le modalità esaminate.

Si potrebbe infine, in terzo luogo, trovare la principale differenza tra lo Stato non sovrano e le associazioni comunali autonome nel contenuto differenziato delle loro sfere giuridiche. Solo che non si possono documentare i singoli poteri, che sarebbero essenziali per uno Stato membro e che potrebbero anche non esistere per una società¹⁷. Altrettanto sussiste una necessaria differenza tra Stato e

¹⁵ Egli dichiara la “persona giuridica” un concetto puramente di diritto privato (259-260) e tutto il diritto pubblico di una società come “diritto statale” (42-43). Sorprendentemente, però, uno studio più preciso del libro fa sì che la principale differenza tra lo Stato membro e la società abbia solo un’unica, continua conseguenza pratica: lo Stato è capace di colpa, la società no (40 e 310-311)! Il vero criterio per lo Stato confederale è quindi l’ammissibilità di una esecutività a livello confederale nei confronti del singolo Stato in quanto tale. Nell’unione manca però, certo, una determinazione costituzionale su questo: ma trova affermazione la natura della cosa. L’Inghilterra si comporterebbe nel frattempo contro il Canada, che non può delinquere, secondo Jellinek, in quanto semplice colonia (64), dopo il soffocamento di un tentativo di separazione, presumibilmente non in modo molto simile come l’Unione contro i propri membri ribelli? E come dovrebbe essere pensato lo “scioglimento di un’associazione per punizione” come misura contro i “singoli” (311), senza statuire una punizione per i non colpevoli?

¹⁶ Jellinek, 41 ss. Contro le argomentazioni qui tentate, da una parte va obiettato che, nonostante tutti i controlli, si può rimanere “esecutori della propria volontà” nell’esercizio di un diritto, ma va, d’altro lato, messo in luce il fatto che in nessuna relazione manca totalmente un controllo dello Stato complessivo anche sull’attività degli Stati membri. Assunta in senso stretto, questa dottrina riporta necessariamente alla sovranità parziale.

¹⁷ G. Meyer (*Staatsr.*, 3, 17 e 23) ritrova il *praecipuum* dello Stato in una duplice autonomia, in forza della quale esso deve attuare certi compiti politici autonomamente, cioè in base a proprie leggi, e regolare autonomamente la sua propria organizzazione. Solo che una tale autonomia spetta, da un lato, anche al territorio o alla città dotati di autonomia e di potere costitutivo, e può risultare d’altro lato più o meno limitata anche per gli Stati membri (come in Svizzera e nell’Unione mediante la prescrizione di una costituzione repubblicana). – G. Liebe, *Sind die zu einem Bundestaat vereinigten Staaten souverän?*, Lipsia, 1880, lascia perdere ogni delimitazione dei “di-

comuni, se il contenuto dei loro poteri viene considerato come un tutto. Costituisce una caratteristica comune delle associazioni statali e comunali il fatto di risultare in sé correlate, nella loro totalità, agli scopi della comunità umana e che alla loro competenza non sia quindi precluso in linea di principio nessun campo di vita sociale. Questa poliedricità però costituisce, tanto per lo Stato membro quanto per il comune, una pura possibilità, cui in entrambi i casi può corrispondere un'incompletezza ugualmente grande in ordine all'attuazione in senso positivo. Pertanto, se in maniera così forte, nel moderno Stato confederale, in riferimento alla pienezza dei compiti ad essi assegnati e degli strumenti di potere quali spettano loro in ordine alla relativa attuazione, i singoli Stati, da un lato, e le associazioni comunali, dall'altro lato, hanno cura di differenziarsi, non può derivarne una determinazione concettuale circa la delimitazione delle sfere di vita e di diritto lasciate per altri aspetti e in altri paesi alle città e alle province¹⁸.

Sembra quindi realmente un'aspirazione inutile reperire una differenza concettuale tra membri di carattere statale e membri di natura comunale di uno Stato. Tuttavia, poiché una tale differenza, su cui la scienza non può disputare, è riconosciuta nella vita, il pensiero giuridico sembra essere sufficiente per il proprio compito quando constata che, in base al diritto vincolato allo sviluppo economico e coerente con le espressioni della coscienza giuridica, certi sistemi collettivi sono ora, in un determinato momento, Stati e non altro. Nei fatti, il diritto positivo costruisce, qui come dappertutto, la base fissa di tutta la costruzione giuridica. Né si può sopravvalutare, davanti al flusso della storia e alla ricchezza della vita, il valore delle delimitazioni concettuali afferenti al diritto. Tuttavia, il pensiero giuridico non può stare tranquillo a proposito di un tale risultato. Chi nutre pertanto speranze sul fatto che le cose reali fluiscono e svaniscono, dimentica che la scienza giuridica ha a che fare non con le cose reali, ma con un mondo di idee prelevate da quelle cose reali. Nel mondo della coscienza giuridica, però, alla base del principio secondo cui questo modello [delle idee] è uno Stato, mentre quello

ritti di sovranità” nei confronti dei diritti di potere non sovrani, che costituiscono secondo lui il criterio dello Stato non sovrano.

¹⁸ Si confronti in particolare anche Jellinek, 64 ss., che rinvia al fatto che in effetti, ancora oggi, ad alcune province non riconosciute come Stati spetta un'autonomia più complessiva che non agli Stati membri nello Stato confederale.

[delle cose reali] no, ci deve essere un qualsivoglia pensiero intelligibile. In una qualsivoglia forma ancora non chiarita deve valere l'idea di una differenza che sia una differenza di modo e non solo di grado. Il pensiero giuridico deve intraprendere e intraprenderà sempre di nuovo il tentativo di elevare queste idee a concetti.

La strada giusta al riguardo l'ha indicata Hänel, nel momento in cui ha illustrato che, nello Stato confederale, lo Stato nella sua interezza non compare nello Stato complessivo e neanche negli Stati membri, ma solo nella relativa totalità (*Studien*, 63 ss.). La fruttuosità di quest'idea l'ha apprezzata del tutto Laband (I, 83 ss.). E se prima abbiamo messo in luce che, proprio in riferimento alla rappresentazione delle reciproche relazioni tra il potere dello Stato imperiale e quello degli Stati territoriali, è stato più volte realizzato qualcosa di compiuto nell'opera di Laband, ciò si basa essenzialmente sul fatto che l'autore dappertutto, anche nei dettagli, ha mantenuto sempre saldamente in vista l'appartenenza comune dei due fattori, la dipendenza reciproca, l'"organico essere l'uno con l'altro ed il collaborare secondo programma". Solo che Laband attribuisce a questo punto di vista un significato solo per lo Stato quale "istituzione oggettiva". Egli sottolinea come Hänel, in riferimento alla questione della soggettività giuridica statale, abbia lasciato una lacuna, mentre il problema dello Stato confederale si nasconde proprio in questa questione, dal momento che, dal punto di vista oggettivo, anche lo Stato unitario costruisce lo Stato totale solo insieme ai propri corpi dotati di autoamministrazione. Invece di colmare, però, questa lacuna andando a trovare la connessione soggettiva corrispondente all'unità oggettiva, Laband lascia cadere, in questo punto decisivo, tutta l'idea dell'essenza del carattere vincolato (*Verbundenheit*). Egli costruisce lo Stato superiore ed i sudditi come persone che semplicemente esistono di per sé. Ed egli non li può neanche costruire diversamente, perché il suo concetto civilistico di personalità gli preclude ogni altra possibilità.

In verità, la questione sta ancora nel modo seguente. La coscienza giuridica dei popoli moderni, sviluppatasi all'interno di un lungo lavoro spirituale, è pervasa dal fatto che, in ogni ambito di vita della nazione, nel campo del diritto ci deve essere un potere associativo più elevato rispetto a tutti gli altri poteri associativi. A questo potere più elevato spettano determinati compiti e determinate facoltà. Alla sfera giuridica così costituita si addice la peculia-

rità della statualità. È dalla caratteristica della “sovranità” interna ed esterna che deriva una specie di differenza, per questa sfera di potere statale, rispetto ad ogni altra sfera di potere. Perché, mentre ogni altra sfera di potere è sottoposta ad un ordinamento giuridico formalmente indipendente da essa, la sfera di potere di cui allo Stato può essere limitata solo attraverso un ordinamento giuridico formalmente dipendente da essa. Di conseguenza, il potere dello Stato non si può spogliare della propria sovranità senza conservare ciò che è specifico in esso. Altrettanto, si può immaginare la sfera statale come divisa, dal momento che con ciò o sarebbe statuita la contraddizione di un variegato potere “più elevato” sullo stesso terreno giuridico oppure, di nuovo, risulterebbe introdotto lo Stato non sovrano. Se ora però la moderna coscienza giuridica riconosce più soggetti di potere statale nello stesso sistema comune, il rapporto può essere pensato semplicemente e solo in maniera tale che un determinato contenuto di diritti e di doveri costituisce un *unicum* più elevato nonché una sfera di potere indivisibile, anche se è una pluralità di soggetti ad esserne chiamata collettivamente come titolare. Dunque, anche nello Stato confederale deve essere creato, proprio come nello Stato unitario, il potere dello Stato in quanto tale. La differenza sta solo nella conformazione propria del soggetto di cui al potere statale, che qui non è un’unica persona generale, ma una pluralità di persone generali ordinate collettivamente in un determinato modo.

Emerge dunque la questione di come debba essere costruita nello Stato confederale questa molteplicità di titolari di sfere di potere di natura pubblica. Chiaramente, come titolare del potere statale indiviso nella sua sostanza, può essere concepita solo la maggioranza delle persone di natura pubblica presenti nel loro legame organico. Lo Stato complessivo ed i singoli Stati costituiscono, nella loro reciproca appartenenza, il soggetto che altrimenti consiste in un’unica personalità. Questa comunità organica non è una nuova persona statale rispetto alle sue componenti. Perché mancano ad essa un’organizzazione particolare ed un suo organo particolare. Ma altrettanto essa non può essere pensata come una pura somma di personalità di natura pubblica che esistono di per sé. Perché le persone di diritto pubblico trovano la loro parte solo nell’ambito di un vincolo determinato secondo costituzione, grazie al quale esse sono legate in via permanente l’una con l’altra e sono dipendenti a

vicenda. Soprattutto in questo emerge il loro carattere organico, ossia nel fatto che tale vincolo è smembrato di per sé. La posizione di chi prende parte non è eguale, ma lo Stato complessivo in quanto tale è il vertice della comunità. Per questo lo Stato complessivo al contempo rappresenta, verso l'esterno, la generalità degli Stati membri ed ha anche, verso l'interno, l'ultima decisione sui casi dubbi. Proprio in tal modo si provvede alla necessaria unità della maggioranza e, nonostante la divisione della soggettività giuridica statale in una personalità molteplice, si garantisce in ultima istanza l'unitarietà della volontà dello Stato¹⁹.

Ma se ora il potere dello Stato si colloca, in base alla sua sostanza, all'interno di una proprietà comune indivisa dello Stato complessivo e degli Stati membri così come all'interno di una maggioranza in qualche modo federata, in tal modo esso risulta distribuito, come diritto particolare, in base al relativo esercizio, tra i singoli contitolari della comunità. A questo scopo, il contenuto delle autorizzazioni di potere in esso contenuto risulta suddiviso in due sfere delimitate in base alla costituzione, delle quali una è assegnata allo Stato complessivo nell'ambito di una concezione generale unitaria, l'altra è lasciata agli Stati membri nell'ambito di una suddivisione a più facce. Ne deriva, tanto per la persona dello Stato nel suo insieme quanto per la totalità delle persone degli Stati membri, un proprio diritto dello Stato al potere, che esse hanno autonomamente. Solo che nessuna di queste sfere statali costituisce di per sé la sola forza dello Stato. Ognuna di esse necessita piuttosto di un completamento attraverso l'altra. Tutta la forza dello Stato membro costituisce certo, già di per sé, solo la forza più elevata, ma verso il basso non rappresenta l'intera forza dello Stato. La forza dello Stato membro costituisce nel proprio campo, almeno potenzialmente, l'intera forza dello Stato, solo che essa, presa di per sé, non è verso l'alto la forza più elevata. Lo Stato complessivo, così come i singoli Stati, è chiamato ad esercitare, nelle loro particolarità, solo una parte dei poteri che risultano contenuti nel potere statale sovrano ed inalienabile quale spetta loro comunitariamente.

¹⁹ Uno sviluppo di questa posizione del vertice nella comunità sta nel fatto che in quest'ultima, come nell'Impero tedesco, per il vertice la modifica delle relazioni tra esso ed i membri è libera. Se per contro (come nelle repubbliche) è necessario in questo il consenso di una maggioranza di Stati membri in quanto tali, si è in presenza solo di uno sviluppo della comunità mediante l'introduzione del principio di maggioranza.

È poi subito chiaro perché, nello Stato confederale, tanto l'intero che la parte costituiscono realmente persone di natura statale. Essi lo sono come contitolari non facenti parte di una persona più elevata delle sfere statali unitarie, divisi tra di loro solo dal punto di vista dell'esercizio! Gli Stati membri, in particolare, non comparirebbero come "Stati" né a causa del loro diritto di appartenenza all'interno della personalità complessiva sovrana né a causa del loro diritto particolare all'interno della loro singola sfera non sovrana, se non venissero al contempo rappresentati, nell'ordinamento complessivo, secondo costituzione, insieme allo Stato complessivo, come, nella sostanza, componenti della forza totale sovrana di cui allo Stato. Solo questa rappresentazione offre la chiave in ordine alla possibilità che i singoli Stati tedeschi ed i loro signori territoriali, nonostante il carattere statale chiuso dell'Impero, si presentino verso l'esterno come soggetti di diritto internazionale e godano dei diritti (*Ehrenrechte*) di sovranità. E solo essa chiarisce verso l'interno la principale differenza, quale esiste un'unica volta ai fini della nostra coscienza giuridica, tra lo Stato membro e le associazioni di cui ai comuni, dal momento che non è trasferibile a queste ultime.

Se cerchiamo una condizione giuridica simile in base ad un'analogia con il diritto privato, lo sguardo cade sulla "proprietà complessiva" di stampo cooperativistico (*genossenschaftlich*) o come altro la si voglia chiamare. Qui si tratta del patrimonio di una società. Il contenuto dei poteri di cui alla proprietà su questo patrimonio è spaccato in due sfere di facoltà, al cui interno su una domina la persona giuridica in quanto tale ed i singoli sono autorizzati solo come membri, mentre l'altra è suddivisa singolarmente tra i membri e costituisce i diritti individuali intoccabili per la persona umana. Anche qui, però, il diritto complessivo unitario ed i variegati diritti particolari appartengono l'uno agli altri e sono unitamente vincolati attraverso il diritto sociale della costituzione, in modo tale da produrre solo nella sua totalità il diritto di sovranità richiesto dal concetto di proprietà. Non possiamo senza arbitrarietà attribuire la proprietà unica né alla persona giuridica con l'esclusione dei singoli né ai singoli con l'esclusione della persona giuridica. Se intendiamo, dunque, tener ferma la sostanziale indivisibilità della proprietà, dobbiamo qui altrettanto attribuire la sua sostanza alla persona complessiva ed alle singole persone nella comunità. Questo *status* comunitario però, anche qui, si verifica nell'aspetto soggettivo, al-

l'interno di un raggruppamento secondo costituzione dei soggetti che vi prendono parte. Il concetto oggettivo di "proprietà complessiva" non trova un correlato nel concetto soggettivo del "far parte di una società" (*Genossenschaft*). Così e non diversamente dobbiamo costruire, per esempio, la società per azioni, se non la vogliamo far decadere ad associazione né vogliamo privare, nel patrimonio societario, gli azionisti della loro "partecipazione" riconosciuta dal codice civile. In termini simili si pone la questione per le cooperative agrarie, per i sindacati etc. Tuttavia, la dogmatica civilistica si oppone pervicacemente all'introduzione di tali concetti e pone sempre ed ancora l'alternativa dell'*universitas* romana con il puro *jura in re aliena* dei membri ovvero la romana *societas* con il puro vincolo di diritto obbligazionario per gli individui. Solo che, per una volta, ciò che sta nella vita dovrà alla fine arrivare ad essere diritto anche nel pensiero giuridico. La scienza del diritto dello Stato però non è in ogni caso vincolata al dogma romanistico, in questa come altrettanto in qualsivoglia altra questione.

La costruzione "cooperativistica" qui presentata dell'associazione di cui allo Stato confederale si mantiene dappertutto come fruttuosa dal punto di vista della sua attuazione in riferimento al dettaglio. Non è qui il luogo in cui rappresentare ciò più approfonditamente. Da alcuni punti di vista anche Laband ha fatto uso con successo dei concetti giuridici che derivano dall'idea cooperativistica. Ciò vale soprattutto per la valorizzazione del concetto di diritto particolare delle società all'interno della dottrina trattata appropriatamente dei diritti dei singoli Stati (I, 109 ss.), anche se, a partire dai punti di vista qui difesi, le suddivisioni di questi diritti qui differenziati da Laband si sposterebbero in un'altra luce²⁰. In al-

²⁰ I relativi diritti statali particolari riconosciuti accanto ai "diritti di appartenenza" degli Stati (109-113) si caratterizzano nel complesso, in base alla nostra costruzione, come diritti particolari di corporazione ("*jura singulorum in universitate*"). Perché anche le sfere statali particolari dichiarate apparentemente da Laband come "*jura singulorum*" ai fini del libero diritto individuale degli Stati costituiscono sì diritto individuale, ma diritto individuale competente (*konneres*) con l'appartenenza, tale da completare la sfera statale complessiva, vincolato allo Stato confederale e determinato. I diritti particolari descritti come "*jura singularia*" però (113-121) sono le prerogative di appartenenza elevate a diritto individuale da parte dei singoli Stati. Queste prerogative si differenziano dai diritti individuali generali collegati all'appartenenza per la non sottraibilità loro garantita. Eppure, il principio – statuito a ragione, secondo il mio avviso, da Laband – secondo cui nessuno Stato può essere trattato senza il suo assenso,

tri punti, per contro, la carenza di pensiero cooperativo si fa sentire in modo molto sensibile. Così essenzialmente essa è responsabile del fatto che Laband crede di dover caratterizzare piuttosto come “economia sociale” la finanza pubblica dell’Impero, che egli aveva descritta prima pur sempre in modo appropriato come “un mescolamento di finanza statale ed economia sociale” (II e 138 ss.). Nei fatti però, da un punto di vista politico, si può sì valutare come una “diseguaglianza” della costituzione dell’Impero il fatto che l’elemento “federalistico” del principio confederale abbia ottenuto il maggior peso nella finanza pubblica più che non in altri campi; solo che non si può prescindere dal come, in tal modo, l’associazione di cui all’Impero sia destinata a perdere in questo ambito la propria essenza “confederale” ed a decadere a relazione di tipo societario (*Gesellschaftverhältnis*)²¹. Le esclusioni dell’insieme delle entrate e delle spese corrispondenti ai privilegi non hanno una portata giuridica maggiore rispetto ai veri e propri privilegi: esse non impediscono il concetto di finanza dell’Impero come l’amministrazione postale degli Stati tedeschi del sud per quanto concerne il concetto di posta dell’Impero. Ma per ciò che riguarda il sistema dei contributi matricolari²² e della distribuzione delle eccedenze, a proposito delle cooperative indubbiamente sociali non è raro o non è affatto contrario al concetto che esse coprano con i contributi dei loro membri le necessità non compensate in base alle entrate “proprie” e distribuiscano tra i membri l’eccedenza delle entrate sulle spese come ricavo puro o come risparmio.

VII

Se ci chiediamo ora quale forma assume l’idea del diritto nell’opera di Laband, abbiamo già messo in luce come merito principale il fatto che l’autore, in linea di principio, mantenga per l’idea del diritto la sua purezza e la sua autonomia. A questo riguardo egli

riguardo ai diritti e ai doveri generali di cui alla Confederazione, in modo più sfavorevole rispetto agli altri Stati, corrisponde al principio secondo cui i privilegi di uno Stato non possono essere messi da parte senza il suo assenso.

²¹ La concessione di Laband l’ha subito accettata v. Müller (*kr. B. J. Schr.* vol. 25, 150-152) e l’ha valorizzata ai fini dell’affermazione secondo cui l’Impero è semplicemente e solo una relazione di tipo societario, non un soggetto di diritto.

²² [contributi dei singoli Stati all’Impero per il sostentamento delle spese militari - *n.d.C.*].

si contrappone in modo tanto profondo quanto piacevole alle correnti moderne molto diffuse. Egli non scioglie la sostanza del diritto né nell'opportunità né nel potere, ma rimane fermo all'originarietà dell'idea di diritto, alla sua essenza specifica e al suo significato proprio. Per questo egli prende le parti in modo totale a favore dell'autonomia del pensiero del diritto a fronte del pensiero sullo Stato. Egli anzitutto non vede come una grande novità il diritto quale semplice prodotto dello Stato. Piuttosto, egli non solo riconosce come fonti del diritto, di fianco alla legge, il diritto consuetudinario e l'autonomia, ma indica con enfasi anche come la stessa legge crei ripetutamente il proprio contenuto a partire da fonti del tutto diverse rispetto alla decisione del legislatore. Inoltre, egli è ben lontano dal vedere nel diritto solo uno strumento per gli scopi dello Stato, ma piuttosto ricerca lo scopo del diritto innanzitutto in esso stesso. Alla fine, sebbene formalmente non ne contesti il potere generale sul territorio dell'Impero, materialmente egli pone lo Stato non al di sopra del diritto, ma in lungo e in largo dentro il diritto. Perché egli parte dall'idea che lo Stato stesso è giuridicamente vincolato. Per lui il diritto rimane quindi diritto anche se non viene ad esso in aiuto una costrizione organizzata. Ed il diritto gli sembra come una barriera al potere, anche quando la pretesa a questo potere è del tutto rivestita di validità ed in ogni tempo essa può essere di nuovo svestita di validità. Egli, però, non solo non ha dato un fondamento più profondo alla possibilità di una tale concezione, ma involontariamente desta nel lettore anche serie preoccupazioni circa il modo in cui questa possibilità è destinata a risultare conciliabile con le elaborazioni, che discuteremo più avanti, riguardanti il significato giuridico della "costrizione" e del "comando". Solo che egli non ha dubbi, così come per il riconoscimento del diritto internazionale quale diritto effettivo ed in particolare a proposito della costruzione di rapporti di rango più elevato da parte del diritto pubblico su questo terreno. Altrimenti, egli soprattutto non potrebbe denominare come diritti le pretese, poste dallo Stato stesso e inapplicabili ad esso, da parte dei singoli in ordine al fatto di avere una partecipazione nello Stato, né potrebbe in qualche modo parlare ancora di doveri giuridici da parte di un sovrano sottratto ad ogni potere di comando e di costrizione, né potrebbe imporre al *Reichstag* un dovere di natura giuspubblicistica con un determinato contenuto materiale in quei campi in cui formalmente

tutto è rimesso alla sua valutazione autonoma. L'intero edificio da lui costruito dovrebbe anzi crollare in maniera inarrestabile se viene a vacillare il suo sostegno principale²³.

Ma con quanta maggiore energia l'autore si sforza di dare al diritto ciò che è del diritto, tanto più egli atrofizza, però, l'idea del diritto in un suo formalismo quale risulta in tal modo innestato, formalismo le cui conseguenze in ultima istanza costituiscono una minaccia per il diritto di perdere del tutto il suo pregevole contenuto effettivo.

Laband viene trascinato verso una concezione formalistica del diritto dalla sua tendenza, già prima discussa, volta a ridurre il momento specificamente statale, in tutta l'attività dello Stato, all'ordine garantito dalla minaccia dell'elemento costrittivo. Ecco perché, per adattare la funzione giuridica dello Stato a questo schema, egli si vede costretto a strappare l'un dall'altra, nel diritto, il contenuto dalla forma. Ma egli deve almeno accogliere, in ordine alla trattazione dal punto di vista del diritto pubblico, la teoria dell'"imperativo" da poco tempo così amata nel pensiero giuridico tedesco ed attribuire ovunque al comando in quanto tale un'esistenza indipendente rispetto alla sostanza giuridica. Perché se egli, come alcuni più di recente, non assegna al contenuto del diritto qualsiv-

²³ La soluzione della questione circa le modalità con cui l'essere vincolati con il diritto possa coesistere con la sovranità in campo giuridico risulta sostenuta essenzialmente da Jellinek, *die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Vienna 1880. L'errore nel fatto di ricondurre, da parte sua, un tale carattere vincolato all'autolimitazione della volontà sta, a mio parere, solo nella circostanza per cui, nell'attività intesa a creare diritto, egli considera esclusivamente il momento dell'affermazione della volontà e così presume, per la volontà, solo la prestazione impossibile consistente nel produrre autonomamente una determinazione oggettiva di sé stessa. Tutte le difficoltà svaniscono non appena si consideri che la sostanza della norma giuridica non è essa stessa volontà, bensì espressione della ragione su un qualcosa di determinato dalla volontà per mezzo di un potere o di un dovere esterni che ad essa spettano. Creare diritto significa dichiarare una volontà, ma dichiarare una volontà di contenuto, nel senso che una determinata espressione sulle limitazioni della libertà verso l'esterno del volere deve essere assunta come espressione della ragione e perciò deve essere seguita da tutti. Dietro la dichiarazione di volontà secondo cui qualcosa debba essere diritto sta quindi necessariamente la convinzione, persino dichiarata come tale, secondo cui l'oggetto della volontà rappresenta un'espressione ad alta voce della coscienza giuridica. Ma se la volontà che produce in tal modo diritto non crea da sé la norma giuridica in quanto tale, ma la sostiene e la spende alla luce del sole (*zu Tage*) come prodotto della ragione del diritto, anche la stessa volontà può e deve essere vincolata da questa scoperta per essa oggettiva, fino a che essa stessa – e per questo è sempre competente formalmente la volontà sovrana – non revochi più o meno quella dichiarazione.

glia significato giuridico autonomo, in tal modo però conferisce alla forma staccata dal contenuto una sua vita propria, nella quale va subito, naturalmente, a collocarsi l'autentico baricentro dell'ordinamento giuridico.

In questo senso egli anzitutto costruisce la legge liberando l'uno rispetto all'altro il suo "contenuto" ed il suo "comando" e concentra il concetto di "legislazione" esclusivamente nell'emana-zione di quest'ultima, mentre, per contro, considera la fissazione del contenuto solo come atto preparatorio della legislazione (II, 4 ss.). Una tale separazione formalistica del comando della legge dal relativo contenuto è chiaramente inammissibile. Soprattutto essa non è possibile nella misura in cui il diritto di cui alla legge venga concepito come diritto effettivo, che ha una qualche parte nell'es-senza del diritto quale espressione di un'idea peculiare e tipica del-l'essere umano, uguale solo a sé stessa. Perché il dato specifico del-l'idea di diritto si radica proprio nell'unità del sentire spirituale in cui, in riferimento ad un principio tale da determinare la libertà della volontà, vengono ad incontrarsi l'idea della sua ragionevolezza e l'aspirazione alla sua validità verso l'esterno. Non si può rico-noscere in quanto norma giuridica una norma sui poteri o sui do-veri dell'uomo diversa dalle norme puramente etiche, da un lato, e dalle regole della semplice consuetudine, dall'altro, senza al con-tempo postulare per loro un'autorità vincolante dall'esterno ed un'attuazione, in caso di necessità, procurata secondo le possibilità offerte dalla costrizione²⁴. E non si può fare la differenza tra un or-dine eseguibile mediante costrizione rispetto ad un altro precetto di potere costrittivo in quanto statuizione di una norma giuridica, senza presupporre in esso, al contempo, l'intento di dichiarare un'affermazione generale razionale riguardante i poteri o i doveri dell'uomo. Se dunque lo Stato funge, attraverso la legislazione, da

²⁴ Che la costrizione sia una forma di organizzazione imperfetta e che essa non sia forse possibile – oppure neanche necessaria – in assenza di un potere autorizzato alla forza, il concetto di diritto non solleva questione. Solo che l'idea secondo cui un'attuazione della forza sarebbe in sé giusta e desiderata, non manca in nessuna delle norme giuridiche. Per questo il diritto si differenzia dalla morale, che si rivolge alle determinazioni di volontà interne e perciò rifiuta in sé ogni altra costrizione esterna. Ma per questo anche la consuetudine (*Sitte*), che in effetti determina le volontà dall'es-terno, viene pur sempre immaginata solo come un'autorità in sé libera (sebbene nei fatti forse tale da costringere tirannicamente). La costrittività effettiva attraverso il di-ritto organizzato non è quindi, certo, una caratteristica, bensì una tendenza del diritto.

organo di produzione del diritto, esso solo, all'atto della creazione così come della espressione della volontà legislativa, può produrre, contemporaneamente ed unitariamente, i due momenti che rendono una norma quale norma giuridica. Con il contenuto della legge esso produce anche l'ordine di cui alla legge: perché deve necessariamente pensarlo sin dall'inizio come un imperativo per immaginare come principio di diritto (*Rechtssatz*) un qualsivoglia principio riconosciuto e constatato da esso come razionale in ordine al comportamento umano; lo Stato, nel momento in cui riconosce e dichiara come diritto una norma già prima creata quale espressione della coscienza giuridica vivente all'interno dello Stato stesso, deve al contempo volere la costruzione di questa norma con quella forza vincolante esterna che esso è in grado di assegnare al diritto in virtù del proprio potere di livello più elevato. Al contrario, nell'emanare l'ordine per legge, esso al contempo dà attuazione alla dichiarazione del contenuto della legge in quanto norma giuridica: perché solo in quanto e nella misura in cui esso indirizzi il proprio potere di comando e di costrizione verso la validità nei confronti dell'esterno da parte di una regola di comportamento umano da esso stesso constatata come norma giuridica, lo Stato si pone come legislatore; esso esprime nella legge non solo il fatto di chiedere di eseguire la norma quale espressione del suo superiore potere di volontà, essendo questa la sua volontà del momento, ma, a differenza degli altri comandi, nell'ordine di cui alla legge esso mostra di volere l'attuazione generale di un principio, perché considera diritto questo principio in forza della propria visione autoritativa in riferimento ai sudditi. Verso l'esterno, nel processo legislativo in quanto dichiarazione di volontà di carattere generale ad opera di una persona, si possono espressamente suddividere solo due livelli giuridici di significato con forme diverse dal punto di vista dei principi: la necessaria formazione (che deve concludersi, nella monarchia costituzionale, con il suggello del monarca) e la necessaria enunciazione (che si realizza con la pubblicazione nelle forme corrette) della volontà di cui alla legge. All'interno, però, per tutta la legislazione, è l'attività di volontà dello Stato mediante un'attività statale diversamente conformata e con essa indissolubilmente legata a consegnare, condizionare e determinare il carattere specifico della legislazione. Perché lo Stato, nel momento in cui eleva un principio a norma giuridica, dichiara al contempo il suo

contenuto quale espressione della coscienza giuridica in ordine alla determinazione razionale della libertà di volontà e quindi come ritrovato dell'intelletto. Stato e diritto si realizzano a vicenda. Come in un primo momento il diritto attua lo Stato, nel momento in cui rende possibile il fatto di fissare il suo potere come potere legittimo, lo Stato attua il diritto, nel momento in cui, per mezzo di un potere più elevato e tale da costringere senza potervi opporre resistenza, garantisce ad esso ciò che intende realizzare. Solo che il rapporto tra Stato e diritto non si esaurisce in questo formale rapporto di complementarità. Piuttosto, il diritto svolge una funzione statale materiale e lo Stato una funzione giuridica materiale. Così, dunque, anche il diritto a proposito del perfezionamento dello Stato e, del pari, lo Stato a proposito del perfezionamento del diritto sono chiamati ad un'attività produttiva materiale. Come il diritto, in base alla propria essenza più intima, esprime concetti e principi che lavorano alla costante costruzione e al costante consolidamento del sistema comune, così lo Stato risulta indicato, per la propria essenza più intima, a portare avanti un lavoro volto a dare una forma ai fini della costruzione permanente e del consolidamento dell'ordinamento giuridico. Per questo lo Stato, a proposito della legislazione, compare non solo come organo della volontà, ma come organo della coscienza della collettività. Per il legislatore si presumono e si attendono energia, potere, autorità, ma soprattutto giudizio, saggezza, giustizia. Il raziocinio giuridico di un popolo non vive solo nel suo Stato, ma il suo Stato ne è il depositario più elevato. Ma se è così, allora, con il concetto di legislazione di Laband, che lacera con violenza tutte queste connessioni, necessariamente vengono a risultare mutilati tanto lo Stato quanto il diritto. Lo Stato perde come legislatore la parte più nobile del proprio compito. Il diritto però perde, come legge, il proprio contenuto e valore specifico. La vita del frutto è ricoperta della buccia a partire dal suo nocciolo ed alla fine rimane solo un guscio vuoto. Nel momento in cui la legge si risolve nell'ordine per legge, essa si abbassa al livello di un qualsivoglia ordine a fianco del quale ci sia un potere sufficiente a costringere all'ubbidienza. D'altra parte, però, un diritto non rivestito in forma di legge non viene elevato al di sopra di tutto il resto grazie alla sua configurazione come comando, dal momento che, nella misura in cui si presenta esclusivamente come ordine, nessun altro potere sta al livello del comando dello Stato. Questo chiarisce come

Laband non possa attribuire al diritto consuetudinario la stessa forza della legge, sebbene lo riconosca come fonte del diritto autonoma e vincolante ma non in forza di un'autorizzazione dello Stato (II, 95-96). In opposizione alla dottrina dominante, egli contesta a tale diritto, "in linea di principio", la forza derogatoria. Tuttavia, prendendola alla larga, egli ristabilisce in misura minore la forza derogatoria del diritto consuetudinario. Solo che egli lo riduce "ad un'interpretazione della legge" in caso di trasformazione totale delle condizioni da essa tacitamente presupposte e quindi lo riduce "alla regola secondo cui la legge non va attuata nel caso in cui essa non intenda essere attuata". In verità, la forza derogatoria, al contrario, è piuttosto insita "in linea di principio" nel diritto consuetudinario, perché, mediante l'esercizio del diritto, essa è espressione diretta della coscienza giuridica e di conseguenza non si differenzia dalla legge dal punto di vista della sostanza. Ma la forma del comando di cui alla legge non prelude in sé e per sé ad un ostacolo alla *desuetudo*, perché essa sussiste solo nella sostanza e con la sostanza giuridica della legge e di conseguenza *simul stabunt simul cadent*. Se il fatto che la norma giuridica venga dichiarata rappresenta, in quanto espressione della coscienza giuridica, una caratteristica essenziale della legge, la legge è destinata a perdere la propria validità se si realizza, nelle forme autentiche, una dichiarazione in opposizione alla moderna coscienza giuridica. Ciò anche se, certo, non si può negare che il legislatore sia formalmente autorizzato a riservarsi il fatto di stabilire in forme autentiche una modifica della coscienza giuridica tale da annullare la propria dichiarazione in ordine al diritto. Ed è abbastanza noto che il moderno legislatore si cura di fare ciò.

Laband costruisce la produzione del diritto attraverso accordi di Stato proprio secondo lo schema sviluppato a proposito della legislazione (II, 152 ss.). Nel momento in cui differenzia appropriatamente e dimostra in maniera del tutto illuminante gli effetti di diritto internazionale e di diritto pubblico degli accordi di Stato, come medesimo atto che si pone verso l'esterno come la chiusura di un contratto, ma che verso l'interno può essere legislazione, da quest'ultimo punto di vista egli realizza del tutto il proprio concetto formalistico di legge. Anche qui, dunque, egli distacca completamente l'ordine dello Stato indirizzato ai sudditi per quanto concerne l'attuazione delle norme concordate di diritto internazionale,

dalla determinazione del contenuto di queste norme ed eleva tale ordine a procedimento esclusivo, tale da dare di per sé fondamento al diritto. Caratteristico è il ruolo che egli assegna alle carenze solo tecniche della forma di pubblicazione sinora attuata a proposito degli accordi di Stato dell'Impero tedesco, nonché, sotto il profilo del nome, all'assenza di una massima espressa per quanto concerne il "comando" (II, 191-194). Il risultato è anche qui – del tutto a prescindere dallo spostamento del rapporto tra gli organi dello Stato che hanno preso parte a ciò²⁵ – una violenta lacerazione della connessione tra forma e contenuto e conseguentemente una contemporanea mutilazione della funzione giuridica dello Stato nonché dell'essenza intima del diritto.

Le conseguenze più preoccupanti per il pensiero sul diritto così come per quello sullo Stato l'ha avuta però la trasposizione dello stesso principio di fondo alla giurisdizione dello Stato. Nella rappresentazione del sistema giudiziario, nel volume finale della sua opera, Laband parte dal punto di vista secondo cui la dottrina del procedimento giudiziario, che è da considerare preponderante nelle discipline processuali tenuto conto dei suoi aspetti tecnico-giuridici, appartiene al diritto dello Stato nella misura in cui nella giurisdizione sono in discussione i diritti di sovranità dello Stato così come vengono attuati ed esercitati (III 2, 14 ss.). Già qui c'è un errore, in linea di principio. In sé tutto il diritto processuale (come il diritto amministrativo) costituisce una parte del diritto pubblico, rappresentando esso un nocciolo di norme in ordine all'attuazione di una funzione dello Stato. Il maggiore o minore ruolo dei vincoli "tecnici" presentati dal contenuto di questa funzione leva poco ai singoli principi, così come, nel diritto militare ovvero nel diritto finanziario, il loro carattere di diritto pubblico. In tutte le singole azioni di quest'attività dello Stato viene ad espressione il "diritto di sovranità" dello Stato. In nessun punto di questo contesto tale diritto viene esercitato di per sé e per amore di sé stesso. Piuttosto, esso costituisce ovunque solo uno strumento formale per adempiere ad un compito materiale cui lo Stato deve assolvere quale sistema giuridico collettivo di rango più elevato, nel senso della comunità giuridica di popolo quale nello Stato trova il proprio vertice. Per questo, non si può affatto rinvenire una profonda limitazione con-

²⁵ Cfr. mie indicazioni in Grünhuts, *op. cit.*, 231 ss. e Unger, *ivi*, 349 ss.

cettuale tra elementi di diritto pubblico ed elementi di diritto processuale all'interno dei principi relativi al procedimento giudiziario. Costituisce piuttosto solo una questione di opportunità nonché un fatto legato alla consuetudine che in un sistema di diritto pubblico debbano trovare posto norme processuali per il loro significato principale ovvero per la loro connessione con altre materie di diritto pubblico oppure, per esempio, per il fatto di essere richiamate nella carta costituzionale. Nei fatti Laband stesso, nella scelta delle dottrine da lui assunte, non è riuscito a tener fermo il proprio punto di vista. Prescindendo dalla completezza, giustamente voluta, nella rappresentazione della distribuzione, propria del diritto dello Stato tedesco, delle funzioni giurisdizionali tra Impero e singoli Stati, egli ha fatto valere piuttosto una discrezionalità spesso sorprendente. Ma per poter intraprendere questo tentativo, naufragato per gli aspetti principali, di una selezione coerente sul piano concettuale di quanto è specificamente "giuridico per quanto concerne lo Stato" nelle leggi dell'Impero in materia di giustizia, egli ha mutilato in modo intollerabile la funzione statale della giurisdizione. Del tutto correttamente egli argomenta nel senso che l'opposizione tra giurisdizione ed amministrazione non coincide con l'opposizione tra atti dei tribunali ed atti degli uffici amministrativi (III 2, 18 ss.). Solo che, con questo violento salto di pensiero, egli conclude poi nel senso che la giurisdizione rappresenterebbe solo una "parte costitutiva di natura accidentale" all'interno dei compiti dello Stato di difesa del diritto. L'"essenza" della giurisdizione egli la trova piuttosto, di nuovo, solo nell'attività sovrana formale ad essa collegata. Da questo punto di vista egli fa la differenza tra giurisdizione nelle questioni civili e giurisdizione nelle questioni penali. Sul terreno dei rapporti di diritto civile, pretese e doveri dello Stato consistono solo nella concessione della protezione da parte del diritto. Lo Stato non ha interesse alla configurazione del contenuto dei rapporti di diritto privato che esso lascia alla libertà degli individui. Quindi, lo Stato non ha neanche interesse alla realizzazione coerente con l'ordinamento dei diritti dei privati. Per questo esso li sottopone, anche nel processo, al diritto di disporre ad opera delle parti. Per quanto lo riguarda, si tratterebbe solo della difesa dell'ordinamento. L'azione legale sarebbe la richiesta di concessione della protezione del diritto, il giudizio sarebbe la decisione sul suo esito positivo ovvero sul suo diniego. Ci sarebbe eventual-

mente bisogno, a questo riguardo, di rispondere però a due domande preliminari, di cui, la prima, riguardante la pretesa pubblicistica della parte attrice nei confronti dello Stato circa la protezione giurisdizionale²⁶ e, la seconda, riguardante la pretesa di diritto privato della parte attrice nei confronti della parte convenuta. Solo che la decisione materiale circa la ragione ed il torto non sarebbe lo “scopo del processo”, ma risulterebbe solo “preparatoria ai fini della decisione suprema se sia da concedere o meno alla parte attrice, attraverso la realizzazione della sua pretesa, il potere dello Stato”. La sentenza giudiziaria non sarebbe un verdetto, ma il suggello statale del diritto *in concreto*, così come la legge sarebbe il suggello statale del diritto *in abstracto*. Del tutto come per la legge e per gli accordi di Stato, anche per la sentenza è nell’ordine che si cela la specifica funzione dello Stato. Per quanto questo decisivo procedimento giurisdizionale possa anche arretrare rispetto a queste “azioni preparatorie” effettivamente preponderanti e possa non trovare espressione nel testo della sentenza, la dichiarazione di esecutività, cioè l’ordine al *facere* per evitare la costrizione da parte dello Stato, costituirebbe l’unico momento essenziale della sentenza giurisdizionale ed il nocciolo di tutta l’amministrazione della giustizia da parte dello Stato. Diversamente stanno le cose sul terreno del diritto penale e soprattutto del diritto pubblico. Qui la giurisdizione sarebbe “solo la forma per l’attuazione dei diritti di sovranità dello Stato”. In particolare, nel processo penale la condanna significherebbe solo “la realizzazione di una condizione alla quale lo Stato stesso ha legato l’esercizio del proprio potere” (cfr. 21-28).

Non si può negare che queste elaborazioni traggono la logica conseguenza a partire dai pensieri di fondo di Laband. Ma proprio qui, nel modo più sonoro, parla il risultato a fronte dalle premesse. Se nella giurisdizione non deve essere più il diritto la cosa principale, rimane reciso l’ultimo vincolo interno tra Stato e diritto. Lo Stato quale baluardo dell’ordinamento giuridico finisce con il risultare un organo esecutore ed il diritto quale pilastro dell’ordinamento statale si rattappa a regolamento di esecuzione! Nell’odierna coscienza dello Stato e del diritto, però, vive chiaramente

²⁶ Qui Laband si accoda del tutto a Degenkolb e statuisce quindi un diritto di accusa di ciascuno, di natura pubblicistica e sciolto completamente dal diritto materiale.

una concezione molto diversa, che non può cavillare (*wegräsonnieren*) intorno ad un formalismo logico. A noi sembra proprio che trovi autenticamente un fondamento nell'essenza dello Stato il fatto che esso, come tribunale, dichiara la ragione ed il torto. E correttamente ci sembra che si radichi nell'essenza del diritto il fatto di attuare e permeare con tutto il suo contenuto la funzione dello Stato ad esso assegnata. Anche considerazioni di carattere storiografico ci insegnano che questa nostra concezione si è determinata con necessità storica a partire dallo sviluppo delle idee che in germe erano presenti già prima e cui corrispondeva già una qualche effettività. Rimane comunque ancora da trovare uno Stato da cui non siano attesi e rilasciati "verdicti" sulle questioni giuridiche. Quando Laband crede di averlo scoperto presso i Romani ed i Germani, nella misura in cui tanto nel processo romano *per formulas* quanto nel processo medievale sarebbe stata esercitata solo la forza del tribunale (*imperium*, bando) tramite gli "organi dello Stato" e, per contro, la determinazione della sentenza (*judicium*, consegna del verdetto (*Urtelsfindung*)) sarebbe stata indicata a persone "non titolari della potestà dello Stato" (27, nota 1), si tratta di un errore che si può capire solo a partire dal fatto se si sostituisce lo Stato con l'autorità. La struttura giudiziaria germanica – per parlare, ora, solo di essa – si basava, di sicuro, su un modo di vedere in virtù del quale il sistema collettivo riferito allo Stato non viveva solo nell'autorità, bensì anche nel popolo. Il concetto assolutistico di uno Stato che si contrappone alla comunità di popolo come un elemento estraneo e come un puro apparato di dominio verso l'esterno, non era allora ancora conosciuto. Solo che almeno la sua esistenza storica la si dovrà pur concedere al pensiero germanico sullo Stato. In coerenza con questo pensiero, il tribunale, quale totalità composta a partire dall'autorità e dai comuni, costituiva la forma di manifestazione immediata dello Stato e l'amministrazione della giustizia da esso realizzata, nel collaborare per sentenza al potere relativo al bando ed alla giurisdizione sulla comunità di popolo, si poneva come una funzione dello Stato unitario. Anche i comuni ed i giudici popolari, quando elaboravano sentenze, erano attivi come "organi dello Stato"²⁷. E proprio nel fatto di costituirsi in forme particolari si ma-

²⁷ Gli odierni giurati e giudici popolari anche Laband li vede come funzionari popolari (126 ss.) ed attribuisce loro la tutela di un "ufficio giudiziario" (138 ss.).

nifestava l'attività di accertamento, da parte loro, del diritto puro e non mescolato, quale nocciolo dell'amministrazione della giustizia da parte dello Stato. Eppure, originariamente era con la pronuncia della sentenza che erano stati assolti i doveri del tribunale germanico, mentre l'attuazione ad opera delle parti rimaneva trascurata. Oggi non c'è più l'antica suddivisione della funzione giudiziaria. Ma con ciò il suo punto focale più profondo non rimane spostato. Anche oggi la giurisdizione costituisce il primo ed autentico compito del tribunale. Lo Stato ancora oggi deve al diritto non solo la propria salvaguardia, ma anche il verdetto. Rappresenta uno dei suoi compiti più elevati e da pensare senza distruggere i fondamenti della relativa esistenza, far sì che, attraverso organi appropriati, vengano almeno chiariti la ragione come ragione ed il torto come torto. Ciò vale allo stesso modo sul terreno del diritto privato e del diritto pubblico. L'affermazione di Laband secondo cui, in riferimento ai rapporti di diritto civile, se da un punto di vista materiale vinca la ragione o il torto trattasi di questione che non riguarda lo Stato, vale radicalmente all'opposto. Lo Stato, certo, lascia ampiamente i diritti privati al libero gioco delle volontà individuali. Solo che il "diritto di disposizione" che ne consegue per le parti vorrebbe solo dire che non c'è necessità di usare il proprio diritto e che esso potrebbe decadere a seguito di un comportamento ovvero di una omissione. Il processo civile non dovrebbe imporre diritti alle parti e non potrebbe trattare come diritti i diritti decaduti: nella misura in cui, però, l'individuo desidera ardentemente il proprio diritto e lo fa doverosamente valere, esso deve portare ad evidenza il diritto realmente esistente. Per il processo civile sarebbe vincolante la regola di diritto individuale "*volenti non fit iniuria*": non di meno, però, con ciò si riduce il suo compito di smascherare il torto, se soprattutto si tratta giuridicamente di un torto nel senso di un attacco involontario al danneggiato nella sua sfera giuridica. Per questo la decisione sulla questione giuridica non è semplicemente una componente "accidentale" e "preparatoria", sibbene il centro del processo civile²⁸. Ma per ciò che riguarda il processo penale e soprattutto ogni processo su rapporti giuridici di natura pubblicistica, essi

²⁸ I casi del riconoscimento o dell'ammissione con Laband non si possono seriamente addurre come elemento contrario (20). Perché, anche qui, si è in presenza di una constatazione formale di un diritto sinora formalmente non incontestabile, una messa fuori discussione di un rapporto che prima poteva essere posto in discussione.

possono essere, certo, concepiti e sviluppati nel senso di Laband come pure forme ai fini dell'attuazione dei diritti di sovranità. Solo che, in verità, detti processi finiscono con il sembrare in tal modo persino come norme amministrative in una veste processuale più o meno eufemistica, e non ci sarebbe allora uno "Stato di diritto"! Nella misura in cui, per contro, risulta attuata l'idea dello Stato di diritto, anche l'amministrazione della giustizia penale e tutte le gestioni pubblicistiche del diritto trovano il loro baricentro nella pura e semplice giurisdizione. Tutto il nostro moderno sviluppo tedesco in questo campo, che Laband cancella con un tratto di penna, mira al fatto di rendere indipendente una giurisdizione autonoma, fissata mediante il diritto, rispetto all'esercizio delle prerogative di sovranità. Si può parlare qui ovunque di "giurisdizione" solo nella stessa misura in cui lo Stato stesso sottoponga il proprio diritto di supremazia ad una cognizione giudiziale e, in vista della decisione della questione giuridica, si rechi come parte davanti al proprio tribunale naturale. Tutte le conquiste del pensiero giuridico per quanto concerne l'organizzazione del nostro processo penale nonché l'attività intesa a dare un fondamento alla giurisdizione amministrativa, diventano non più valide non appena, davanti allo Stato come giudice, si neghi il ruolo di parte dello Stato in quanto sovrano.

Se quindi il verdetto su chi ha ragione costituisce *in concreto* la sostanza essenziale della funzione giudiziaria, l'ordine all'esecuzione non può essere elevato, senza distruggere la propria essenza, ad unica azione dei tribunali decisiva e di competenza specificamente statale. Ordine e costrizione, per quanto sviluppino i propri poteri vuoti di per sé ed ovunque con la stessa forma, sono piuttosto, anche qui, il complemento formale della funzione dello Stato in materia di diritto. Chi fissa ed esprime in un determinato caso un diritto incerto, deve al contempo avere ed esprimere ragionevolmente la volontà che la propria decisione venga realizzata. Però ogni dichiarazione di volontà di tal genere costituisce un "ordine da sentenza" solo perché il suo contenuto fornisce validità ad una base giuridica dichiarata per mezzo di essa. Così stanno le cose per ogni sentenza. Tuttavia, in collegamento con la decisione si verificano subito profonde differenze in merito alla portata dell'aspirazione o dell'ordine alla relativa attuazione. Dietro il giudicato c'è tanto potere quanto il relativo titolare ne ha sulle parti interessate. Il potere più elevato, quindi, lo può impiegare, per i propri verdetti, solo lo

Stato, che è chiamato alla funzione giurisdizionale con necessarietà ed in via primaria, in virtù di questo potere voluto dal diritto. Solo per questo il verdetto dello Stato ha *tout court* carattere autoritativo, sicché in esso è insito un ordine incondizionato per i sudditi e tale da essere garantito da una costringibilità contro cui non si può fare resistenza. Solo che, da un lato, anche un'associazione corporativa, come per esempio la Chiesa, riesce ad attuare in una certa misura le proprie decisioni di diritto con ordini e costrizioni: giurisdizione statale e giurisdizione di una corporazione si differenziano dunque solo in quanto potere sovrano e potere non sovrano dell'associazione, in quanto legislazione ed autonomia, in quanto amministrazione dello Stato ed autoamministrazione. Dall'altro lato, anche l'amministrazione del diritto da parte dello Stato si conclude più volte con un verdetto che formalmente non può essere ottenuto con la forza. Questo è il caso in cui la sentenza si dirige contro lo Stato stesso oppure contro i suoi organi sovrani ovvero contro un organo dello Stato in qualche modo indipendente dal tribunale. Secondo la costruzione di Laband, qui dovrebbe essere ovunque negato il fatto che si sia in presenza di una decisione autenticamente giudiziale ed al massimo si dovrebbe supporre un "lodo arbitrale". Neanche la condanna del fisco sarebbe correttamente una condanna. Tutta la giustizia penale sarebbe solo per un verso vera giustizia. La giustizia amministrativa sarebbe una *contradictio in adjecto*. Una "corte di giustizia" per la decisione su controversie costituzionali sarebbe una chimera. Non è evidente fino a che punto Laband trascini queste conseguenze. Solo in un punto emerge la contraddizione in cui la sua concezione lo porta ad aggrovigliarsi. Egli contesta in linea di principio la possibilità, dal punto di vista del diritto pubblico, in ordine ad una "giustizia contro il sovrano e contro la sua famiglia", perché questi ultimi non sarebbero sottoposti agli strumenti di sovranità e di costrizione ad opera dello Stato (40-42). In riferimento ai membri delle famiglie dei sovrani dei *Länder* già G. Meyer aveva corretto questo principio²⁹. Ma anche in riferimento ai sovrani dei *Länder* è giusto che essi non sottostiano a nessun ordine giudiziario e a nessuna costrizione giudiziaria. Per contro, ben sono immaginabili contro di loro decisioni giudiziarie nella misura in cui esse non entrino nella sfera della

²⁹ In *Hirths Annalen* anno 1882, 773.

personalità intangibile e garantita loro in quanto vertice del popolo. Sui loro diritti di natura pubblicistica può aversi una sentenza giudiziaria dove sussista una giurisdizione in materia costituzionale. I loro diritti di proprietà sono però in linea di principio sottoposti alla cognizione dei tribunali ordinari. Costituisce un espediente riprovevole il fatto che Laband qui si aggrappi alla finzione secondo cui “il patrimonio viene pensato come qualcosa di diviso dalla persona e viene contrapposto in egual modo al sovrano del *Land*, come il fisco allo Stato in quanto personalità di diritto pubblico”. Questa lacerazione del soggetto giuridico, che oltretutto non si riscontra altrimenti nell’opera relativa allo Stato, costituisce, per parlare con le parole autentiche di Laband (*Zeitschr. f. das ges. Handelsr.*, vol. VIII, 647), “un attentato all’integrità del concetto di personalità”.

Il fatto che Laband non abbia semplicemente riconosciuto, nel suo significato autonomo e peculiare, la funzione statale della giurisdizione è in stretta relazione con la costruzione formalistica dell’attività giudiziaria. Egli ha sottolineato in maniera eccellente come la giurisdizione venga esercitata, per aspetti molto diversi dello Stato, da parte di organi diversi ed in forme diverse. A questo riguardo egli rende evidente, come in riferimento alla legislazione e all’amministrazione, la verità secondo cui nello Stato non c’è una divisione meccanica dei poteri, bensì una distribuzione organica delle funzioni; ognuna delle attività di base dello Stato trova il proprio completamento nella collaborazione tra più organi e tutte esse provengono da un’unità centrale di vita e sfociano di nuovo in essa. Solo che, in forza del suo specifico contenuto funzionale, egli sottovaluta la grandezza, dal punto di vista del diritto pubblico, della particolare essenza immanente della giurisdizione, essenza che quest’ultima deve far venir fuori, quale che sia il punto in cui possa emergere all’interno del grande organismo di vita costituito dallo Stato. Sfugge a lui come il superamento dell’idea francese della divisione dei poteri e del sistema da essa derivato dei due apparati completamente separati di cui al potere “amministrativo” ed a quello “giudiziario”, trovi un significato autentico proprio nel fatto che diventa possibile differenziare in tutti i settori l’attività di amministrazione e quella di giustizia e normare ognuno di essi, ovunque, secondo il relativo principio³⁰. Queste carenze nella sua conce-

³⁰ Cfr. v. Stengel in questo volume dell’annuario, 59.

zione di base vengono in evidenza già nella sistematica dell'intera opera. Invece della tripartizione delle funzioni statali nella legislazione, nell'amministrazione e nella giurisdizione, viene attuata una bipartizione grazie alla quale la giurisdizione compare solo come una particolare forma di amministrazione in senso lato. Se non va attribuita alcuna particolare importanza alla scelta dell'uno o dell'altro schema logico, l'unificazione tra amministrazione e giurisdizione all'interno di una comune rubrica contrapposta alla legislazione non può essere però utilizzata a seconda delle circostanze allo scopo di cancellare o rimpicciolire in qualche modo la specifica differenza tra le due funzioni indirizzate al dato concreto. In Laband, per contro, all'interno dei singoli rami dell'amministrazione in senso lato, la separazione dell'attività amministrativa e di quella giudicante compare quasi solo come una faccenda tecnica dal punto di vista del diritto pubblico. Ma soprattutto, nella sua rappresentazione del sistema giudiziario, la questione del rapporto, dei limiti e della particolarità dell'amministrazione della giustizia nonché della giustizia gioca solo un ruolo subordinato, mentre in verità consiste proprio in tale ruolo l'autentico punto centrale dell'interesse di diritto pubblico presentato dalle leggi sull'organizzazione e sui procedimenti dei tribunali nonché dei loro organi ausiliari. Perché, a differenza del granuloso contenuto delle attività di diritto pubblico, come [accade] nelle cose collocate da Laband in primo piano, nella soluzione qui realizzata del grande problema si trova in verità che la giurisdizione in quanto funzione dello Stato riesce al contempo ad essere innervata nel suo movimento verso l'esterno a partire dal centro unitario della vita dello Stato e ad essere realizzata nella sua determinazione interna esclusivamente a partire dal diritto. È questo problema, però, quello il cui superamento, in linea di principio, all'interno della nostra scrupolosa amministrazione del diritto civile, costituisce una conquista di significato infinito in ordine al lavoro, lungo e del tutto mutevole sul piano storico, inteso a conferire una forma, mentre il raggiungimento di un risultato simile, per l'amministrazione del diritto pubblico dell'epoca presente, viene avviato a partire da *incipit* pieni di promesse. E la realtà dello "Stato di diritto" dipende, nei fatti, da sé stessa nonché dalla misura in cui lo Stato sa di porre il diritto all'interno della propria giurisdizione nell'ambito di un'azione potente e condizionata da una costante attività amministrativa, al contempo portandolo ad una au-

torealizzazione libera da tutti gli effetti dell'amministrazione e semplicemente di carattere oggettivo; essa dipende da sé e dalla misura in cui lo Stato intenda dar luogo ad organi che siano al contempo organi puri dello Stato ed organi puri del diritto; essa dipende da sé e dalla misura in cui l'essenza del potere più elevato riesca a produrre controlli giuridici permanenti che per tale potere non possono venire dall'esterno, in quanto parti costitutive integrative della sua unità di vita propria. Da questo punto di vista, la precedente consuetudine ha creduto, a ragione, di dover considerare ed apprezzare anzitutto il contenuto delle norme miranti a dare fondamento ed a garantire una giurisdizione giusta dal punto di vista del diritto, inaccessibile a tutti gli influssi di cui alle tendenze di potere ed a considerazioni di opportunità, nonché del tutto dominata esclusivamente dal diritto. Qui si radica l'interesse predominante, dal punto di vista del diritto pubblico, offerto dai principi che separano la giustizia dall'amministrazione e, all'interno di ognuno di questi campi, la funzione giudiziaria dalla funzione amministrativa e che, almeno in prima istanza, differenziano anche verso l'esterno, con tratti tipici, l'attività giudiziale nei confronti dell'attività amministrativa ed offrono ovunque una forma all'elemento amministrativo mescolato all'azione giudiziaria in quanto puro strumento in vista degli scopi dell'unica giurisdizione che costituisce la sostanza vera e propria; dai principi che garantiscono l'imparzialità della giurisdizione attraverso la posizione propria dei tribunali in quanto uffici "indipendenti" e per mezzo dei suoi membri in quanto funzionari inamovibili qualificati "come giudici"; dai principi, inoltre, che con la composizione dei tribunali (per es. anche con il ricorso ad elementi popolari) e con la loro organizzazione interna (per es. attraverso la collegialità) garantiscono l'imparzialità della giurisdizione; dai principi, infine, che, distribuendosi, mediante l'ordinamento del processo, equamente come il vento ed il sole e trovando attuazione in un contesto di pura trasparenza, tendono, per il tribunale quale osservatore il più possibile immobile della controversia introdotta dalle parti, a far sì che in tutta la giurisdizione valga la giustizia e null'altro se non la giustizia. Di sicuro, pertanto, non costituisce una novità felice se con Laband tali ed altre cose in parte vadano a finire in piccinerie di diritto pubblico, in parte si perdono nella massa della materia come elementi casuali di carattere tecnico.

Tra le diverse costruzioni preoccupanti di questo libro, che costituiscono un tutt'uno con il disconoscimento dell'essenza specifica della giurisdizione, deve essere ora menzionata solo ed ancora la decisione assunta nella famosa controversia sulla ampiezza del diritto d'indagine di natura giudiziaria (II, 43-52). Laband nega al giudice, in linea di principio, l'indagine sull'approvazione, necessaria secondo costituzione, delle leggi pubblicate. L'argomento positivo con cui egli tenta di provare la vincolatività nei confronti del giudice in ordine alla formale dichiarazione di cui alla formula della pubblicazione, si basa del tutto sul concetto, da lui arbitrariamente introdotto, di una "promulgazione" particolare (nell'Impero con l'imperatore), e cade con tale concetto. Ma egli al contempo tenta di confutare l'opposto modo di vedere portandolo *ad absurdum* e dipingendo certe presunte ed inevitabili conseguenze. E qui egli lascia intravedere subito le proprie carenze nella comprensione del contenuto della funzione propria della giurisdizione, nel momento in cui parte dal fatto che dal diritto d'indagine del giudice conseguirebbe un analogo diritto d'indagine da parte di tutte le autorità e di ogni singolo. Perché, in verità, una tale conseguenza è esclusa non appena si riconosca la posizione del tribunale davanti al diritto nella sua natura semplicemente unica ed incomparabile. Perché il tribunale, quale organo statale della giurisdizione, ha al contempo nel diritto e solo nel diritto l'oggetto e la norma del proprio comportamento ed è obbligato ed autorizzato a constatare, in modo indipendente ed autoritativo, se un ordinamento (*Satzung*) che si fa passare come attività statale di produzione del diritto (*Rechtsetzung*) costituisca effettivamente un'attività di tale tipo oppure ne porti solo le sembianze. Di conseguenza, occorre anche verificare, anzitutto, se la determinazione di una norma giuridica si sia verificata per mezzo dell'organo a ciò chiamato secondo costituzione, poiché anche in questo caso si è in presenza di un'attività che crea diritto ad opera dello Stato³¹. Per contro, all'autorità amministrativa manca una simile indipendenza: essa deve anzitutto agire in base a considerazioni di opportunità all'interno del duplice vincolo, che trova fondamento per essa in senso negativo con i limiti tracciati dal

³¹ In riferimento ai decreti dell'Impero Laband attua questo stesso principio nella misura in cui, anche qui, l'inoppugnabilità da lui sostenuta non si contrappone alla presa d'atto contenuta nella "promulgazione" (II, 86-88).

diritto ed in senso positivo con gli ordini provenienti dagli organi preposti; essa però, anche nella misura in cui deve direttamente attuare una legge, riceve sempre dalla legge un ordine, mediato attraverso l'organo centrale dell'amministrazione, in vista di un comportamento positivo il cui contenuto non è costituito solo dalla tutela dei limiti giuridici, ma da un'attività riguardante la vita dello Stato. L'autorità amministrativa non è affatto esentata da qualsivoglia verifica circa la validità delle leggi e dei decreti. Solo che il suo diritto ed il suo dovere d'indagine non vanno oltre la relativa autonomia e responsabilità. Per questo essa, con ogni ordine corretto nella forma da parte di un organo più elevato competente nei suoi confronti per un tale comando, così come con l'ordine corretto nella forma da parte del responsabile di tutta l'amministrazione ad accettare qualcosa come legge, è al contempo vincolata e coperta. Il singolo, al contrario, può indagare tutti i requisiti della legge in maniera indipendente. Egli verifica però, essendo il suo parere privo di ogni autorità, a proprio rischio e pericolo. Se rifiuta però l'obbedienza ad una legge da lui ritenuta incostituzionale, rileva se riesce a procurarsi una decisione giurisdizionale che lo copra. Un dovere giuridico all'indagine però egli non lo ha, poiché egli non si pone davanti al tribunale come custode dell'ordinamento giuridico. Gli inconvenienti che derivano da questa situazione di incertezza sono innegabili. Portando tali inconvenienti nell'arena del combattimento, Laband perde il fatto che il rimprovero da lui elevato agli oppositori ricade su lui stesso: "l'argomento mostra troppo, come troppo spesso i falsi fondamenti". Perché il singolo si trova esattamente nella stessa posizione quando è posto davanti alla questione se una legge sia resa pubblica come si deve oppure se una legge del *Land* contrasti con una legge dell'Impero ovvero se un decreto si mantenga all'interno delle relative competenze. Tutte queste questioni anche Laband però le sottopone alla cognizione giudiziale indipendente ed espressione dell'autorità! Quando inoltre – dopo aver concesso quasi a tutti i suoi oppositori il fatto che il testo della formula dell'annuncio fornirebbe la base per supporre la verità e la legalità del procedimento in essa espresso – Laband tenta di rappresentare i casi in cui è possibile una confutazione di questa supposizione, come casi anzitutto non praticabili oppure del tutto inadatti ad un'indagine giudiziaria, egli sbaglia due volte. Perché, anzitutto, è un'affermazione molto arrischiata quella secondo cui non

c'è bisogno di prendere in considerazione, in quanto effettivamente impossibile, l'eventualità di una pubblicazione della legge emanata senza l'assenso della rappresentanza popolare con l'usuale clausola che esprime un tale assenso. Viene ammesso il fatto che un tale evento non possa essere neanche pensato in virtù di una "sfacciata bugia pubblica"! Ma non è possibile un errore che, per esempio, abbia portato nel testo un principio non autorizzato ovvero abbia prodotto una differenza nella formulazione? E non può anche esserci una controversia di pensiero sulla sussistenza o meno dell'assenso, nel momento in cui, per esempio, diventino oggetti di controversia la validità duratura di una decisione, poi suggellata, ad opera di una precedente rappresentanza popolare oppure la definitività di una decisione ovvero la sua irrevocabilità oppure l'essenza di una determinata successione nelle deliberazioni di più collegi? Perché solo l'assenso secondo costituzione costituisce un consenso in senso giuridico. D'altra parte, però, non è neanche vero che la logica conseguenza porterebbe all'estensione dell'indagine giudiziaria ai procedimenti parlamentari interni, che però sono poco suscettibili da questo punto di vista ed in parte (in riferimento al *Bundesrat*) difficilmente accessibili alla verifica da parte di giudici. Piuttosto, è del tutto fondata l'opinione rappresentata da Gneist secondo cui l'indagine giudiziaria sulle decisioni dei collegi parlamentari sugli *interna corporis* presenti dei limiti propri. Perché, accanto alla cosiddetta autonomia, ai collegi parlamentari è affidata una competenza giudiziaria ancor più ampia sulle questioni della propria vita interna. Lo stesso Laband riconosce che la decisione della rappresentanza sulla legittimazione dei propri membri ha il carattere di una giurisdizione statale definitiva (I, 553). Lo stesso vale però per ogni decisione di ogni collegio parlamentare sulle questioni di cui al proprio ordine del giorno, sulla propria capacità di decidere, sulla presenza di una maggioranza sufficiente etc. Da questo punto di vista c'è quindi una *res judicata* che crea anche per il giudice un diritto formale intangibile. Infine, deve essere ancora menzionato il fatto che nella conferma del diritto d'indagine del giudice non è contenuta, come Laband sembra supporre, la negazione dell'onnipotenza formale del legislatore. Dove, quindi, un organo legislativo non sia limitato nella sua competenza da un organo legislativo più elevato, il giudice non può trattare la legge come non valida in ragione dell'eccesso di competenza del legislatore. Per questo il giu-

dice tedesco deve verificare sì, a proposito della legge del *Land*, ma non a proposito della legge dell'Impero, la questione della competenza. E per questo una legge può essere annullata dal giudice per incostituzionalità materiale solo se non sussiste, per le modifiche costituzionali, un organo diverso dal legislatore consueto³².

Questa è dunque la situazione del diritto in un'opera la cui tendenza manifesta è la realizzazione della sovranità del diritto e null'altro che il diritto nella vita dello Stato! Il timore evidente è che un diritto formalizzato in tale modo e scrostato via dal nocciolo dell'idea del diritto, sia destinato a mostrarsi non all'altezza del compito ad esso posto. E Laband presume per esso persino più di quanto il diritto riesca semplicemente a fare. Perché, purtroppo, la vita dello Stato non si scioglie in fatti giuridici in modo così liscio e pulito come egli presuppone ovunque. Vengono le ore delle grandi decisioni della storia, dove manca il diritto all'altezza della vita comune delle persone. Vengono anche i conflitti in cui, abbastanza spesso, il diritto soccombe al potere e lentamente si realizzano proprio la formazione di nuovo diritto ed il suo radicamento nella coscienza giuridica, finché non viene raccolta l'insopprimibile esigenza dello spirito umano nel senso dell'unità tra potere e diritto. Il diritto è sovrano nella propria sfera, ma la sua sfera non è la totalità del mondo sociale. Ancora non c'è stato un diritto corrispondente al suo ideale di autoconservazione, eterno ed in contrasto con le aspirazioni politiche, con le visioni religiose o etiche nonché con le esigenze della società ovvero dell'economia. Anche il diritto che ci circonda è ricco di scogliere e di salti ed è ancor più ricco di cicatrici che raccontano della faticosa guarigione da antiche ferite. Se però, qui come ovunque, l'idea è irraggiungibile, dipende dal fatto se essa si avvicina alla salvezza completa della società umana. Il diritto però non si avvicina al proprio ideale – alla condizione cioè in cui esso non manchi mai e non venga mai meno – solo grazie alla sua attuazione formale, tale da renderlo del tutto sicuro, inequivoco e trasparente. Per quanto si manifestino sempre in forme apprezzabili tali vantaggi formali ai fini del loro lavoro quotidiano: nell'ora del pericolo essi non sono determinanti. Allora decidono, piuttosto, il contenuto interno e la forza interna sulla capacità del diritto di autoaffermarsi e di autosvilupparsi. Il diritto è solo il diritto posi-

³² Su questo risolvono le annotazioni di Laband, 48 nel testo e nella nota 3.

tivo. La sovranità tocca non all'idea del diritto, ma solo al quadro concreto in cui essa acquisisce forma e colore storici. Ma il valore, la forza, la permanenza della sovranità del diritto dipendono dalla misura in cui il diritto positivo viene recepito, voluto e compreso quale espressione, ogni volta adeguata, dell'idea del diritto. Perché un'idea del diritto immortale, insuperabile per ogni potere, inconfutabile da parte di qualsivoglia storia, illuminante per qualsiasi confusione, in eterna armonia, al contempo, con le richieste della coscienza morale e con i bisogni della vita politica, sociale ed economica, troneggia solo nell'intimo tempio del petto delle persone.

VIII

L'analisi della concezione di fondo dello Stato e del diritto sviluppata nell'opera di Laband ha confermato ciò che abbiamo detto in ordine all'efficacia del metodo logico-formalistico da lui attuato. Ovunque sono diventati per noi chiari le carenze e i limiti, di fianco ai suoi considerevoli strumenti di potere. Ne abbiamo percepito l'influsso nel senso della pulizia e della chiarezza, ma ne abbiamo riconosciuto anche gli effetti disgreganti e di appiattimento. I risultati trovati con il relativo aiuto si sono rivelati in parte pieni di significato: solo che non abbiamo potuto scorgere in essi le risposte definitive alle principali questioni, le effettive soluzioni ai problemi materiali, i sostegni sotto tutti gli aspetti al progresso della nostra conoscenza.

È di per sé illuminante quale atteggiamento debba avere la scienza giuridica tedesca di fronte a questo tentativo, pieno di significato e tipico per alcuni versi, di ribaltamento e di perfezionamento della dottrina del diritto pubblico.

Da una parte, essa deve fare pienamente e completamente proprio ciò che è stato elaborato in ordine ad una trattazione "giuridica" del diritto pubblico. Essa deve marciare non guardando indietro, ma in avanti, in merito ad una configurazione pura ed approfondita dei concetti giuridici. Rimane infinitamente ancora molto da fare in questa direzione. È pertanto in sé positivo che il pensiero giuridico tedesco dell'epoca presente propenda effettivamente verso il fatto di porre le proprie forze migliori a servizio dell'assolvimento di questo compito; che su tutto il campo del diritto

esso aspiri a recuperare ciò che è andato perso della Scuola storica nonché a rendere indipendente ed a rinnovare sul piano scientifico la dogmatica del diritto vigente nel senso di una sistematica più stringente, di una delimitazione precisa e di una strutturazione formale e che, soprattutto, esso si impegni anche ad elevare il diritto pubblico dalla avvolgente nebbia del mare nell'aria chiara del rivelato mondo giuridico dei concetti.

Dall'altra parte, però, la scienza giuridica tedesca rinunciarebbe a sé stessa se volesse perseguire unilateralmente la strada battuta da Laband e da così tanti suoi sostenitori, per raggiungere questo obiettivo, e se volesse dimenticare l'infruttuosità del formalismo logico ed accettare come verità materiali i risultati promossi da Laband medesimo. Essa abbandonerebbe sé stessa se non rimanesse sempre memore del fatto che in questo metodo non c'è il metodo "giuridico" puro e completo e che in queste costruzioni non è contenuta la risposta definitiva da parte del giurista alla domanda circa l'essenza dello Stato e del diritto.

Una tale esortazione, però, difficilmente potrebbe rappresentare una parola detta per esagerazione o inopportuna. Perché una corrente molto ampia nella moderna scienza giuridica tedesca è spinta, nei fatti, ad un formalismo positivista che già più volte, irrompendo ciecamente, spezza in due i limiti che Laband ancora rispetta con notevole avvedutezza e comprensione dal punto di vista pratico. Con abilità positivista egli fa di nuovo ed insolitamente rivivere l'antico diritto naturale: come uno spettro che sorge dai morti, in tutta la sua possibile nudità, ma senza la sua grandezza di un tempo. Oppure, per esempio, gli schemi della dottrina del diritto naturale creduti superati non stanno ovunque a guardarci dietro il loro nascondimento giustamente ipotizzato in base alla moda più recente? Non si tratta dello stesso tratto di fondo razionalistico, di questo vuoto dell'astrazione formale, di questa bruciante siccità della deduzione logica ricoperta di vegetazione? Della stessa costruzione dello Stato fondata meccanicamente, individualisticamente, sulla base del diritto privato? Della stessa concezione del diritto che idealizza la legge e che sfocia nella regolamentazione della costruzione? Di questa stessa violenta lacerazione del vincolo spirituale, che avvinghia nel profondo lo Stato ed il diritto e che li tiene insieme nel modo più stretto possibile? Solo una cosa manca, il che ha costituito il nocciolo fruttuoso del diritto naturale un tempo vivente, il grande

contenuto del suo fatto storico, ciò che era immortale in esso³³: la fiducia, tale da spostare le montagne, nell'idea di diritto! Con questo però manca tutto. Il positivismo, nel momento in cui, rimettendo in moto l'apparato del diritto naturale, non è riuscito a ridestare anche l'anima che un tempo albergava in esso, porta ovunque ad una sembianza di vita. Al posto di un formalismo dietro cui era collocata l'idea come guida invisibile, subentra un formalismo che dietro di sé non ha nient'altro se non materia morta.

Così, il moderno formalismo giuridico trova, in modo molto convincente, il proprio complemento all'interno di un pervasivo materialismo giuridico di carattere positivistico. Il contenuto del diritto è lì e vuole essere chiarito. Se esso non può essere più dedotto, nelle sue parti costitutive essenziali, dall'idea del diritto in quanto tale, subito i fattori "reali" che sopravvivono, il cui ruolo nella conformazione dell'ordinamento giuridico è a tutti evidente, annunciano le loro pretese come eredità dell'idea frantumata del diritto. Riemergono ora le ancestrali teorie che lasciano far venir fuori la sostanza di tutto il diritto, a partire dal potere e dalla rappresentazione dei vantaggi di una qualsivoglia combinazione più o meno sensata. Ora il santo potere del diritto ridiventa una bella manifestazione che il diritto profano del potere ci ha insegnato a nascondere all'interno di una intelligente autolimitazione. Ora il diritto riprende ogni scopo in esso racchiuso e quindi tutto il proprio valore e tutto il proprio autonomo decoro, per diventare uno strumento volto a garantire interessi della società oppure interessi individuali, calibrato sulla propria utilità, sulla propria utilizzabilità ai fini della realizzazione degli scopi ad esso esterni nonché sulla propria funzionalità. L'essenziale nel diritto non è più ora, in fondo, l'oggetto della scienza giuridica vera e propria. Esso può essere lasciato tranquillamente ad una dottrina sociale la cui ultima parola la dice la statistica. Essa stessa agisce del tutto correttamente quando si limita all'analisi della forma e trova il sostituto per quanto è andato perso nel lavoro di perfezionamento della tecnica relativa ai concetti.

In questo contesto diventa chiaro come il pensiero giuridico, attraverso un modo di procedere in modo unilateralmente logico-formale, mentre immagina di porre sul trono il diritto nella sua pu-

³³ Cfr. le giuste osservazioni di W. Dielthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, Lipsia, 1883, 97 ss.

rezza ed autonomia, in verità lavora per la sua caduta. Perché nel momento in cui rinuncia al contenuto ideale del diritto, esso indebolisce la propria capacità di resistenza nei confronti dell'assalto dei poteri e degli interessi politici e religiosi, sociali ed economici. Il diritto però non è mai esentato – nella sua epoca ed almeno nella vita pubblica profondamente vivace nonché ricchissima di conflitti – dalla necessità di combattere di nuovo ogni giorno per la propria autoaffermazione e per la propria crescita. E solo il contenuto ideale che consegna ora ad esso in via permanente la forza interna di cui ha bisogno per la vittoria. Non lo garantiscono in ultima istanza “il cavallo e il cavaliere”. L'apparato artificiale della sua tecnica non gli assicura per sempre la sovranità. Con costanza esso guadagna, come strumento, in risoluta profondità ed in utilizzabilità pratica: solo che, dopo le esperienze storiche, aumenta anche il pericolo che, oggi questi poteri ed interessi e domani quegli altri poteri ed interessi, lo utilizzino solo come un mezzo e lo distruggano dall'interno con una servitù ad esso imposta. Allora, per quanto esso possa ancora portare sempre l'antico ed orgoglioso nome: non è più il diritto a fissare le regole ferree di tutto ciò che si può e si deve, a domare le volontà e a creare la libertà nonché a porre i fondamenti di tutta la cultura umana! Non poco in verità dipende, anche per noi, dai destini del diritto. Ciò che è in questione è, alla fine, lo spessore della nostra cultura.

Tanto più serio ed elevato è il compito cui la scienza giuridica deve attendere nell'epoca presente. Ed essa lo può realizzare solo se al contempo aspiri, mediante la costruzione della forma, all'approfondimento dell'essenza e se porti ad evidenza il contenuto ideale dello Stato e del diritto. Oppure intenderà essa, d'ora innanzi, seriamente lasciare alla scienza politica, come talvolta più o meno sembra, la rappresentazione di un'idea davvero vivente dello Stato nonché all'economia politica la rappresentazione di un'idea del diritto davvero vivente? Già è molto diffusa un'idea per la quale, nei fatti, il pensiero giuridico ha ancora e solo il valore di una dottrina della forma del diritto e si decide sul diritto materiale solo con la politica e con la dottrina economica. Una tale modalità di rappresentazione si incontra non di rado proprio nella gioventù che studia. Naturalmente, tutta la simpatia interna e tutto lo slancio spirituale si rivolgono alle scienze, che mostrano non solo formule morte, ma forze vive, le quali, al posto dell'apparenza dall'esterno,

insegnano a cogliere l'essenza interna dell'ordinamento dello Stato e del diritto. Quale sola conoscenza tecnica che fornisce l'indispensabile strumento di lavoro per la vita professionale ed aggiunge le necessarie istruzioni per l'uso, il pensiero giuridico rimane il proprietario incontestato del proprio esteso impero. Intende, esso, ora realmente abbandonare la propria eccellenza riservandosi di svolgere questo ruolo residuo? Non lo vorrà né lo potrà! Per questo però, invece di finire nel culto unilaterale della forma, sempre e ancora esso dovrà porre il proprio compito più autentico nel fatto di cogliere il contenuto vivente dell'ordinamento giuridico. Creando dal profondo della ricerca storica e filosofica ed abbracciando con sguardo aperto il contesto unitario del cosmo sociale, la scienza giuridica sarà chiamata, al contempo, ad approfondire la comprensione del proprio diritto e ad elevare il sentimento del proprio valore. Così e solo così, soddisfacendo cioè le esigenze della scienza, essa al contempo attuerà nella vita la collaborazione ad essa spettante in ordine alla realizzazione delle idee del diritto. Il fatto che lo Stato tedesco realizzi in eterno come Stato di diritto ciò che un tempo lo speciale (*gekoren*) re tedesco apprezzava, "*dat he recht sterke unde unrecht krenke*". Il fatto che anche il diritto tedesco si affermi e si sviluppi nel senso di un diritto vivo, pieno di contenuto, sostanziale; nel senso di un diritto che impregni sempre di più di giustizia i rapporti politici, sociali ed economici; nel senso di un diritto che sia diritto a tal punto da costituire il fondamento solidamente fissato e stabile in ordine all'orgoglioso edificio dello Stato tedesco.

* * *

Osservazione ulteriore. Per la redazione del presente saggio non potevo ancora utilizzare un lavoro che concerne una parte delle questioni qui discusse nella Sezione V. Si tratta della trattazione pubblicata come edizione separata dagli *Annalen des Deutschen Reichs* del 1883 di Heinrich Rosin, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung; kritische Begriffstudien*; Monaco e Lipsia, G. Hirth's Verlag 1883. Se questa trattazione fosse stata già pubblicata, le elaborazioni di cui sopra sul concetto di "diritto proprio" (67-69 [*infra* 833-35]) le si sarebbe potute sostituire con un rinvio a Rosin, il quale perviene esattamente allo stesso risultato nell'ambito di un fondamento scrupoloso (12 ss.). Anche egli fissa che diritto proprio per una persona è ogni diritto il cui soggetto sia essa stessa; che

costituisce l'opposto del diritto solo quello che si usa come diritto "delegato" alla maniera degli accordi; che spettano, ai "corpi dotati di autoamministrazione", così come agli Stati membri nello Stato confederale, diritti pubblici "propri" e non puramente "delegati". Altrettanto avrei potuto richiamarmi in alcuni altri punti a Rosin, come per es. a proposito della questione del significato della cosiddetta "competenza-competenza" (cfr. *supra*, 68 n. 1 [*infra* nota n. 39] con Rosin, 7-9). Per contro, sarebbe stato da confutare più approfonditamente, tra i tentativi di mostrare come sostenibile il concetto di Stato non sovrano e di delimitare il concetto di comune, la riconduzione, prima (70 [*infra* 836]) accennata come possibile e subito rifiutata, della differenza tra associazioni statali e associazioni comunali alla diversità delle loro finalità. Perché questa strada Rosin l'ha battuta. Le sue argomentazioni secondo cui lo scopo di un sistema comune costituisce un concetto giuridico e la sua determinazione concreta un elemento essenziale della personalità giuridica della società (25 ss.), io le condivido totalmente. Solo che io non credo che gli sia riuscito a dimostrare la differenza in linea di principio tra le finalità dello Stato e quelle dei comuni. Perché, nel momento in cui attribuisce, con me, ai comuni una finalità di vita potenzialmente complessiva, egli ricorre alla formula indeterminata della differenza tra interessi "nazionali" e "locali", dei quali occorre occuparsi lì e qui. Se si considera che ricade nel concetto di Stato una città-Stato come Lubeca e nel concetto di comune la provincia più grande ed autonoma, svanisce questa determinazione intesa a porre delimitazioni. Quindi, non posso considerare come riuscito il tentativo di Rosin in ordine alla costruzione dello Stato federale nel senso della dottrina all'epoca dominante. Per contro, vorrei dichiaratamente esprimere nell'occasione la mia totale adesione alle argomentazioni di Rosin, per mezzo delle quali queste dottrine risultano chiarite e sostenute in modo variegato, circa l'essenza giuridica dei diritti dei comuni e circa il duplice concetto di "autoamministrazione".

(traduzione di Clemente Forte)

Hanno collaborato a questo fascicolo

MARTIN JULIÁN ACEVEDO - MIÑO

Professore di Diritto costituzionale nella Pontificia Università cattolica Argentina (UCA) di Buenos Aires (Argentina)

GERHARD BAUMGARTNER

Professore di Diritto pubblico nell'Università di Klagenfurt (Austria)

RAFFAELE CHIARELLI

Professore straordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma G. Marconi

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Bologna

CLEMENTE FORTE

Consigliere onorario della Corte dei conti, già Direttore del Senato della Repubblica

ANNA GAMPER

Professore di Diritto pubblico nell'Università di Innsbruck (Austria) e giudice supplente della Corte di giustizia dello Stato del Principato Liechtenstein

FELICE GIUFFRÈ

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Catania

CHRISTOPH GRABENWARTER

Professore di diritto pubblico nell'Università di Economia di Vienna e Presidente della Corte costituzionale austriaca (Austria)

ESTHER HAPPACHER

Professore di diritto costituzionale italiano, Università di Innsbruck (Austria)

MARIO LOSANO

Professore emerito di Filosofia del diritto ed informatica giuridica nell'Università del Piemonte Orientale

CLAUDIA MARCHESI

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università di Sassari

GIORGIO REPETTO

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Perugia

BERND WIESER

Professore in Diritto pubblico e comparato nell'Università di Graz (Austria)

